

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

VOLUME 9 • Nº 2 • AGO • 2019
CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Editores responsáveis por essa edição:

Editores especiais

Luis Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello

Editores gerais

Marcelo Dias Varella e Julien Dellaux

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 9	n. 2	p. 1-615	Ago	2019
--	----------	------	------	----------	-----	------

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Brazilian Journal of Public Policy

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

“A Revista Brasileira de Políticas Públicas é um periódico acadêmico da área jurídica que tem como finalidade constituir instrumento de veiculação de trabalhos científicos e doutrinários que abordem questões jurídicas da contemporaneidade e, ainda, aspectos da interação entre Direito e Políticas Públicas. Direciona, portanto, seu objeto de interesse a questões referentes a governabilidade, integração, participação cidadã, desenvolvimento e outros temas envolvendo o Estado, a Sociedade e o Direito.

Sendo assim, a proposta de linha editorial a ser seguida pela Revista Brasileira de Políticas Públicas é apresentada a partir de duas áreas fundamentais, que se subdividem:

I) Democracia, Políticas de Estado e de Governo e seus aspectos jurídicos: tendências do Direito Constitucional e do Direito Administrativo; teoria das políticas públicas; sistema de governo; sistema eleitoral e cidadania; sistema de partidos e reforma constitucional

II) Políticas Públicas de desenvolvimento econômico e social e suas interfaces com o Direito: políticas de desenvolvimento econômico e produção local/regional, desenvolvimento sustentável e meio-ambiente, desenvolvimento humano e planejamento da ação governamental”.

CONSELHO EDITORIAL

Marie-Pierre Lafranchi, Université d'Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique, Provence-Alpes-Côte d'Azur, França

Frederico Augusto Barbosa, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Gilberto Bercovici, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Econômico-Financeiro, São Paulo/SP, Brasil

João Maurício Adeodato, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Teoria Geral do Direito e do Direito Privado, Recife/PE, Brasil

José Adercio Leite Sampaio, Escola Superior Dom Helder Câmara, Escola de Direito, Belo Horizonte/MG, Brasil

José Heder Benatti, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém/PA, Brasil

EDITOR

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

EDITOR ADJUNTO

Julien Dellaux, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

EQUIPE TÉCNICA

Yuri Valente do Nascimento, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Aline Assunção Santos, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Com o apoio da FAP/DF. Processo: 00193.00000304/2018-58, Edital 09/2017.

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

<http://www.rbpp.uniceub.br>

Circulação

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.
– vol. 9, n. 2 (ago. 2019) - . Brasília : UniCEUB, 2011

Quadrimestral.

ISSN 2236-1677

Disponível também on-line: www.rbpp.uniceub.br

1. Direito. 2. Políticas Públicas. I. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

CDU 34+338.26

Sumário

EDITORIAL: CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O QUE TEMOS EM COMUM?	15
EDITORIAL: CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: ¿QUÉ TENEMOS EN COMÚN?	17
Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello	
SEÇÃO I: PODER CONSTITUINTE	19
AS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS ENTRE A VIDA E A MORTE: POSSIBILIDADES E LIMITES DO PODER DE EMENDA	21
Luís Roberto Barroso e Aline Osorio	
1 Introdução	22
2 Vida e morte das Constituições latino-americanas	23
2.1 A duração das Constituições: panorama latino-americano	23
2.2 Fatores que influenciam a durabilidade das Constituições	25
3 O núcleo essencial das constituições	30
3.1 Normas material e formalmente constitucionais: entre o indispensável, o necessário e o supérfluo	30
3.2 O núcleo essencial das Constituições latino-americanas: as cláusulas pétreas.....	33
3.3 O Controle de Constitucionalidade de emendas	39
4 As emendas à Constituição e seu controle no Brasil	42
4.1 Muitas emendas, muitas mudanças? Reformas à Constituição de 1988	42
4.2 Controle de constitucionalidade de emendas no Brasil.....	46
5 Considerações finais	50
CRIAÇÃO CONSTITUCIONAL SEM PODER CONSTITUINTE: OS LIMITES CONCEITUAIS DO PODER DE SUBSTITUIÇÃO OU REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO	56
Carlos Bernal Pulido	
1 Introdução	57
2 Sobre a natureza do poder de criação constitucional	57
3 Substituição da Constituição, revisão da Constituição e o argumento do Poder Constituinte	60
4 Crítica ao argumento do poder constituinte como uma justificativa para as substituições e revisões constitucionais	65
4.1 O argumento do resultado	66
4.2 O argumento da competência	69
5 O Poder de Criação Constitucional como um Poder Deontico para Institucionalizar o Constitucionalismo	71
5.1 Ontologia social.....	71

5.2 Os representantes e as funções associadas ao status	72
5.3 Poderes deônticos	74
5.4 Limites.....	75
5.5 Reconhecimento intencional coletivo	75

**QUEM CONTA COMO NAÇÃO? A EXCLUSÃO DE TEMÁTICAS LGBTI NAS ASSEMBLEIAS
CONSTITUINTE DE BRASIL E COLÔMBIA.....85**

Rafael Carrano Lelis, Marcos Felipe Lopes de Almeida e Waleska Marcy Rosa

1 Introdução	86
2 Aspectos teóricos e metodológicos.....	87
3 Direitos LGBTI no novo constitucionalismo latino-americano.....	90
4 Os direitos LGBTI na Assembleia Nacional Constituinte Brasileira de 1987-88	93
5 Os direitos LGBTI na Assembleia Nacional Constituinte Colombiana de 1991	103
6 Considerações finais	107

**EM DEFESA DA PARTICIPAÇÃO: ANÁLISE DA INICIATIVA POPULAR PARA ALTERAÇÃO DA
CONSTITUIÇÃO NO BRASIL E NO EQUADOR 114**

Ilana Aló Cardoso Ribeiro e Lílian Márcia Balmant Emerique

1 Introdução	115
2 Participação popular no constitucionalismo democrático	116
3. Aspectos da participação popular para propostas de alteração constitucional: Equador e Brasil	120
3.1. Equador	120
3.2. Brasil.....	125
4. Considerações finais	127

**REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE O PROCESSO CONSTITUINTE EQUATORIANO DE MONTECRISTI
(2007-2008) 130**

E. Emiliano Maldonado

1 Introdução	131
2 Movimentos sociais e poder constituinte	132
3 Relatos críticos da Constituinte: entre monismo e pluralismo	141
4 Análise comparativa do projeto proposto pelos movimentos indígenas e o novo texto constitucional promulgado.....	144
5 Considerações Finais	148

SEÇÃO II: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA 152

LA REVISIÓN JUDICIAL EN DEMOCRACIAS DEFECTUOSAS 154

Roberto Gargarella

1 Introdução y conceptos centrales	154
--	-----

2 ¿Qué podrían (deberían) hacer los jueces a favor de un diálogo constitucional?	157
3 Democracia: reconstrucción democrática.....	158
4 Deliberación: Salvaguardar los procedimientos de una democracia deliberativa	160
5 Inclusión: ampliando el diálogo político	161
6 Autoritarismo: restaurando el sistema de “frenos y contrapesos”	163
7 Derechos sociales: las condiciones materiales de la democracia.....	164
8 Perfeccionismo moral	165
9 Consideraciones finales	166

CONSTITUIÇÃO E PLURALISMO JURÍDICO: A POSIÇÃO PARTICULAR DO BRASIL NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

171

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos

1 Introdução: constitucionalismo latino-americano e a hipótese	172
2 Evidências da posição particular brasileira.....	174
2.1 As relações com os tratados internacionais.....	174
2.2 Relações com decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos	176
2.3 Relações com normas de Estados, Distrito Federal e Municípios.....	177
2.4 Relações com normatividades de origem indígena	178
2.5 Relações com normatividades privadas	179
3 Considerações finais	181

AS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS PELAS LENTES DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: A FORÇA NORMATIVA E O ROMANTISMO DOS PREÂMBULOS

185

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Carlos Frederico Santos

1 Introdução e contornos da pesquisa.....	186
2 Os preâmbulos nas constituições latino-americanas	188
3 Os obter dicta e votos estancos sobre o preâmbulo nas cortes constitucionais latino-americanas	192
4 A questão da plena eficácia jurídica do preâmbulo na América Latina: a visão colombiana e a visão brasileira.....	196
5 Considerações finais	198

REDES SOCIALES, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DELIBERACIÓN PÚBLICA DE CALIDAD: LECCIONES DEL PLEBISCITO POR LA PAZ EN COLOMBIA.....

203

Jorge Ernesto Roa Roa

1 Introducción.....	204
2 La tensión entre el libre mercado de las ideas (consentimiento electoral informado) y la información de calidad (consentimiento electoral cualificado) en el plebiscito por la paz en Colombia.....	204
3 Lecciones de una consulta popular precipitada en la que hubo mucho espacio para la posverdad, las fake news y la mentira en las redes sociales	206

3.1 En realidad, nadie ganó deliberativamente el plebiscito por la paz	207
3.2 Los límites de las redes sociales frente al consentimiento electoral informado y cualificado	208
3.3 Es imprescindible fortalecer la protesta social, la movilización social y reivindicar al periodismo como actividad profesional.....	209
3.4 Lección final: en materia de diseño institucional, nunca fue más cierto que del afán solo queda el cansancio	210
4 El rol del juez en transiciones y posverdad	211
5 Un diseño institucional que minimice los riesgos negativos de influencia de las redes sociales y potencie la deliberación.....	213

A EFETIVIDADE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM RAZÃO DOS SISTEMAS DE MONITORAMENTO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE COLÔMBIA E BRASIL 218
Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese, Ana Borges Coêlho Santos e Felipe Meneses Graça

1 Introdução	219
2 As falhas de efetividade do Estado de Coisas Inconstitucional nos casos relativos ao sistema prisional colombiano	222
3 A efetividade do Estado de Coisas Inconstitucional no caso do deslocamento forçado em razão dos sistemas de monitoramento desenvolvidos pela Corte Constitucional da Colômbia.....	223
4 A análise do Estado de Coisas Inconstitucional na realidade brasileira a partir da ADPF 347	225
5 Considerações finais	228

SEÇÃO III: CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E “IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE” NA AMÉRICA LATINA 231

O MANDATO TRANSFORMADOR DO SISTEMA INTERAMERICANO: LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DE UM PROCESSO JURISGENÉTICO EXTRAORDINÁRIO 233
Armin von Bogdandy

1 Introdução	234
2 A evolução do mandato.....	235
3 A legitimidade do mandato transformador	239
4 Um direito comum latino-americano como a encarnação do mandato	241
5 Questões de validade e legitimidade	243
6 Avaliando as conquistas	245
7 Crítica.....	246

CONSTITUCIONALISMO, TRANSFORMAÇÃO E RESILIÊNCIA DEMOCRÁTICA NO BRASIL: O IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA TEM UMA CONTRIBUIÇÃO A OFERECER? ..254
Patrícia Perrone Campos Mello

1 Introdução	255
2 Constitucionalismo transformador e Ius Constitutionale Commune na América Latina	256
2.1 Supraestatalidade	258

2.2 Pluralismo dialógico.....	259
2.3 Atuação judicial.....	260
3 Constitucionalismo em rede	261
3.1 Conceito.....	261
3.2 Funções	262
4 Há um constitucionalismo transformador no Brasil.....	265
4.1 Condições institucionais e bases dogmáticas da transformação.....	265
4.2 Julgados paradigmáticos que promovem transformação	267
a) Avanços em direitos humanos	267
b) Avanços quanto à consolidação da democracia.....	270
c) Avanço quanto à consolidação do estado de direito	271
4.3 A inexistência de um diálogo interamericano	273
5 O Ius Constitutionale Commune como estratégia de resiliência contra retrocessos: protegendo a transformação	276
6 Conclusão.....	279

UM PROJETO COMUM PARA A AMÉRICA LATINA E OS IMPACTOS DAS EMPRESAS EM DIREITOS

HUMANOS	287
Danielle Anne Pamplona	

1 Introdução	288
2 Das relações das atividades econômicas com direitos humanos.....	290
2.1 A identificação dos problemas	290
2.2 A regulamentação existente	290
3 Da vantagem apresentada pelo ICCAL	294
4 Considerações finais	299

O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DIALOGADA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA.....

Ana Carolina Lopes Olsen e Katya Kozicki

1 Introdução	304
2 A construção do Ius Constitutionale Commune na América Latina.....	305
3 Diálogos judiciais no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano	310
4 Harmonização e transformação no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano	316
4.1 Função harmonizadora	317
4.2 Função transformadora.....	320
5 Considerações finais	324

SEÇÃO IV: NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO332

A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA: ENTRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO334

Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau

- 1 Introdução 335
- 2 O neoconstitucionalismo: entre uma teoria do direito e uma teoria do poder 336
- 3 O novo constitucionalismo: entre uma teoria da legitimidade e uma teoria da constituição 339
- 4 Novo constitucionalismo latino-americano? 345

¡QUE VIVA EL ESTADO PLURINACIONAL!: ¿Y LO SOCIOAMBIENTAL?351

Anibal Alejandro Rojas Hernández, aula Harumi Kanno, Heline Sivini Ferreira e Adrielle Fernanda Andrade Précoma

- 1 Introducción 352
- 2 Un punto de partida..... 354
- 3 La construcción de un horizonte común (al) 355
- 4 La re-estructuración del capitalismo andino 357
- 5 Más extractivismo para salir del extractivismo..... 360
- 6 Consideraciones finales 362

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: ANÁLISE MARXISTA DA INVISIBILIZAÇÃO DA LUTA DE CLASSES NAS INVESTIGAÇÕES JURÍDICAS CRÍTICAS365

Daniel Araújo Valença, Ronaldo Moreira Maia Júnior e Rayane Cristina de Andrade Gomes

- 1 Introdução 366
- 2 Um olhar marxista sobre os processos políticos e constitucionais latino americanos 367
- 3 A derrocada da hegemonia imperialista-burguesa-colonial e a formação do bloco camponês-indígena-popular: o Direito enquanto arena da luta de classe 369
- 4 A CPE de 2009: uma Constituição nacionalista, anti-imperialista, indígena e popular 372
- 5 Considerações finais 378

A PLURINACIONALIDADE NA BOLÍVIA E NO EQUADOR: SUPERAÇÃO DOS ESTADOS COLONIAIS382

Adrielle Andrade Précoma, Heline Sivini Ferreira e Rogério Silva Portanova

- 1 Introdução 383
- 2 O Estado-Nação na América Latina: a tentativa de forjar uma identidade nacional homogênea.....384
- 3 Refundação plurinacional do Estado: visibilizando a sociodiversidade face à ficção de homogeneidade..... 386
- 4 Ponderações sobre a plurinacionalidade nas Constituições da Bolívia e do Equador 389
- 5 A plurinacionalidade na Bolívia e no Equador: superação dos Estados coloniais? 394
- 6 Considerações finais 397

SEÇÃO V: DIREITOS FUNDAMENTAIS	401
O DIREITO À ÁGUA NAS CONSTITUIÇÕES DA AMÉRICA DO SUL: ELEMENTOS COMUNS E TRAÇOS DISTINTIVOS.....	403
Thiago Rafael Burckhart e Milena Petters Melo	
1 Introdução	404
2 O novo ciclo constitucional na América do Sul: constituições em abertura cognitiva	405
3 O direito à água nas Constituições sul-americanas	409
4 Elementos comuns e traços distintivos do direito à água nas Constituições sul-americanas.....	412
5 Considerações finais	415
DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA: AVANÇOS E DESAFIOS INERENTES À ATUAL CONJUNTURA POLÍTICA	420
Paulo Renato Vitória e Gabriela Maia Rebouças	
1 Introdução	421
2 De onde parte nossa análise?	423
3 Estados Unidos, América Latina e colonialidade do poder.....	428
4 Avanços e desafios dos direitos humanos na América Latina inerentes à atual conjuntura política: para além da retórica da modernidade e das lógicas da colonialidade	433
5 Considerações finais	437
O NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA E CARIBE, E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	444
Alethele de Oliveira Santos, Maria Célia Delduque e Moacyr Rey Filho	
1 Introdução	445
2 Métodos.....	447
3 A inserção constitucional da saúde como direito	447
3.1 Do Direito à Saúde no Novo Constitucionalismo Latino Americano	449
3.2 Do Direito à Saúde no Brasil	452
4 Da Universalidade e da cobertura universal em saúde	453
5 Considerações finais	455
A QUALIDADE DA EDUCAÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NO EQUADOR E NA BOLÍVIA.....	460
Manuel Rodrigues de Sousa Junior e Luigi Bonizzato	
1 Introdução	461
2 O resgate dos povos originários pela educação.....	462
3 A educação nas constituições do Equador e da Bolívia.....	465
4 A efetivação da educação para o novo constitucionalismo latino-americano	468
5 Considerações finais	472

A DIVERSIDADE CULTURAL SEGUNDO O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO TRANSFORMADOR..... 476

Bianor Saraiva Nogueira Júnior, Deicy Yurley Parra Flórez e Ulisses Arjan Cruz dos Santos

1 Introdução	478
2 Direitos sociais como bem essencial humano tutelado	478
3 Sistemas regionais de proteção dos direitos sociais	480
3.1 A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CTIDH) como protetora da diversidade cultural e dos direitos sociais	481
4 Novo constitucionalismo como construtor de interculturalidade?	484
4.1 A interculturalidade como saída da homogeneização de dominação cultural	487
5 Considerações finais	488

UN APORTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMÉRICA: LA ACTIVIDAD DEL OMBUDSMAN CRIOLLO EN TRIBUNALES DE JUSTICIA.....493

Juan Pablo Díaz Fuenzalida

1 Introducción	494
2 Principales doctrinas sobre la actividad en casos judicializables o judicializados del Ombudsman. ...	495
3 Una referencia indispensable que sirve al caso latinoamericano. La experiencia sobre el Defensor del Pueblo español.	497
4 Experiencia de la actividad judicial del Ombudsman Criollo en Latinoamérica	502
4.1 Argentina	502
4.2 Bolivia.....	503
4.3 Colombia	503
4.4 Costa Rica.....	504
4.5 Ecuador.....	506
4.6 México.....	506
4.7 Paraguay	506
4.8 Perú.....	507
4.9 Uruguay.....	507
5 Conclusiones	508

SEÇÃO VI: POVOS INDÍGENAS 512

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: UN DERECHO-MATRIZ Y FILTRO HERMENÉUTICO PARA LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA: LA JUSTIFICACIÓN 514

Juan Jorge Faundes

1 Introducción	515
2 Alcances del derecho fundamental a la identidad cultural	516
2.1 Concepto	517

2.2 El DFICPI como derecho-matriz y filtro hermenéutico desde la jurisprudencia de la Cte.IDH:.....	517
3 Una justificación filosófico-política para el derecho a la identidad cultural en las sociedades democráticas latinoamericanas pluralistas.....	519
4 El DFICPI como transformación hermenéutica constitucional	524
5 El DFICPI desde la recepción constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos	527
6. Conclusiones	530
POVOS INDÍGENAS E A (AUSÊNCIA DE) JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA: UMA ANÁLISE À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA LATINO-AMERICANO	537
Jamilly Izabela de Brito Silva e Sílvia Maria da Silveira Loureiro	
1 Introdução	538
2 Justiça de transição: diferentes formas de enfrentar o passado	540
3 Regime de exceção brasileiro (1964-1985) e povos indígenas: a caracterização da invisibilidade desses povos originários	545
3.1 As violações praticadas contra o povo indígena Waimiri-Atroari.....	546
3.2. As violações praticadas contra o povo indígena Krenak.....	547
4 As aproximações existentes entre o constitucionalismo pluralista latino-americano e a Constituição Federal de 1988.....	549
5 Considerações finais	552
JURISDIÇÃO INDÍGENA E PLURALISMO JURÍDICO NA AMÉRICA LATINA: ESTUDO DE CASO SOBRE A JUSTIÇA WAIWAI	558
João Vitor Cardoso e Luiz Guilherme Arcaro Conci	
1 Introdução	559
2 Pluralismo Jurídico	561
3 Justiça Indígena	563
4 Estudo de caso sobre a justiça indígena frente à justiça penal.....	567
4.1 A condenação indígena: “waiwaizar-se”	567
4.1.1 A intervenção do Estado Policial.....	569
4.2 A proteção jurídica das práticas culturais indígenas.....	570
4.2.1. Jurisdição indígena: a necessária integração entre a Convenção 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e o ordenamento jurídico pátrio.....	571
5 Conclusões finais	573
O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E OS POVOS INDÍGENAS: A VISÃO DO DIREITO A PARTIR DOS CALEIDOSCÓPIOS E DOS MONÓCULOS	577
Lucas Silva de Souza, Valéria Ribas do Nascimento e Isadora Forgiarini Balem	
1 Introdução	578
2 Dos neoconstitucionalismos ao novo constitucionalismo latino-americano	580
2.1 Os “neoconstitucionalismos” como antídotos à invisibilidade social.....	580

2.2 “Virando o jogo”: o protagonismo indígena no novo constitucionalismo latino-americano	584
3 O constitucionalismo equatoriano, boliviano e brasileiro: caleidoscópios ou monóculos contemporâneos?	588
3.1 O caleidoscópio plurinacional da Bolívia e Equador.....	588
3.2 O indígena sob a visão monocular brasileira: desigualdade e discriminação	593
4 Considerações finais	596
OUTROS ARTIGOS	600
BUILDING TRUST IN COLLABORATIVE PROCESS OF VILLAGE FUND POLICY IMPLEMENTATION (A CASE STUDY AT LUWUK DISTRICT OF BANGGAI REGENCY)	602
Rahmawati halim	
1 Introduction	602
2 Literature review	604
3 Methods	605
4 Research findings and discussion	605
4.1 Competency	606
4.2 Commitment	607
4.3 Benevolence	607
5. Discussions	608
6 Conclusion	609
NORMAS EDITORIAIS	612
Envio dos trabalhos:.....	614

Editorial: Constitucionalismo latino-americano: O que temos em comum?

Luís Roberto Barroso
Patrícia Perrone Campos Mello

“Não sou mais que um poeta: amo todos vós,
ando errante pelo mundo que amo:
em minha pátria encarceram mineiros
e os soldados mandam nos juízes.
Porém eu amo até as raízes
de meu pequeno país frio.
Se tivesse que morrer mil vezes
lá quero morrer:
se tivesse de nascer mil vezes
lá quero nascer [...]”
Pablo Neruda¹

O presente dossiê temático se propõe a examinar as novas ordens constitucionais construídas na América Latina, a partir da década de 1980, como consequência do processo de democratização e de ruptura por que passou a maioria dos países da região. Busca compreender como tais países responderam a desafios e a problemas semelhantes, entre os quais: a apropriação dos espaços de poder por oligarquias extrativistas, a desigualdade social e a exclusão. Com esse propósito, lançamos uma chamada de artigos por meio da qual convidamos a comunidade jurídica a produzir trabalhos que respondessem às seguintes perguntas: quais são os elementos comuns às constituições latino-americanas? Quais são seus traços distintivos? É possível falar em um constitucionalismo latino-americano?

Os trabalhos publicados neste volume consolidam a resposta dada pela academia a tal provocação e percorrem um amplo universo de temas. A **seção I** do dossiê trata do **Poder Constituinte**. Os artigos dessa seção examinam os limites ao poder de criação e de emenda das constituições, de forma a que se preservem elementos essenciais do constitucionalismo democrático. A **seção II**, denominada **Jurisdição Constitucional e Democracia**, aborda a relação de tensão entre o exercício da jurisdição constitucional e a democracia nos países da região. Ao mesmo tempo em que reconhece a importância do Poder Judiciário na garantia aos direitos fundamentais, reflete sobre a necessidade de criar incentivos à participação democrática, que assegurem a deliberação, o pluralismo e o amadurecimento da cidadania nos respectivos países.

A **seção III**, designada **Constitucionalismo Transformador: Ius Constitutionale Commune na América Latina**, reúne diversos trabalhos que reconhecem o progressivo desenvolvimento de um direito comum na América Latina, por meio: (i) do diálogo vertical entre cortes nacionais e as instituições que integram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como (ii) do diálogo horizontal, entre as distintas cortes nacionais e

¹ *Canto Geral*. São Paulo: Círculo do Livro, 2001. pp. 326-327.

suas respectivas ordens constitucionais. Essa corrente de pensamento confere às cortes um papel transformador relevante, sem deixar de reconhecer a importância da participação popular. A **seção IV**, intitulada **Novo Constitucionalismo Latino-Americano**, trata de uma segunda corrente do pensamento latino-americano, que prega a transformação das ordens constitucionais latino-americanas por meio de uma série de instituições e instrumentos, entre os quais se destaca a ênfase sobre mecanismos de participação popular direta. As duas correntes de pensamento preocupam-se com a concretização de direitos e com a construção de uma identidade própria e plural por parte dos países da região, mas traçam caminhos substancialmente distintos para alcançá-la.

A **seção V** coloca em relevo o tema **Direitos Fundamentais**. Os direitos em espécie examinados em seus artigos são uma boa amostra dos desafios de inclusão enfrentados pelos países latino-americanos: o direito de acesso à água, a concretização do direito à saúde, a garantia de uma educação de qualidade e a proteção à diversidade cultural. A **seção VI** trata dos **Povos Indígenas**, cuja proteção e preservação constitui um dos maiores desafios para os países da região. Trata-se de comunidades que representam uma imensa riqueza cultural, que carregam um valiosíssimo saber tradicional e que sofrem, ainda hoje, com graves processos de violência física e cultural, que colocam em risco a sua subsistência e os saberes ancestrais que constituem patrimônio de todos os povos latino-americanos.

O conjunto dos artigos aponta para algumas respostas às perguntas que motivaram o presente dossiê. Não se pretende exauri-las nesse editorial, que tem apenas a função de apresentar o dossiê. Entretanto, fica claro que as constituições latino-americanas têm diversos elementos comuns. Entre eles parecem se destacar a preocupação com a desigualdade e com a exclusão, por meio da previsão de um rol extenso de direitos sociais e da tutela de povos originários. Há, ainda, problemas e desafios persistentes, que, ao que tudo indica, não estão ainda adequadamente compostos nos diversos países examinados, tais quais a concentração de poder e a sua apropriação por oligarquias extrativistas. Tais elementos permitem reconhecer um núcleo de desafios e questões comuns ainda pendentes de resposta no constitucionalismo da região.

É o que se poderá constatar ao longo da leitura deste dossiê.

Luís Roberto Barroso e
Patrícia Perrone Campos Mello

Editorial: Constitucionalismo Latinoamericano: ¿Qué tenemos en común?

“Soy nada más que un poeta: os amo a todos,
ando errante por el mundo que amo:
en mi patria encarcelan mineros
y los soldados mandan a los jueces.
Pero yo amo hasta las raíces
de mi pequeño país frío.
Si tuviera que morir mil veces
allí quiero morir:
si tuviera que nacer mil veces
allí quiero nacer[...]”.
Pablo Neruda²

Este dossier temático propone examinar los nuevos órdenes constitucionales construidos en América Latina a partir de la década de 1980, como consecuencia del proceso de democratización y ruptura por el que pasaron la mayoría de los países de la región. Busca entender cómo esos países respondieron a desafíos y problemas similares, incluyendo: la apropiación de espacios de poder por oligarquías extractivas, desigualdad social y exclusión. Con ese fin, lanzamos una convocatoria de artículos mediante la cual invitamos a la comunidad jurídica a producir documentos que respondan a las siguientes preguntas: ¿Cuáles son los elementos comunes de las constituciones latinoamericanas? ¿Cuáles son sus características distintivas? ¿Es posible hablar de un constitucionalismo latinoamericano?

Los trabajos publicados en este volumen consolidan la respuesta dada por la academia a tal provocación y abarcan un amplio universo de temas. La **sección I** del dossier trata del **Poder Constituyente**. Los artículos de esa sección examinan los límites del poder de creación y enmienda de las constituciones para preservar los elementos esenciales del constitucionalismo democrático. La **sección II**, llamada **Jurisdicción Constitucional y Democracia**, aborda la relación de tensión entre el ejercicio de la jurisdicción constitucional y la democracia en los países de la región. Al mismo tiempo que reconoce la importancia del Poder Judicial para garantizar los derechos fundamentales, reflexiona sobre la necesidad de crear incentivos para la participación democrática que garanticen la deliberación, el pluralismo y la madurez de la ciudadanía en sus respectivos países.

La **sección III**, titulada **Constitucionalismo Transformador: Ius Constitutionale Commune en América Latina**, reúne varios trabajos que reconocen el desarrollo progresivo de un derecho común en América Latina a través de: (i) diálogo vertical entre los tribunales nacionales y las instituciones que componen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como el (ii) diálogo horizontal entre los diferentes tribunales nacionales y sus respectivas órdenes constitucionales. Esa corriente de pensamiento le da a los tribunales un papel transformador relevante, al tiempo que reconoce la importancia de la participación popular. La **sección IV**, titulada **Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**, aborda una segunda corriente de pensamiento latinoamericano, que predica la transformación de los órdenes constitucionales latinoamericanos a través de una serie de instituciones e instrumentos, entre los cuales se destacan mecanismos de participación popular directa. Ambas corrientes de pensamiento se preocupan con la realización de los derechos y la construcción de una identidad propia y plural por parte de los países de la región, pero trazan formas sustancialmente diferentes de lograrlo.

² *Canto General*. São Paulo: *Círculo do Livro*, 2001. pp. 326-327.

La **sección V** destaca el tema **Derechos Fundamentales**. Los derechos en especie discutidos en sus artículos son un buen ejemplo de los desafíos de inclusión que enfrentan los países latinoamericanos: el derecho al acceso al agua, la materialización del derecho a la salud, la garantía de una educación de calidad y la protección de la diversidad cultural. La **Sección VI** trata de los **Pueblos Indígenas**, cuya protección y preservación constituyen uno de los mayores desafíos para los países de la región. Se trata de comunidades que representan una inmensa riqueza cultural, que poseen un conocimiento tradicional muy valioso y que aún sufren violencia física y cultural severa, que ponen en peligro sus medios de vida y el conocimiento ancestral que es patrimonio de todos los pueblos latinoamericanos.

El conjunto de artículos señala algunas respuestas a las preguntas que motivaron este expediente. No se pretende agotarlas en este editorial, que solo tiene la función de presentar el dossier. Sin embargo, está claro que las constituciones latinoamericanas tienen varios elementos comunes. Entre ellos, la preocupación con la desigualdad y la exclusión parece destacarse al prever una extensa lista de derechos sociales y la protección de los pueblos indígenas. Todavía hay problemas y desafíos persistentes que, al parecer, aún no están adecuadamente compuestos en los diversos países examinados, como la concentración del poder y su apropiación por parte de las oligarquías extractivas. Esos elementos nos permiten reconocer un núcleo de desafíos y preguntas comunes aún pendientes en el constitucionalismo de la región.

Esto se puede ver al leer este dossier.

Luís Roberto Barroso y
Patrícia Perrone Campos Mello

SEÇÃO I: PODER CONSTITUINTE

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

As Constituições latino-americanas entre a vida e a morte: possibilidades e limites do poder de emenda

The Latin American Constitutions between Life and Death: Possibilities and Limits of Amendment's Power

Luís Roberto Barroso

Aline Osorio

As Constituições latino-americanas entre a vida e a morte: possibilidades e limites do poder de emenda*

The Latin American Constitutions between Life and Death: Possibilities and Limits of Amendment's Power

Luís Roberto Barroso**

Aline Osorio***

Resumo

O presente artigo tem como objetivo discutir a relação entre emendas constitucionais, cláusulas pétreas e a durabilidade de uma constituição, tendo como foco o cenário latino-americano. Para que uma constituição não perca o compasso da história, é necessário que alcance um equilíbrio entre permanência e plasticidade, o que, comumente, manifesta-se nos processos de emendas constitucionais e identificação de núcleos constitucionais essenciais, às vezes protegidos por cláusulas pétreas. Sendo essas cláusulas contramajoritárias, idealmente devem ser interpretadas de maneira restritiva, o que justifica uma cuidadosa análise de como o poder judiciário vem compatibilizando-as com o poder constituinte derivado. No caso específico do Brasil, é possível perceber que o alto número de emendas não ocasionou alterações significativas ao seu núcleo essencial e que o Supremo Tribunal Federal é mais tendente a restringi-las quando versam sobre matéria formalmente constitucional, afastando-se de interpretações ampliativas das cláusulas pétreas.

Palavras-chave: Emendas constitucionais. Durabilidade constitucional. Cláusulas Pétreas. América Latina. Comportamento judicial.

Abstract

This article aims to discuss the relationship between constitutional amendments, immutable clauses and the durability of a constitution, focusing on the Latin American context. In order for a constitution not to succumb to ostracism, it must strike a balance between permanence and plasticity, which commonly manifests itself in the processes of constitutional amendment and identification of the essential constitutional core, sometimes protected by immutable clauses. Being these Counter-majoritarian clauses, they should ideally be interpreted restrictively, which justifies a careful analysis of how the judiciary has been making them compatible with the derived constituent power. In the specific case of Brazil, it is clear that the high number of amendments did not cause significant changes to its

* Artigo convidado.

Texto-base da apresentação no “Global Symposium on Constitutional Amendment and Replacement in Latin America”. Brasília, 29 e 30 de setembro de 2016.

Título inspirado no trabalho de CHACON, Vamireh. *Vida e morte das constituições brasileiras*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.

** Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do UNICEUB

*** Professora de Direito Constitucional do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Mestre em Direito Público pela UERJ e Mestre (LL.M.) em Direito pela Harvard Law School. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

essential core and that the Federal Supreme Court is more likely to restrict them when dealing with formally constitutional matters, moving away from broad interpretations of the immutable clauses.

Keywords: Constitutional amendments. Constitutional durability. Immutable clauses. Latin America. Judicial behavior.

1 Introdução

As Constituições têm vocação de permanência¹. Idealmente, nelas têm abrigo as matérias que, por sua relevância e transcendência, devem ser preservadas da política ordinária². A constitucionalização retira determinadas decisões fundamentais do âmbito de disposição das maiorias eventuais. Nada obstante isso, as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de serem integralmente imutáveis. Alguma flexibilidade é necessária para a própria estabilidade constitucional, de modo a permitir a correção de eventuais defeitos do texto original e a sua adaptação a novas realidades. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios³. Os mortos não podem governar os vivos⁴. As emendas constitucionais surgem, assim, como ferramenta necessária para preservar a própria Constituição. Porém, a possibilidade de emendar o texto constitucional, ainda que mediante um procedimento mais difícil, pode ser utilizada, inclusive, para alterá-lo radicalmente ou para dele suprimir regras e princípios essenciais⁵.

O poder de emenda tem, portanto, um caráter ambivalente: ao mesmo tempo que garante a vida da Constituição, impedindo que se torne obsoleta, pode representar o seu decreto de morte, por ser capaz de alterar preceitos estruturantes que lhe conferem sentido e identidade, provocando verdadeira ruptura constitucional. Esse risco tem sido enfrentado em alguns países pela identificação de um núcleo essencial da Constituição que seria insuscetível de mudança. Trata-se das “cláusulas pétreas”, também denominadas de cláusulas de eternidade ou de intangibilidade, destinadas a limitar, materialmente, a atuação do poder constituinte reformador.

O objetivo deste artigo é discutir os papéis desempenhados pelas emendas constitucionais e pelas cláusulas pétreas no equacionamento da tensão entre plasticidade e permanência, entre vida e morte das Constituições, com especial ênfase ao cenário brasileiro e latino-americano. Para tanto, o trabalho está estruturado em três partes. A Parte I aborda os fatores que influenciam a durabilidade das Constituições à luz das experiências constitucionais brasileiras e latino-americanas. Já a Parte II é dedicada a apresentar e discutir o conteúdo e o núcleo essencial das Constituições, bem como as funções das cláusulas pétreas e do controle da constitucionalidade material exercido em relação às emendas. Por fim, a Parte III trata, especificamente, do caso brasileiro e abrange uma análise crítica das frequentes emendas editadas durante a vigência da Carta de 1988, bem como do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

¹ HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. In: HORTA, Raul Machado. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 97: “A permanência da Constituição é a ideia inspiradora do constitucionalismo moderno”.

² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

³ A Constituição francesa de 1791 instituiu uma fórmula excessivamente rígida para sua alteração, tendo sido tragada pela dinâmica revolucionária. Já a Constituição de 1793 trazia, no seu art. 28, a seguinte proclamação: “Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter a suas leis as gerações futuras”.

⁴ É conhecida a veemência com que Thomas Jefferson e Thomas Paine se opunham aos privilégios reivindicados por uma geração sobre a outra, pelo fato de haver elaborado uma Constituição. Escreveu Paine, em seu *The rights of man*, (a 1a. edição é de 1791): “A vaidade e a presunção de governar para além do túmulo é a mais ridícula e insolente das tiranias” (PAINE, Thomas. *The rights of man*. Nova York: Anchor, 1969) V. DORSEN, Norman; ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés; BAER, Susanne. *Comparative constitutionalism*. Minnesota: West Academic Publishing, 2003. p. 82; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 40-421; VEJA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 58.

⁵ PREUSS, Ulrich K. The implications of “eternity clauses”: the german experience. *Israel Law Review*, v. 44, 2011. p. 429.

2 Vida e morte das Constituições latino-americanas

“El problema de la relación entre derecho y democracia en América Latina no reside tanto en la promulgación de nuevas Constituciones sino más bien en la aplicación efectiva de las ya existentes”
(Ernesto Garzón Valdés)⁶

2.1 A duração das Constituições: panorama latino-americano

As Constituições nascem, modificam-se e, eventualmente, morrem. A duração das Constituições é um fator altamente variável nos diferentes países, mesmo naqueles pertencentes a uma mesma região. Na América Latina, que tem uma das histórias constitucionais mais conturbadas no mundo, marcada pela instabilidade dos regimes políticos e pelos sucessivos golpes de Estado, muitos países experimentaram uma alta taxa de substituição de ordens constitucionais e hoje vivem sob a égide de Cartas muito recentes. É o caso da República Dominicana, que já teve 31 Constituições (obtendo o recorde mundial no tema), sendo a atual de 2015; da Venezuela, com 26 cartas constitucionais (a vigente é de 1999); e do Equador, que passou por 20 textos constitucionais (o atual é de 2008). Há, porém, alguns países que viveram uma maior estabilidade, como a Argentina, que tem a mesma Constituição desde 1853, a sua sexta desde a independência em 1816, e a Costa Rica, que, apesar de ter tido quase uma dezena de constituições ao longo de sua história, é regida desde 1949 pela mesma Carta.

No Brasil, seguindo a sina latino-americana, Constituições não nos faltaram. Em quase 200 anos de Independência e cerca de 130 de República, foram editadas 8 Constituições, numa tradição de falta de continuidade institucional⁷. A Constituição hoje em vigor, editada em 1988, completou recentemente 30 anos e já é a mais duradoura do período republicano. A história constitucional colombiana é igualmente marcada pela impermanência. Desde o fim do processo de independência, em 1821, a Colômbia teve 9 Constituições nacionais⁸. A mais breve delas, a Constituição de 1830, teve duração de, apenas, 22 meses. Já a mais duradoura, a Constituição de 1886, vigorou por 105 anos, tendo sido substituída pela Constituição de 1991, atualmente em vigor⁹. O Chile passou por 10 cartas constitucionais diferentes e vive hoje sob a égide da Constituição de 1980¹⁰. Ao todo, de suas independências até hoje, os países latino-americanos editaram mais de 250 Constituições (v. Tabela 1), em uma inflação de textos de curta duração.

Tabela 1 - A substituição das Constituições Latino-Americanas¹¹

País	Independência	Constituição atual	Número de Constituições
Argentina	1816	1853	6
Bolívia	1825	2009	17
Brasil	1822	1988	8

⁶ VALDÉS, Ernesto Garzon. Derecho y democracia en América Latina. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, v. 7, n. 1-2, 2000.

⁷ Brasil, Constituições de 1824 (65 anos), 1889 (41 anos), 1930, 1937 (7 anos), 1946 (21 anos), 1967 (2 anos), 1969 (19 anos), 1988 (ainda em vigor).

⁸ Colômbia, Constituições de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863, 1886 e 1991 (em vigor). Entre 1810, ano do início do processo de independência, e 1816, foram editadas nove constituições provinciais, sem abrangência nacional.

⁹ CADENA, Carlos Alberto López. *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana: concepto, justificación y límites*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2015.

¹⁰ Chile, Constituições de 1811, 1812, 1814, 1818, 1822, 1823, 1828, 1833, 1925 e 1980 (em vigor).

¹¹ Extraído de CORDEIRO, Jose Luis. Constitutions around the World: a view from Latin America. *Discussion Paper n. 164*, Institute of Developing Economies, 2008. com atualizações de elaboração própria a partir de dados do CONSTITUTE PROJECT. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/>. Acesso em: 24 jul. 2019. Ressalve-se que, em alguns países, o número exato de Constituições é tema controverso.

País	Independência	Constituição atual	Número de Constituições
Chile	1818	1980	10
Colômbia	1810	1991	9*
Costa Rica	1821	1949	9
Cuba	1868, 1898	1976	5
Equador	1822	2008	20
El Salvador	1821	1983	14
Guatemala	1821	1985	9
Haiti	1804	1987	24
Honduras	1821	1982	14
México	1810	1917	7
Nicarágua	1821	1987	14
Panamá	1903	1972	4
Paraguai	1811	1992	6
Peru	1821	1993	12
República Dominicana	1844, 1865	2015	31
Uruguai	1828	1966 (1985)	7
Venezuela	1811	1999	26

Comparativamente, na América do Norte e na Europa, a taxa de substituição de constituições é, em regra, significativamente menor em relação à América Latina. Apesar disso, também há alguma variação. Os Estados Unidos da América tiveram apenas uma Constituição (emendada diversas vezes) e o Canadá, duas. Na Europa, igualmente viveram sob a égide de apenas uma carta constitucional países como a Bélgica e a Noruega. A França, por outro lado, foi o Estado europeu que experimentou o maior número de ordens constitucionais: foram 15 ao total, embora a Constituição atual, de 1958, já esteja em vigor por mais de 50 anos. O projeto de uma Constituição Europeia não chegou a ser realizado e, ao menos no momento atual, parece ter ficado mais distante.

Muito embora a durabilidade de um documento constitucional — isto é, o tempo de sobrevivência até que seja substituído — não seja indicador seguro de êxito, ela afeta, diretamente, a capacidade da Constituição de atender os objetivos para os quais foi elaborada: a limitação do poder estatal e a garantia da supremacia da lei (Estado de direito)¹². Constituições rápida e frequentemente substituídas perdem tanto a capacidade de gerar *segurança jurídica* — eixo principal do Estado de direito¹³, que pressupõe a estabilidade das relações políticas, jurídicas e sociais — quanto de cristalizar um *sentimento constitucional*, produzindo adesão ao seu sentido e conteúdo por parte dos diversos atores políticos e sociais¹⁴. A longevidade constitucional é, assim, uma preocupação institucional relevante.

¹² NEGRETTO, Gabriel. The durability of Constitutions in changing environments: explaining constitutional replacements in Latin America. *Working Paper n. 350*, The Helen Kellogg Institute for International Studies, 2008.

¹³ RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 210 e ss; FALLON, Richard H. “The rule of law” as a concept in constitutional discourse. *Columbia Law Review*, v. 97, n. 1, 1997. p. 1 e ss.

¹⁴ V. sobre o tema a clássica definição de “vontade de Constituição” de Konrad Hesse, para quem uma consciência constitucional ou cívica geral seria necessária para a concretização da normatividade contida nos textos constitucionais: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

2.2 Fatores que influenciam a durabilidade das Constituições

Afinal, por que algumas Constituições têm uma vida mais longa do que outras? A duração das Constituições está certamente relacionada a fatores *ambientais* de cada país que afetam o meio em que a Constituição está inserida, como a história, a cultura, a sociedade, a política e a economia¹⁵. Guerras, golpes, crises políticas, econômicas e sociais, instabilidades de toda sorte, nacionais ou internacionais, representam uma prova de fogo para as constituições. Não raro, nesses momentos, elas sucumbem ou tornam-se meras *folhas de papel*¹⁶. Mas, para além dessas circunstâncias, o conteúdo e os mecanismos de mudança previstos no texto constitucional — isto é, o seu *desenho institucional* — importam. São esses mecanismos que podem permitir que as Constituições sejam capazes de guiar o país por períodos de crises e turbulências, sem que isso represente a perda de efetividade ou a necessidade de substituição.

No Brasil, por exemplo, até a Carta de 1988, nos momentos de crise, as normas constitucionais pouco ou nada importavam¹⁷. Já a partir de 1988, o Brasil conseguiu atravessar os momentos institucionais mais delicados, como dois processos de *impeachment* (o de Fernando Collor de Mello e o de Dilma Rousseff) e graves escândalos de corrupção (desde o “Mensalão” até a “Lava Jato”), sem abandonar o marco constitucional vigente¹⁸. É preciso, então, compreender como alguns elementos do *design* dos textos constitucionais podem afetar a sua durabilidade e capacidade de enfrentar mudanças ambientais muitas vezes inevitáveis.

Há, pelo menos, três fatores de *design* capazes de influenciar, diretamente, a expectativa de vida das Constituições e que foram sistematizados por Elkins, Ginsburg e Melton¹⁹: (i) a diversidade de interesses dos grupos sociais e políticos relevantes levado em consideração no documento (*i.e.*, o grau de inclusividade ou de pluralismo da Constituição); (ii) a abrangência das matérias disciplinadas e o grau de minúcia empregado (*i.e.*, o grau de analiticidade da Constituição); e (iii) a abertura para mudanças e o procedimento adotado para a modificação do texto constitucional (*i.e.*, o grau de plasticidade da Constituição)²⁰.

A *inclusividade* é descrita por Elkins, Ginsburg e Melton como a incorporação pela ordem constitucional dos atores políticos e sociais relevantes. Ela envolve tanto a amplitude da participação social no momento de elaboração da Constituição (no processo constituinte) quanto a possibilidade de contínua participação ao longo da vigência da Constituição²¹. O caráter inclusivo e participatório promove a durabilidade da ordem constitucional na medida em que aumenta a visibilidade, a aceitação social e a adesão a suas normas

¹⁵ Ginsburg, Elkins e Merton cunharam a diferença entre “environment” e “design” para analisar os fatores que influenciam a duração das constituições nacionais. Cf.: ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national Constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009. p. 2.

¹⁶ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

¹⁷ Nesse sentido, a experiência brasileira não se apartava da tradição latino-americana de abandonar a aderência ao texto constitucional em momentos de crise institucional, dando lugar a soluções inconstitucionais que se legitimavam pela força mesma dos fatos. A propósito, v. BREWER-CARÍAS, Allan R.: “El problema de la relación entre rigidez y revisión constitucional, sin embargo, como se dijo al inicio, deriva de la situación fronteriza entre el derecho y los hechos, en la cual se mueven. No ha sido infrecuente en América Latina, que a pesar de las previsiones constitucionales, se hayan producido reformas parciales e incluso totales de los textos constitucionales sin seguirse los procedimientos prescritos para las reformas o enmiendas, originándose sin duda, inconstitucionalidades, que luego, por la fuerza de los hechos, han encontrado alguna legitimación política” (*La reforma constitucional en américa latina y el control de constitucionalidad*. Texto para Congreso sobre Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad, Bogotá, 2005).

¹⁸ Como acentuou Eduardo Mendonça, referindo-se à crise que conduziu ao recente impeachment da Presidente Dilma Rousseff, “sem alarde e nas horas difíceis — e são elas que contam — a percepção de que é necessário respeitar a Constituição vai se impregnando na consciência coletiva e passando a funcionar como limite efetivo às forças políticas. A confirmação de tal avanço institucional parece ser um subproduto positivo e inesperado da atual crise política”. V. MENDONÇA, Eduardo. *Impeachment: o direito constitucional fora dos tribunais*. *Jota*, 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/impeachment-o-direito-constitucional-fora-dos-tribunais-25032015>. Acesso em: 23 jul. 2019.

¹⁹ Os autores denominam esses três fatores de flexibilidade, especificidade e inclusividade. V. ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national Constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009. p. 8.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

²¹ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national Constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009. p. 8.

pela geração constituinte e pelas gerações futuras²². Quanto maior o número de grupos cujos interesses são contemplados pela Carta, menor a chance de que alguns deles entendam que terão maiores benefícios do que custos ao substituí-la.

No Brasil, a Carta de 1988 simbolizou a travessia da ditadura para a democracia e, em uma saudável euforia de recuperação das liberdades públicas, o processo constituinte contou com ampla e intensa participação popular. Como descreveu Ulysses Guimarães, o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, durante a elaboração do texto, foram apresentadas e votadas 122 emendas populares, algumas com mais de 1 milhão de assinaturas, e o Parlamento contou com a presença diária de cerca de 10 mil postulantes, que transitavam pelos gabinetes, comissões, galeria e salões. Houve, assim, “representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiras, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares”²³.

O produto final dessa mobilização — como não poderia deixar de ser — foi uma Constituição compromissória, isto é, um texto dialético, sem predomínio absoluto de uma única corrente política, que buscou conciliar os interesses dos diversos grupos sociais e políticos e contemplou um amplo elenco de direitos. Paradoxalmente, porém, a ânsia de participação da sociedade originou, também, um texto que incorporou uma assimetria de poder entre setores mais amplos da sociedade e alguns grupos corporativos, que receberam tratamento privilegiado pelo constituinte, tais como notários e registradores e carreiras do funcionalismo público.

Já a *analiticidade* se refere à abrangência dos conteúdos previstos no texto constitucional e o nível de detalhamento empregado. Ao contrário do senso comum, que costuma indicar que Constituições mais sintéticas tenderiam a ser mais longevas, Elkins, Ginsburg e Melton defendem que Cartas analíticas podem conservar-se por maior período²⁴. E isso por três motivos. Primeiro porque a analiticidade forçaria os constituintes a anteciparem futuros problemas e crises, bem como possíveis caminhos e instrumentos para minimizá-los. Segundo porque quanto mais amplo o escopo da Constituição, maior seria, também, o custo de negociação e de renegociação do seu texto pelos grupos envolvidos. Terceiro porque disposições mais numerosas e minuciosas tenderiam a promover maiores incentivos a que os diversos grupos favorecidos atuem para manter o texto constitucional em vigor. Apesar disso, em alguns casos, a constitucionalização de um “varejo de miudezas” pode, ao contrário, emperrar, demasiadamente, a política majoritária, favorecendo constantes modificações e, no limite, até a morte da Constituição.

No Brasil, o contexto do processo constituinte de 87/88 contribuiu, decisivamente, para a elaboração de uma Constituição não apenas analítica, mas também prolixa e casuística. Para começar, trata-se de uma das mais extensas do mundo, atualmente com mais de 250 disposições permanentes e 100 provisórias. Em número de palavras, a Carta brasileira somente perde para os textos constitucionais da Índia e da Nigéria²⁵. Além disso, todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram alguns de seus aspectos, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras mais pormenorizadas, levando o leitor do espanto ao fastio. É o caso, por exemplo, da disposição que prevê que o Colégio Pedro II — tradicional escola pública do Rio de Janeiro — será mantido na área federal (art. 242, § 2º) e da regra que estabeleceu que os juízes federais ficariam investidos na titularidade de varas na Seção Judiciária para a qual tinham sido nomeados ou designados, ou, na inexistência de vagas, ocupariam vagas decorrentes do desdobramento das varas existentes (art. 28, ADCT).

²² ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national Constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009. p. 78.

²³ GUIMARÃES, Ulysses. *Discurso na Assembleia Nacional Constituinte*. 5 out. 1988. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR-ULYSSES-GUIMARAES-\(10-23\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR-ULYSSES-GUIMARAES-(10-23).html). Acesso em: 24 jul. 2019.

²⁴ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national Constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009. p. 86.

²⁵ CONSTITUTE PROJECT. Disponível em: <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>. Acesso em: 24 jul. 2019.

No contexto latino-americano, porém, a Constituição brasileira não parece ser um ponto fora da curva. Como se vê da tabela abaixo (Tabela 2), há na América Latina uma predominância de Constituições analíticas, como a do Equador (com cerca de 55 mil palavras, 444 artigos e 30 provisões transitórias), a do México (com cerca de 60 mil palavras, 136 artigos e 27 artigos transitórios) e a da Colômbia (com aproximadamente 50 mil palavras, 380 artigos e mais de 67 artigos provisórios). A Constituição mais sintética e também a mais duradoura da região é a da Argentina, de 1853, com cerca de 13 mil palavras, 129 artigos e 17 disposições transitórias. Para fins de comparação, a Constituição norte-americana, paradigma de texto sintético, possui aproximadamente 8 mil palavras e apenas 7 artigos e 27 emendas.

Tabela 2 – A analiticidade das Constituições Latino-Americanas²⁶

País	Constituição atual	Nº de artigos na versão original	Extensão (em nº de palavras)
Argentina	1853	107	12.514
Bolívia	2009	235	39.375
Brasil	1988	250	64.488
Chile	1980	120	25.821
Colômbia	1991	380	46.902
Costa Rica	1949	197	16.705
Cuba	1976	141	12.893
Equador	2008	444	54.555
El Salvador	1983	274	22.823
Guatemala	1985	280	28.692
Haiti	1987	298	18.488
Honduras	1982	375	23.434
México	1917	136	57.087
Nicarágua	1987	202	20.535
Panamá	1972	311	26.097
Paraguai	1992	291	25.461
Peru	1993	206	19.216
República Dominicana	2015	277	29.710
Uruguai	1966	332	29.911
Venezuela	1999	351	37.344

Por fim, a *plasticidade* é analisada a partir do nível de dificuldade para promover modificações formais ou informais no texto constitucional. Para preservar a sua vida e garantir durabilidade, as Constituições devem se abrir a mudanças. A possibilidade de emendas garante um caminho institucional para a correção de eventuais defeitos e imperfeições, para sua adaptação a novas realidades, e, ainda, para permitir o autogoverno democrático das novas gerações que garantem a legitimidade da Constituição²⁷. Caso se impeçam ou sejam

²⁶ O número de artigos na versão original foi extraído de CORDEIRO, Jose Luis. *Constitutions around the World: a view from Latin America. Discussion Paper n. 164*, Institute of Developing Economies, 2008. Já a extensão em número de palavras foi extraída do CONSTITUTE PROJECT. Disponível em: <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>. Acesso em: 24 jul. 2019.

²⁷ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national Constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009.

excessivamente difíceis as reformas necessárias no texto, a Constituição corre o risco de se converter em letra morta, sem maior relevância política, ou ser substituída.

Por outro lado, também, o excesso de flexibilidade é problemático. Permitir que as disposições constitucionais sejam volúveis e possam ser alteradas por maiorias ocasionais torna menos estáveis as regras e princípios protegidos pela Constituição, o que esbarra na própria ideia de constitucionalismo²⁸. Se isso ocorrer, a Constituição não terá condições de realizar seu papel de preservar direitos e valores fundamentais em face do poder político e das forças sociais. Por isso, como regra geral, para a sua modificação por via formal — a *reforma constitucional* — exige-se um procedimento mais complexo e difícil que o exigido para a edição da legislação ordinária. Esse procedimento previsto na própria Carta envolverá, normalmente, regras diferenciadas em relação à iniciativa, ao quórum de votação das propostas de emenda e às instâncias de deliberação. Disso resulta a chamada *rigidez constitucional*, adotada por quase todas as Constituições contemporâneas.

Há uma multiplicidade de técnicas para dificultar a reforma constitucional²⁹. A mais difundida delas é a exigência de maiorias qualificadas para sua aprovação. Por essa via, exige-se consenso mais amplo e concede-se poder de veto às minorias. O quórum de aprovação das emendas varia bastante. Por exemplo, no México, a aprovação de emendas exige o voto de 2/3 dos membros presentes do Congresso Nacional, além de aprovação pela maioria das assembleias estaduais (art. 135, Constituição mexicana de 1917). No Peru, o quórum é de maioria absoluta dos membros do Congresso (art. 206, Constituição de 1993). Já no Chile, as emendas da Constituição precisam ser aprovadas em cada Câmara pelo voto de 3/5 dos deputados e senadores em exercício, exceto no caso de emendas a alguns capítulos específicos (*e.g.*, os que instituem as bases do Estado, direitos fundamentais e o próprio procedimento de emenda), em que é aplicado quórum ainda mais gravoso, de 2/3 dos votos (art. 127, Constituição de 1980).

Uma segunda técnica, também frequentemente utilizada, é a inclusão de pontos de veto (*veto points*) no processo de emenda, relativos à exigência de que alguns órgãos consentam com a proposta para sua aprovação (como o Presidente, antes da federação ou mesmo a corte constitucional), o que permite que ela possa ser eventualmente bloqueada³⁰. Na América Latina, o *veto point* mais difundido é a realização de consulta popular, especialmente via plebiscito ou referendo. A participação do povo no processo de emenda à Constituição é prevista na Bolívia, na Colômbia, na Costa Rica, em Cuba, no Equador, na Guatemala, no Panamá, no Paraguai, no Peru, no Uruguai e na Venezuela³¹.

Há, ainda, outros instrumentos que servem para assegurar maior rigidez à Constituição, tornando ainda mais dificultoso o processo de emenda. São exemplos (i) a previsão de regras de iniciativa das propostas de emenda à constituição mais restritivas que aquelas previstas para as leis infraconstitucionais, (ii) a exigência de mais de um turno de debate ou de votação no parlamento, normalmente com um intervalo de tempo para permitir maior debate público e possibilidade de reflexão (*e.g.*, Constituição do Brasil de 1988) e (iii) a necessidade de aprovação da reforma pela legislatura subsequente (*e.g.*, Constituição de El Salvador de 1983). Alguns países optaram, ainda, por instituir limites temporais ou circunstanciais, vedando a aprovação de emendas nos primeiros anos de vigência do texto constitucional (*e.g.*, Constituição do Paraguai de 1992) ou em certos momentos turbulentos e situações de emergência na vida nacional, como tempos de guerra, estado de sítio ou estado de defesa (*e.g.*, Constituição do Brasil de 1988). Certas constituições também instituem disciplinas diversas para a revisão total e para a revisão parcial do texto (*e.g.*, Constituição da Costa Rica de

²⁸ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national Constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009.

²⁹ Sobre as regras formais de emendas constitucionais na América Latina, confira-se: BREWER-CARÍAS, Allan R. *Models of constitutional review (reform and amendments) in Latin America: a comparative analysis*. Paper Prepared for the VI IACL World Congress on Constitutional Law, 2004.

³⁰ NOLTE, Detlef. *Constitutional change in Latin America: power politics or symbolic politics?* Paper ECPR Joint Session of Workshops Rennes, 2008.

³¹ BREWER-CARÍAS, Allan R. *La reforma constitucional en América Latina y el control de constitucionalidad*. Texto para Congreso sobre Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad, Bogotá, 2005.

1949). Outras preveem procedimentos distintos de reforma, em função de circunstâncias temporais ou dos preceitos materiais (e.g., Constituição do Chile de 1980 e Constituição da Venezuela de 1999). Há, por fim, constituições que exige a convocação de um órgão especial para deliberar sobre as emendas constitucionais (e.g., Constituição da Guatemala de 1985).

No Brasil, embora a Constituição seja rígida, as regras de reforma previstas impõem barreiras relativamente fáceis de superar (art. 60, Constituição de 1988). Primeiro, a emenda do texto constitucional pode ser iniciada por simples proposta do Presidente da República, de 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou de mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados. Segundo, exige-se 3/5 dos votos dos membros de cada Casa do Congresso em dois turnos de votação em cada uma delas³². Terceiro, se a emenda for aprovada tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal, é imediatamente promulgada, sem controle posterior do Executivo mediante sanção ou veto (como se dá no processo legislativo ordinário), dos Estados-membros, ou do povo, por meio de referendo. Portanto, salvo em relação à iniciativa, o poder de emenda no Brasil fica inteiramente nas mãos do Poder Legislativo. Na América Latina, isso ocorre, somente, em El Salvador e México: os demais países contam com a participação de outros pontos de veto.

Apesar disso, nem sempre as regras de emendas definem, sozinhas, a facilidade ou dificuldade de um país de emendar a Constituição. Também devem ser considerados fatores (i) *culturais*, isto é, determinados padrões culturais que determinam uma maior ou menor propensão a alterações³³, (ii) *materiais*, referentes à constitucionalização de determinadas matérias ou da abrangência de matérias constitucionalizadas, que podem produzir uma maior pressão por mudanças, e (iii) *institucionais*, que se referem a determinados arranjos políticos, econômicos ou sociais que afetam a capacidade dos atores envolvidos de alcançar os requisitos formais para a aprovação de emendas³⁴. No Brasil, por exemplo, o sistema político vigente — o propalado “presidencialismo de coalizão” —, marcado pela combinação do presidencialismo com um quadro de extrema pulverização partidária, impõe uma condição indispensável à governabilidade: a construção, pelo Presidente, de uma ampla coalizão no Congresso Nacional³⁵. Nesse cenário, os Presidentes normalmente conseguem obter, sem maior dificuldade, os votos necessários para aprovar os projetos e políticas necessários, inclusive aqueles que exijam maiorias qualificadas, como é o caso de emendas à Constituição³⁶.

Além do processo de emendas, a modificação da Constituição pode se dar por via informal. Trata-se da denominada *mudança constitucional*³⁷, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de

³² Se a proposta de emenda vier a ser rejeitada ou a ser tida por prejudicada, a matéria dela constante não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa, isto é, no mesmo ano daquela legislatura.

³³ GINSBURG, Tom; MELTON, James. Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty. *Paper University of Chicago*, 2014.

³⁴ LEVINSON, Sanford (ed.). *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*. Princeton: Princeton University Press, 1995. p. 23.

³⁵ Os estudos pioneiros sobre o tema foram produzidos por Sérgio Abranches e mais tarde por Argelina Figueiredo e Fernando Limongi: ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, v. 31, n. 1, p. 5-38, 1988.; FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

³⁶ Em estudo de 2004, Argelina Figueiredo e Fernando Limongi afirmam que “Os dados relativos à produção legislativa no Brasil falam por si só. O Executivo é não apenas o principal legislador de jure. É também o principal legislador de facto. Desde a promulgação da Constituição de 1988, a taxa de sucesso do Executivo, isto é, a proporção de projetos aprovados sobre o total de enviados, gira em torno de 90%” (FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Modelos de Legislativo: o Legislativo brasileiro em perspectiva comparada. *Revista Plenarium – Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 53, 2004).

³⁷ Sobre o tema, v. ZANDONADE, Adriana. Mudança constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 194, n. 35, 2001; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mudanças constitucionais e mudanças inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986; ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. v. 1; ACKERMAN, Bruce. *We the people: transformations*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. v. 2; DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. *Teoria da mudança constitucional*. São Paulo: Renovar, 2005; JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1991; TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 141 e ss; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 2. p. 131 e ss; SILVA, José Afonso da. Mudanças constitucionais. In: SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Rio de Janeiro: Editorial Ariel,

normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. Os mecanismos de mudança informal da Constituição são impulsionados por modificações significativas na realidade dos fatos, nos valores de uma determinada sociedade e na compreensão do direito. Eles permitem conferir uma maior plasticidade à Constituição, adaptando-a aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja preciso recorrer, a todo tempo, aos processos formais e dificultosos de reforma. A preferência, porém, deve ser pelo uso dos mecanismos de emenda previstos nos textos das Constituições, de modo a preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica.

Os graus de inclusividade, analiticidade e plasticidade das Constituições afetam-se mutuamente³⁸. Não há dúvida de que quanto maior o número de grupos participantes da assembleia constituinte, maior a probabilidade de aprovação de um texto constitucional mais analítico, como é o caso do Brasil. A analiticidade também produz efeitos sobre a plasticidade, gerando uma maior necessidade de aprovação de emendas constitucionais. Ainda no exemplo brasileiro, a combinação dos caracteres compromissório e extremamente analítico da Constituição com a relativa facilidade do procedimento de reforma, torna não apenas necessárias, mas também frequentes as modificações ao texto constitucional. Nos 30 anos de vigência da Constituição, desde a sua promulgação em outubro de 1988 até 2018, a Constituição foi emendada 105 vezes (sendo 99 emendas e as 6 emendas de revisão em 1994).

Inclusividade, analiticidade e plasticidade tendem, portanto, a contribuir para a durabilidade das Constituições. Mas podem também produzir patologias. Cartas muito inclusivas podem acabar transformando-se em instrumento para a preservação de interesses corporativos e particulares. Cartas muito analíticas podem engessar, demasiadamente, a política ordinária, exigindo maiorias qualificadas para a aprovação de alterações necessárias ao autogoverno democrático das novas gerações. E cartas muito flexíveis podem deixar de cumprir o próprio papel da constitucionalização, isto é, o de preservar determinadas matérias contra modificações por parte de maiorias eventuais. A duração da Constituição não pode, assim, se dar a qualquer custo. É preciso alcançar um equilíbrio entre permanência e plasticidade das Constituições. Justamente em razão dessa necessidade, diversos países estabelecem, ao lado de regras para a alteração formal dos textos, limites substanciais ao poder de emenda, identificando um núcleo essencial da Constituição que não pode ser modificado. Este será o objeto de discussão da próxima parte.

3 O núcleo essencial das constituições

3.1 Normas material e formalmente constitucionais: entre o indispensável, o necessário e o supérfluo

Para analisar o denominado “núcleo essencial” das Constituições, é preciso antes saber o que é, afinal, uma Constituição. O fundamento do *constitucionalismo* enquanto expressão da ideologia liberal é a limitação do poder do Estado. Para promover esse objetivo, as Constituições devem apresentar, essencialmente, dois conteúdos materiais básicos: a organização do Estado e a garantia de direitos fundamentais. No primeiro conteúdo, enquadram-se os preceitos sobre o sistema eleitoral, a organização e competências dos principais

1986; HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. In: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983; MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Constituição e realidade: a influência das transformações sociais na jurisdição constitucional*. [mimeografado]; ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. *Mudança constitucional: o Brasil pós-1988*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003; HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. In: HORTA, Raul Machado. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

³⁸ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009. p. 88.

órgãos estatais, a dinâmica da separação de Poderes, entre outros (trata-se da “máquina de governo”). No segundo conteúdo, insere-se o catálogo de direitos protegidos. As normas constitucionais que possuem esses objetos são consideradas normas *materialmente constitucionais*. Elas são, em síntese, o “indispensável” em uma Constituição, sem as quais o documento sequer poderia ser assim denominado³⁹.

Ao longo do tempo, tais conteúdos sofreram, é certo, significativa ampliação. O elenco de direitos tidos como fundamentais passou a incluir, além dos direitos políticos e individuais, direito sociais e coletivos. Ademais, as Constituições passaram a abrigar princípios e fins públicos relevantes. Também parece evidente que a escolha a respeito da específica conformação do Estado, dos direitos fundamentais que integrarão o catálogo constitucional e dos princípios e finalidades estruturantes varia, significativamente, entre os Estados. A depender de aspectos políticos, históricos e culturais, alguns países podem, por exemplo, optar por constitucionalizar a proibição de reeleição do chefe do Poder Executivo e alguns direitos trabalhistas, enquanto outros podem escolher deixá-los fora do texto. Apesar disso, é possível identificar as normas que tratam de todos esses temas como materialmente constitucionais (ainda que com alguma margem para divergências)⁴⁰.

Ocorre que, muito comumente, há nas Constituições inúmeros dispositivos que não são “indispensáveis”, isto é, não cuidam de nenhuma das matérias consideradas tipicamente constitucionais. É o caso, por exemplo, de normas sobre economia, previdência social e família. Essa particularidade levou à criação do conceito de *normas formalmente constitucionais*, as quais, independentemente de seu objeto, integram o documento formal da Constituição. Todos esses preceitos, inclusive os *apenas* formalmente constitucionais, desfrutam de superioridade jurídica em relação às demais normas do ordenamento jurídico às quais fornecem fundamento de validade. Mas o que motivaria o poder constituinte a dispor sobre normas cujo conteúdo não é tipicamente constitucional?

Inserir determinada matéria no texto da Constituição significa retirá-la do campo da política ordinária, exigindo-se para eventuais reformas constitucionais que se formem maiorias qualificadas por quórum expressivo. O constitucionalismo democrático funciona como um mecanismo de autolimitação ou pré-compromisso, protegendo o Estado contra a volatilidade da política e dos interesses políticos⁴¹. Assim, por exemplo, circunstâncias históricas, político-sociais, econômicas e culturais de um determinado Estado, sua vontade de romper com o passado, de mudar os rumos do país para o futuro ou de combater um problema nacional específico tornam muitas vezes necessária a ampliação do escopo das Constituições. Na Colômbia, a luta contra o narcotráfico e o crime organizado motivou a constitucionalização da proibição de que pessoas condenadas por tráfico de drogas se registrem como candidatos a cargos eletivos, ocupem cargos públicos ou celebrem contratos com o Estado (art. 122 da Constituição de 1991). Na Bolívia, diante da especial preocupação com a independência nacional, a Constituição expressamente veda a instalação de bases militares internacionais em seu território (art. 10, III, da Constituição de 2009). Já em Cuba, a Carta prevê que o país “nunca deverá retornar ao capitalismo” (art. 3 da Constituição de 1976).

Especificamente no caso brasileiro, a Constituição de 1988 demonstra nítida aspiração de refundar o Estado brasileiro sobre bases mais democráticas, republicanas e igualitárias, bloqueando traços culturais persistentes como o patrimonialismo e o clientelismo. É por isso que o constituinte originário não se contentou em prever que a Administração Pública obedecerá aos princípios da impessoalidade e da moralidade (art. 37, *caput*, da Constituição de 1988). Para evitar favorecimentos indevidos, entendeu que era preciso incluir expressamente em seu texto a necessidade de aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II, da Constituição de 1988) e a exigência de “processo de licitação pública que

³⁹ Há, é certo, alguns textos constitucionais que não apresentam um rol de direitos fundamentais (e.g., a Constituição da Austrália). Os direitos fundamentais, contudo, podem (i) estar localizados em dispositivos constitucionais esparsos, (ii) pertencer ao bloco constitucional, como em tratados internacionais sobre direitos humanos (e.g., a França incorporou os direitos previstos em documentos mencionados no Preâmbulo de Constituição de 1958), ou, ainda, (iii) ser reconhecidos por meio da jurisdição constitucional.

⁴⁰ As divergências são especialmente candentes no que se refere à distinção entre direitos materialmente e formalmente fundamentais.

⁴¹ ELSTER, Jon. *Ulisses and the sirens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

assegure igualdade de condições a todos os concorrentes” para a contratação de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI, da Constituição de 1988). A demonstrar o acerto da decisão do constituinte, verifica-se que, até hoje (ou seja, 30 anos após a promulgação da Constituição), o Supremo Tribunal Federal continua declarando a inconstitucionalidade de leis e atos administrativos que pretendem criar formas alternativas de acesso a cargos públicos, burlando a exigência de concurso público prevista na Constituição⁴².

Em todos esses casos, parece evidente que o que motiva o poder constituinte a inserir formalmente na Constituição normas que não são (segundo a definição clássica) materialmente constitucionais é a necessidade de conferir proteção especial a essas matérias à luz do contexto específico de cada país. Portanto, há normas que, embora *apenas* formalmente constitucionais, são “necessárias” em determinados ordenamentos jurídicos.

Todavia, a constitucionalização pode servir também para cristalizar determinadas normas “supérfluas” ou “desnecessárias”, assim entendidas como aquelas cujo entrenchamento na Constituição não é justificado nem à luz do seu conteúdo tipicamente constitucional, nem à luz da especial necessidade do país de proteger tais matérias contra alterações ordinárias promovidas por maiorias não qualificadas. Muito embora nem sempre seja fácil identificar tais normas, são certamente “supérfluos” os preceitos constitucionais que cristalizam delineamentos muito específicos dos mais diversos ramos do direito e de políticas públicas, que, sem nenhum prejuízo, poderiam — ou mesmo deveriam — ser regulados pela legislação infraconstitucional. Também podem ser caracterizados como “supérfluos” ou “desnecessários” os preceitos constitucionais que estabelecem regras remuneratórias especiais para o funcionalismo público.

Uma possível explicação para que esses conteúdos constem das Constituições pode estar no próprio processo de elaboração dos seus textos. Em processos constituintes inclusivos, de que participem diversos setores da sociedade, é comum a elaboração de constituições analíticas e compromissórias, que abarquem detalhamentos desnecessários e interesses muitas vezes conflitantes ou contraditórios. Ademais, às vezes, determinados preceitos são negociados e impostos por grupos que pretendem conservar seu poder e privilégios como condição para a própria aprovação do texto constitucional.

O resultado da constitucionalização dessas normas tipicamente infraconstitucionais e “supérfluas” — ou seja, sem fundamento para que sejam blindadas contra mudanças — é a imposição de maiores dificuldades às deliberações democráticas majoritárias. Nesses casos, a política ordinária passa a ter de se fazer mediante a aprovação de emendas à Constituição por maiorias qualificadas. Com isso, aumenta-se a tensão do constitucionalismo com a democracia, ao se subtrair dos órgãos eleitos pelo povo um conjunto abrangente de decisões que compõe o espaço próprio da política majoritária e do regime democrático.

A Constituição brasileira de 1988 é bastante ilustrativa desse ponto. Para vencer a seca no Nordeste, a Carta de 1988 determinou o percentual de recursos que o país deveria destinar aos programas de irrigação nos quinze anos subsequentes à sua edição⁴³. Como, porém, no prazo previsto, a realidade da seca não se alterou, para a manutenção do programa de irrigação, o legislativo teve de reunir uma maioria qualificada e cumprir todos os requisitos formais para emendar a Constituição e, assim, conseguir prorrogar, por mais 10 anos, a vigência do programa, como o fez na emenda constitucional nº 43/2004. E essa necessidade se repetiu em inúmeros casos, como se verá adiante.

Porém, a tensão com a democracia é potencializada em outra hipótese: a da pretensão de que alguns conteúdos essenciais da Constituição não sejam apenas blindados contra alterações pelo legislador ordinário e por maiorias políticas ocasionais, mas se tornem *imutáveis*, sendo protegidos mesmo contra a vontade do

⁴² Um dos casos mais recentes foi: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.415*, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 24.09.2015, referente a leis estaduais do Estado de Amazonas.

⁴³ ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Uma constituição incomum. In: CARVALHO, Maria Alice Rezende de; ARAUJO, Cicero Romão Resende de; SIMÕES, Júlio Assis (org.). *A Constituição de 1988: passado e futuro*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild (Hucitec); ANPOCS, 2009. p. 17-51.

poder constituinte reformador, de modo a negar às sucessivas gerações o direito de definir, coletivamente, os valores fundamentais e estruturantes que irão lhes governar.

3.2 O núcleo essencial das Constituições latino-americanas: as cláusulas pétreas

Como registrado, para sobreviverem e não sucumbirem ao tempo, as Constituições comportam mecanismos de mudança formal do seu texto que lhe garantem plasticidade diante de novas realidades e demandas sociais. Nada obstante, a possibilidade de emendar o texto constitucional pode ser utilizada, inclusive, para alterar, radicalmente, uma dada ordem constitucional ou suprimir regras e princípios essenciais à sua configuração, representando, assim, o seu decreto de morte⁴⁴. Para que haja sentido na sua preservação, uma Constituição deverá conservar a essência de sua identidade original, o núcleo de decisões políticas e de valores fundamentais que justificaram sua criação⁴⁵. O poder de reformar, como adverte Carl Schmitt, não inclui o de “aniquilar” a Constituição⁴⁶.

Cada sistema constitucional possui um “núcleo”, que é formado, na precisa definição do Professor Quirino Camerlengo, por um conjunto compacto de alguns poucos elementos constitutivos fundamentais que define a essência do sistema e que se irradia para todas as demais normas e instituições⁴⁷. Esse núcleo, é certo, constitui-se com base na identidade local do país, refletindo características peculiares e específicas da própria comunidade política, de sua história, política, cultura e aspirações (um núcleo, portanto, particularista). Mas ele tem também um componente cosmopolita, absorvendo valores e conquistas obtidos em outras jurisdições (um núcleo, portanto, universalista). O núcleo essencial das Constituições é composto, portanto, por princípios fundamentais estruturantes — tanto particularistas, quanto universalistas — que não poderiam ser significativamente modificados ou suprimidos sem desfigurar a própria ordem constitucional, sem que ela perca a sua identidade. Trata-se, portanto, do DNA das Constituições⁴⁸.

Em alguns países, esse núcleo é protegido pela existência de limites materiais ao poder de reforma previstos de modo expresse no texto da Constituição. São as chamadas “cláusulas pétreas” ou “cláusulas de intangibilidade” — também denominadas cláusulas “imutáveis”, “de eternidade”, “perpétuas”, entre outras denominações. Nelas são inscritas as matérias em relação às quais o poder reformador se acha limitado. Com diferentes nuances, essas cláusulas imutáveis das Constituições não podem ser substancialmente alteradas sequer por maiorias ultraqualificadas⁴⁹. Porém, nem sempre as cláusulas pétreas servem apenas para preservar ou manter intacto o núcleo essencial das Constituições. Há inúmeras outras funções que podem desempenhar⁵⁰.

A criação dessas restrições absolutas à regra majoritária pode servir, primeiramente, à preservação de preceitos especialmente necessários à luz da história, tradição e cultura locais (que compõem ou não o núcleo

⁴⁴ PREUSS, Ulrich K. The implications of “eternity clauses”: the german experience. *Israel Law Review*, v. 44, 2011. p. 429.

⁴⁵ Sobre o tema, v. SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham: London: Duke University Press, 2008. p. 74, p. 150-151: “The authority to undertake constitutional amendments resides in the framework of the constitution, is established through it, and does not extend beyond it. This authority does not include the power to establish a new constitution [...]”.

⁴⁶ SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham: London: Duke University Press, 2008. p. 150.

⁴⁷ CAMERLENGO, Quirino. *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*. Milão: Giuffrè, 2007.

⁴⁸ ROZNAI, Yaniv. Unamendability and the genetic code of the Constitution. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 514, 2011; FUSARO, Carlo; OLIVER, Dawn. Towards a theory of constitutional change. In: FUSARO, Carlo; OLIVER, Dawn (eds.). *How Constitutions change: a comparative study*. Oxford: Hart Publishing, 2011. p. 428.

⁴⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 23-24: “Esse paradoxo decorrente das relações entre constitucionalismo e democracia torna-se ainda mais agudo com o estabelecimento pelas Constituições contemporâneas de cláusulas superconstitucionais. Estas não apenas criam dificuldades quantitativas ao legislador, mas obstáculos intransponíveis — pois, diferentemente das demais cláusulas constitucionais, não podem ser alteradas ou abolidas, sequer por um procedimento qualificado”.

⁵⁰ ALBERT, Richard. Constitutional handcuffs. *Arizona State Law Journal*, v. 42, 2010. p. 663; ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

essencial da Constituição), sobretudo aqueles que estão mais sujeitos a abusos⁵¹. Na América Latina, por exemplo, não surpreende que a proibição à reeleição do chefe do Poder Executivo seja uma das cláusulas pétreas mais frequentes nos textos constitucionais na região, buscando evitar abusos e arroubos autoritários por parte dos sucessivos presidentes. Diversos países da região que não blindaram a cláusula de não reeleição contra emendas tiveram suas Constituições alteradas nesse ponto, a exemplo do Peru (em 1993), da Argentina (em 1994), do Brasil (em 1996), da Venezuela (em 1999 e depois em 2009), da Colômbia (em 2004), do Equador (em 2008) e da Bolívia (em 2009).

Em segundo lugar, as cláusulas pétreas podem se voltar também para a *transformação* do Estado, representando uma ruptura com o passado. O caso da Constituição da Alemanha, no pós-guerra, que estabeleceu a democracia e a dignidade humana como preceitos constitucionais imodificáveis, ilustra o uso desse instrumento para a superação de injustiças passadas e para a refundação do Estado sobre novas bases. Finalmente, as cláusulas de intangibilidade podem servir até mesmo como barreira de *contenção* de disputas e conflitos. Nesse caso, elas atuam no sentido de ampliar o poder governamental de alguns líderes, de perpetuar barganhas políticas ou posições ideológicas controvertidas, ou, ainda, de encastelar privilégios e interesses privados ou corporativos de atores políticos⁵². É o caso da Jordânia, que incluiu na Constituição a proibição de emendas que alterem os “direitos do rei” (Constituição de 1952, art. 126, § 2º). Ou do preceito contido no art. 79 da Constituição de Tonga de 1875, ainda em vigor, que impede emendas que afetem a “sucessão do Trono” e os “títulos e propriedades hereditárias dos nobres”.

Como reflexo da sua diversidade de funções, os objetos das cláusulas pétreas também são muito variados (v. Tabela 3, abaixo). Tais cláusulas tiveram origem ao final do século XVIII⁵³, mas se desenvolveram, especialmente, nas constituições do segundo pós-guerra, como instrumento para a proteção de direitos fundamentais e para assegurar o respeito a certas regras do jogo democrático. Assim, tradicionalmente, elas tinham por objeto a proteção da forma de governo e, em certos casos, inclusive no Brasil, também da Federação⁵⁴. A forma republicana de governo é resguardada contra emendas por mais de 100 Constituições mundo afora⁵⁵ e, especificamente na América Latina, pelas Constituições de El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras e República Dominicana (5 das 10 Constituições que apresentam cláusulas pétreas explícitas). De forma semelhante, os direitos fundamentais (pelo menos, alguns direitos fundamentais, como a dignidade humana) frequentemente constam do rol de cláusulas pétreas, como é o caso, na América Latina, das Constituições da Bolívia, do Brasil e do Equador.

Porém, os conteúdos intangíveis das Constituições vão muito além desses objetos mais tradicionais. Eles

⁵¹ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 24; ALBERT, Richard. Constitutional handcuffs. *Arizona State Law Journal*, v. 42, 2010.

⁵² ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 36.

⁵³ Nos EUA, a Constituição Federal, de 1788, originalmente, impedia a abolição do tráfico de escravos antes de 1808, e, na sua versão atual, proíbe que um Estado seja privado de igual representação no Senado sem consentimento. O preâmbulo da Constituição francesa de 1791 já previa a abolição “irrevogável” das instituições injuriosas à liberdade e à igualdade de direitos. Diversas Constituições latino-americanas também instituíram cláusulas pétreas bem cedo, como é o caso das Constituições do México de 1824 (que definiu que a religião do México deveria ser perpetuamente católica), da Venezuela de 1830, do Peru de 1839, do Equador de 1843, de Honduras de 1848, da República Dominicana de 1865 e de El Salvador de 1886 (ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 27-28).

⁵⁴ No Brasil, todas as Constituições republicanas, com exceção da Carta de 1937, previram cláusulas pétreas, impedindo toda reforma constitucional que viesse a abolir a forma republicana de governo ou a forma federativa de Estado. Na experiência internacional, a Constituição norte-americana de 1787, em seu texto original, já previa como limitação material ao poder de reforma que nenhum Estado poderia ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado. Também a Constituição alemã interdita a supressão da estrutura federal (art. 79, III, da Lei Fundamental de Bonn), ao passo que a Constituição portuguesa traz a forma unitária regional de Estado como cláusula pétrea (art. 288, alíneas *a*, *n* e *o* conjugadas). V. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 200-201; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 1983. t. 2. p. 151 e ss.

⁵⁵ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 30.

incluem, em alguns casos, “o mandato presidencial”, a “democracia”, o “pluripartidarismo”, a “separação entre Estado e Igreja”, a “língua oficial”, a “religião”, a “unidade nacional”, a “soberania”, as regras constitucionais sobre o poder de emenda, entre muitos outros⁵⁶. Embora de forma mais incomum no cenário mundial, o “núcleo essencial”, a “identidade” ou a “estrutura básica” das Constituições também são objeto de blindagem expressa contra emendas. Essa cláusula pétrea aparece com mais frequência na América Latina, constando dos textos constitucionais da Bolívia (que protege as “bases fundamentais” da Constituição), do Equador (que protege “a estrutura fundamental, a natureza e os elementos constitutivos do Estado”) e da Venezuela (que protege “a estrutura e os princípios fundamentais da Constituição”).

Tabela 3 – Limites materiais explícitos à reforma das Constituições Latino-Americanas⁵⁷

País	Constituição, artigos	Cláusulas pétreas
Argentina	1853, n/a	Não há
Bolívia	2009, art. 411	As bases fundamentais, os direitos, deveres e garantias, a primazia e reforma da Constituição
Brasil	1988, art. 60 § 4º	Forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais
Chile	1980, n/a	Não há
Colômbia	1991, n/a	Não há
Costa Rica	1949, n/a	Não há
Cuba	1976, art. 137	O sistema político, social e econômico (o socialismo)
Equador	2008, arts. 84 e 411	A estrutura fundamental, a natureza e os elementos constitutivos do Estado, os direitos e garantias reconhecidos pela Constituição, e o procedimento de emenda
El Salvador	1983, art. 248	Forma e sistema de governo; território da República; e impossibilidade de reeleição para a Presidência da República (alternância no poder)
Guatemala	1985, art. 281	Arts. 140 (Estado independente, livre e soberano, organizado para garantir aos habitantes a fruição de seus direitos e liberdades e sistema de governo republicano, democrático e representativo), 141 (separação de Poderes), 165, al. “g” (poder do Congresso de recusar o reconhecimento do Presidente que continuar no cargo após o fim do mandato), 186 (pessoas vedadas para o exercício dos cargos de Presidente e Vice), e 187 (proibição de reeleição); a forma republicana de governo, a impossibilidade de reeleição para a Presidência da República (alternância)
Haiti	1987, art. 284(4)	Natureza democrática e republicana do Estado

⁵⁶ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 31-33.

⁵⁷ Fonte: CONSTITUTE PROJECT. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>. As previsões constitucionais de cada um dos países encontram-se ao final do artigo, em nota.

País	Constituição, artigos	Cláusulas pétreas
Honduras	1982, art. 373	Artigos sobre reforma da Constituição; artigo sobre cláusulas pétreas; forma de governo; território nacional; mandato presidencial; proibição de reeleição para a Presidência da República
México	1917, n/a	Não há
Nicarágua	1987, n/a	Não há
Panamá	1972, n/a	Não há
Paraguai	1992, n/a	Não há
Peru	1993, n/a	Não há
República Dominicana	2015, arts. 267, 268, 3 e 73	O Princípio da Não Intervenção; a forma de governo civil, republicana, democrática e representativa
Uruguai	1966, n/a	Não há
Venezuela	1999, arts. 340 e 342	Os princípios fundamentais previstos nos arts. 1 a 9 (que incluem, <i>e.g.</i> , o caráter democrático, participatório, eletivo, descentralizado, alternativo, responsivo, pluralista, com mandatos revogáveis, do governo e dos órgãos políticos) e a estrutura fundamental da Constituição

A observação panorâmica desses limites materiais explícitos à reforma nas Constituições dos países democráticos — cada vez mais frequentes⁵⁸ — revela que, em geral, eles veiculam princípios fundamentais e, menos frequentemente, regras que representam concretizações diretas desses princípios⁵⁹. As exceções, no caso latino-americano, ficam especialmente por conta da vedação de reeleição do chefe do Poder Executivo. No caso da Carta brasileira de 1988, o extenso rol de cláusulas pétreas inclui predominantemente princípios, como a forma federativa, a separação dos Poderes e um extenso catálogo de direitos fundamentais, embora também compreenda as regras do voto direto, secreto, universal e periódico (art. 60, § 4º).

A preponderância de princípios no elenco de cláusulas pétreas está, em verdade, diretamente relacionada à preocupação com a preservação do espaço de deliberação democrática. A principal objeção à vedação de emendas constitucionais em relação a certas matérias diz respeito à limitação do autogoverno das novas gerações, que ficam de “mãos atadas” diante de escolhas feitas por gerações que já estão no caixão⁶⁰⁻⁶¹. Uma segunda objeção é o possível efeito colateral indesejado dessa interdição. Se as cláusulas pétreas se destinam a preservar a própria Constituição (seu núcleo essencial), ao deixar as novas gerações sem alternativa para

⁵⁸ Como aponta Yaniv Roznai, apenas 17% das constituições mundo promulgadas entre 1789 e 1944 incluiu cláusulas pétreas (52 de 306), mas esse número cresceu entre 1945 e 1988, quando 27% das constituições mundo promulgadas nesses anos incluiu tais disposições (78 de 286), e ainda mais entre 1989 e 2013 quando já mais de metade das Constituições (53%) incluiu tais disposições (76 de 143). V. ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 28.

⁵⁹ A exceção, no caso brasileiro, fica por conta do art. 60, § 4º, II, da Constituição, que trata do voto direto, secreto, universal e periódico.

⁶⁰ ALBERT, Richard. Constitutional handcuffs. *Arizona State Law Journal*, v. 42, 2010. p. 663; JEFFERSON, Thomas. *Carta de 6 set. 1789*. ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 213; PREUSS, Ulrich K. The implications of “eternity clauses”: the german experience. *Israel Law Review*, v. 44, 2011. p. 429.

⁶¹ Segundo a Comissão de Veneza, em uma democracia constitucional, “deve-se, em princípio, permitir uma discussão aberta sobre a reforma até mesmo dos mais básicos princípios e estruturas de governo”. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). *Report on Constitutional Amendment*, adopted 11-12, dez. 2009. No original: “A constitutional democracy should in principle allow for open discussion on reform of even its most basic principles and structures of government”.

efetivar mudanças necessárias, a proibição de emendar certos preceitos pode, na verdade, acabar por incentivar a sua própria destruição, inclusive por meios violentos ou via revolução⁶²⁻⁶³.

Ambas as objeções podem ser suavizadas pela petrificação primordial de princípios, e não de regras. É que os princípios são caracterizados pela relativa indeterminação do seu conteúdo. Eles têm também um “núcleo essencial”, em cujo âmbito funcionam, em geral, como regras, prescrevendo objetivamente determinadas condutas. Para além desse núcleo, porém, existe um espaço amplo de conformação, cujo preenchimento é atribuído prioritariamente aos órgãos de deliberação majoritária, por força do princípio democrático⁶⁴. A partir dessa configuração, as cláusulas pétreas tornam-se menos “petrificantes” do que se poderia imaginar. Em *primeiro lugar*, passa-se a admitir algum grau de modificação de seu conteúdo via emendas, desde que o núcleo essencial dos princípios protegidos remanesça intacto. Em *segundo lugar*, o próprio sentido dos princípios, bem como a definição daquilo que se encontra em seu núcleo essencial tornam-se passíveis de atualização ao longo do tempo. É evidente, por exemplo, que o significado atual da dignidade humana não é o mesmo que aquele existente há vinte, cinquenta ou duzentos anos atrás⁶⁵.

Em todo caso, porém, é justamente em função de seu caráter contramajoritário e potencialmente anti-democrático que as cláusulas pétreas devem ser interpretadas restritivamente, sem a pretensão de alargar demasiadamente o seu sentido e alcance. Nessa linha, a Comissão de Veneza⁶⁶ recomenda que as cláusulas de intangibilidade se limitem à tutela dos princípios básicos da ordem democrática e sejam interpretadas e aplicadas de forma restritiva e cautelosa⁶⁷. No Brasil, embora o rol de cláusulas pétreas seja amplíssimo, admite-se a possibilidade de limitação do conteúdo dos princípios e direitos protegidos até mesmo pelo legislador infraconstitucional, desde que preservado o seu núcleo essencial⁶⁸. O próprio Supremo Tribunal

⁶² Sobre o ponto, v. MENDES, Gilmar Ferreira. Plebiscito – EC 2/92. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 7, 1994. p. 118: “Não só a formulação ampla dessas cláusulas, mas também a possibilidade de que por meio de uma interpretação compreensiva diferentes disposições constitucionais possam (ou devam) ser imantadas com a garantia da imutabilidade têm levado doutrina e jurisprudência a advertir contra o perigo de um congelamento do sistema constitucional, que, ao invés de contribuir para a continuidade da ordem constitucional, acabaria por antecipar sua ruptura”.

⁶³ Segundo a EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). *Report on Constitutional Amendment*, adopted 11-12, dez., 2009, “todas as evidências históricas indicam que, para constituições que funcionam durante um período de tempo qualquer, o entrenchamento absoluto nunca será na prática absoluto”. Em situações de mudanças significativas ou de forte pressão política, aponta a Comissão, “mesmo as regras ‘não emendáveis’ serão alteradas, de um jeito ou de outro”. No original: 219. All historical evidence indicate that for constitutions that function over any period of time, absolute entrenchment will never in practice be absolute. If circumstances change enough, or if the political pressure gets too strong, then even “unamendable” rules will be changed — one way or the other. In such situations, constitutional unamendability may even have the negative effect of unduly prolonging conflicts and thereby building up pressure and increasing the costs to society of eventually necessary reform.

⁶⁴ Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 341: “Um princípio tem um sentido e alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras. A partir de determinado ponto, no entanto, ingressa-se em um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete. Essa característica dos princípios, aliás, é que permite que a norma se adapte, ao longo do tempo, a diferentes realidades, além de permitir a concretização do princípio da maioria, inerente ao regime democrático. Há um sentido mínimo, oponível a qualquer grupo que venha a exercer o poder, e também um espaço cujo conteúdo será preenchido pela deliberação democrática”.

⁶⁵ SARMENTO, Daniel. *Dignidade humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Rio de Janeiro: Ed. Fórum, 2016.

⁶⁶ A Comissão de Veneza (Comissão Europeia para a Democracia através do Direito) é órgão consultivo do Conselho da Europa sobre questões constitucionais, que possui 61 países-membros, sendo 47 países membros do Conselho da Europa e outros 14 países não europeus, incluindo o Brasil. A respeito, confira-se: https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation&lang=EN. Acesso em: 24 jul. 2019.

⁶⁷ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). *Report on Constitutional Amendment*, adopted 11-12, dez., 2009. No original: “218. The Commission however considers that unamendability is a complex and potentially controversial constitutional instrument, which should be applied with care, and reserved only for the basic principles of the democratic order. [...] 220. On this basis the Venice Commission would as a general principle advocate a restrictive and careful approach to the interpretation and application of “unamendable” provisions”.

⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. No mesmo sentido, v., dentre outros, STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60 e ss.; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo:

Federal já teve a oportunidade de afirmar justamente que

“não são tipos ideais de princípios e instituições que é lícito supor tenha a Constituição tido a pretensão de tornar imutáveis, mas sim as decisões políticas fundamentais, frequentemente compromissórias, que se materializaram no seu texto positivo”.

Por isso mesmo, conclui, “os limites materiais à reforma constitucional [...] não são garantias de intangibilidade de literalidade de preceitos constitucionais específicos da Constituição originária”⁶⁹.

Portanto, as cláusulas pétreas devem ser interpretadas como proibição de supressão do núcleo de sentido dos princípios que consagram, não como a eternização de determinadas possibilidades contidas em sua área não nuclear. Entendimento diverso representaria *sufocar* o espaço de conformação reservado à deliberação democrática e *engessar* o texto constitucional, impedindo sua adaptação a novas realidades e a demandas sociais legítimas, o que obrigaria à convocação repetida e desestabilizadora do poder constituinte originário. Uma interpretação ampliativa das limitações materiais ao poder de reforma poderia, assim, esvaziar o princípio democrático, sobretudo em países como o Brasil, onde as cláusulas pétreas abrangem considerável parcela dos dispositivos constitucionais⁷⁰.

Há, ainda, outra questão relevante. O que deve ocorrer com os países que simplesmente não preveem cláusulas de intangibilidade? Apesar de serem comuns, as cláusulas pétreas “não são um elemento necessário do constitucionalismo”⁷¹. Muitas Constituições não possuem limites materiais explícitos a emendas constitucionais, como é o caso de 10 dos 20 países latino-americanos (conforme a Tabela 3, acima). Será que, nessas situações, as novas gerações podem, com obediência às regras formais de emenda, deliberar por modificar o seu “núcleo essencial” ou, ainda, alterar, integralmente, a Constituição? Pode parecer estranho que os poderes constituídos tenham autoridade para substituir as escolhas mais fundamentais do poder constituinte originário⁷², para destruir ou desfigurar a essência da “identidade” da Constituição⁷³, e para se libertar dos pré-compromissos firmados no momento constituinte.

Diante desses questionamentos, alguns Estados passaram a defender, mesmo sem cláusulas de intangibilidade explícitas, que emendas constitucionais não podem modificar o núcleo essencial do texto, pois isso significaria a substituição da Constituição — o que não estaria compreendido no poder de emenda conferido pelo poder constituinte originário ao poder constituinte derivado⁷⁴. É famosa a frase de William Marbury, para quem “o poder de ‘emendar’ a Constituição não foi concebido para incluir o poder de destruí-la”⁷⁵. Essa tese parte da premissa de que, diversamente do poder constituinte originário — que é, na sua essência, um fato político que se impõe historicamente —, o poder de reforma constitucional é um poder de direito, regido pela Constituição e, portanto, sujeito a limitações. Sendo assim, se a função do poder de reforma é

Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. p. 34 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.024*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 27.10.1999.

⁷⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 47: “As mencionadas cláusulas pétreas foram tão ampliadas pela nova Constituição (até então, seguindo-se o modelo estadunidense, as cláusulas pétreas restringiam-se à República e à Federação) que os quatro temas hoje (e principalmente os direitos e garantias individuais) são encontrados em toda a Constituição: assim, interpretação mais extensa inibiria completamente o poder de emenda. E imobilizar o poder de reforma, na feliz expressão de Paulo Bonavides, é *correr todos os caminhos para a revolução*, isto é, a ruptura violenta da ordem constitucional”.

⁷¹ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). *Report on Constitutional Amendment*, adopted 11-12, dez. 2009.

⁷² Como aponta Richard Kay, “há algo de errado com a ideia de que uma emenda possa alterar o carácter essencial de uma Constituição, ao mesmo tempo que invoca a sua autoridade” (KAY, Richard. *Constituent authority*. *American Journal of Comparative Law*, v. 59, 2011. p. 715). V., ainda, ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 46.

⁷³ JACOBSON, Gary Jeffrey. *Constitutional identity*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2010.

⁷⁴ GÖZLER, Kemal. *Judicial review of constitutional amendments: a comparative study*. Bura: Elskin Press, 2008.

⁷⁵ MARBURY, William. The limitations upon the amending power. *Harvard Law Review*, v. 33, 1919. p. 225. No original: “the power to ‘amend’ the Constitution was not intended to include the power to destroy it”.

permitir a adaptação do texto constitucional para preservar-lhe a força normativa, não faz sentido que esse mesmo poder possa ser utilizado para romper a continuidade e deformar a identidade da Constituição. A Constituição, alerta Michael Paulsen, “não é um pacto suicida”, de modo que “seus preceitos não devem ser interpretados de modo a tornar-lhe um (pacto dessa natureza), quando uma construção alternativa for possível”⁷⁶.

Com base nessas ideias, formularam-se diversas teorias para extrair limites substanciais implícitos às emendas constitucionais, como a “Teoria da Estrutura Básica” na Índia e a “Teoria da Substituição” na Colômbia. O problema é que a definição do que é a “estrutura básica”, o “núcleo essencial” ou a “identidade” da Constituição, bem como de quando tais conteúdos básicos estão sendo, de fato, subvertidos, torna-se algo altamente vago e subjetivo na ausência de uma expressa sinalização do constituinte. E essa dificuldade é levada ao extremo quando o conteúdo das emendas se sujeita ao controle pelo Poder Judiciário, em especial pelas cortes constitucionais.

3.3 O Controle de Constitucionalidade de emendas

A relação entre as cláusulas pétreas explícitas e controle de constitucionalidade material das emendas não é uma relação necessária. De um lado, mesmo países que contêm em seus textos provisões não sujeitas a emenda, podem não adotar um sistema de controle judicial da sua compatibilidade com a Constituição. É o que ocorre na França, por exemplo⁷⁷. De outro lado, países que sequer possuem cláusulas pétreas explícitas admitem que as emendas se sujeitem aos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, como é o caso da Colômbia.

No cenário norte-americano e europeu, o controle de constitucionalidade de emendas é formalmente admitido em muitos países. Todavia, poucas cortes constitucionais exercem na prática essa competência, indo ao ponto de declarar a inconstitucionalidade de ato do poder reformador. É o caso da Alemanha, dos Estados Unidos e da Noruega. E mesmo nos países em que há precedentes de invalidação de emendas à Constituição pelas Cortes Constitucionais — como a Áustria, a Bulgária e a República Tcheca —, tais casos são muito raros⁷⁸. Enquanto isso, na América Latina, o cenário é diverso. Com menor ou maior frequência, Cortes e Tribunais Constitucionais da região tanto se pronunciaram pela sua competência para controlar a constitucionalidade de emendas, quanto efetivamente invalidaram alterações ao texto constitucional que não se adequavam aos limites materiais explícitos ou implícitos ao poder de reforma⁷⁹. E isso apesar de nenhuma Constituição da América Latina conferir expressamente aos órgãos de jurisdição constitucional competência para controlar materialmente a constitucionalidade de emendas⁸⁰.

A fiscalização da constitucionalidade das emendas à Constituição nos países latino-americanos se dá tanto quando há cláusulas pétreas explícitas, como no Brasil e na Venezuela, quanto na ausência de qualquer

⁷⁶ PAULSEN, Michael Stokes. The Constitution of necessity. *Notre Dame Law Review*, v. 79, 2003. p. 1257.

⁷⁷ Na França, o Conselho Constitucional, por decisão de 5.11.1962 (FRANÇA. Conselho Constitucional. *Decisão 62-20 DC*, j. 5.11.1962), ao apreciar uma modificação da Constituição introduzida por lei aprovada em referendo popular, declarou expressamente não ter competência para se pronunciar sobre a questão. Essa posição foi reiterada em decisões de 2.9.1992 e 26.3.2003 (FRANÇA. Conselho Constitucional. *Decisão 2003-469 DC*, j. 2.9.1992 e 26.3.2003). V. FAVOREU, Louis; PHILIP, Loic. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. 17. ed. Paris: Dalloz, 2003. p. 171 e s.

⁷⁸ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). *Report on Constitutional Amendment*, adopted 11-12, dez., 2009; ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 188. Em relação à Áustria, ver: ÁUSTRIA. Corte Constitucional. *Sentença G 12/00*, j. 11.10.2001. Já em relação à Bulgária, cf: BULGÁRIA. Corte Constitucional. *Sentença 03/04*, j. 06.07.2004. Por fim, em relação à República Tcheca, ver: REPÚBLICA TCHECA. Corte Constitucional. *Sentença PL ÚS 27/09*, j. 10.09.2009.

⁷⁹ GÖZLER, Kemal. *Judicial review of constitutional amendments: a comparative study*. Bura: Elskin Press, 2008; ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 72-79.

⁸⁰ BREWER-CARÍAS, Allan R. *La reforma constitucional en América Latina y el control de constitucionalidad*. Texto para Congreso sobre Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad, Bogotá, 2005.

limite substantivo expresso no texto constitucional, como na Argentina (que impôs ao poder de reforma que atuasse “dentro dos princípios da Constituição”), na Colômbia (que definiu que o poder de emenda não inclui o poder de “substituir” a constituição por outra)⁸¹, na Costa Rica (que protegeu o “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais)⁸² e no Peru (que considerou os “princípios jurídicos” e “valores democráticos básicos” da Constituição como imutáveis)⁸³.

A legitimidade do controle de constitucionalidade material de emendas é um ponto bastante polêmico, sobretudo quando as limitações substantivas impostas ao poder reformador sequer são mencionadas no texto da Constituição. A textura aberta e vaga dos princípios protegidos pelas cláusulas de intangibilidade acaba conferindo às Cortes um poder enorme, que inclui a definição do próprio conteúdo do “núcleo essencial”, da “estrutura básica” ou da “identidade” da Constituição. Nesse sentido, para que possa ser conciliado com a democracia, o exercício dessa competência exige, mais do que uma interpretação restritiva dos princípios petrificados, uma postura de autocontenção das Cortes. Não se deve esquecer que as emendas à Constituição são aprovadas mediante um processo mais dificultoso, que normalmente exige a formação de amplas maiorias, de modo que desfrutem de alto grau de legitimidade democrática e presunção reforçada de constitucionalidade⁸⁴.

Os potenciais benefícios e perigos do controle de constitucionalidade de emendas são ilustrados pelo caso colombiano. Na Colômbia, a Corte Constitucional somente tem competência expressa na Constituição para controlar a constitucionalidade dos erros de procedimento na formação das emendas (Constituição de 1991, arts. 241 e 379) e não há qualquer limite material expresso ao poder de reforma constitucional. Apesar disso, desde a sentença C-551, proferida em 2003, a Corte passou a conferir uma interpretação ampliativa ao conceito de “erro procedimental”, de modo que pudesse exercer fiscalização sobre as emendas não apenas por vícios formais, mas também por vícios materiais⁸⁵. A Corte entendeu que, nos termos da Constituição política vigente, o poder constituinte derivado não tem competência para a substituição integral da Constituição (teoria da *substituição*), mas apenas para aprovar emendas pontuais ao texto (o artigo 374 da Carta prevê que “a Constituição poderá ser reformada...”). Assim, caberia à Corte Constitucional examinar o conteúdo da reforma para verificar, em cada caso, se houve respeito à regra de competência ou se, em verdade, a emenda equivaleria à substituição da Constituição “por outra integralmente distinta ou oposta”. E, segundo afirmou a Corte colombiana, tal limitação de competência deve ser entendida como a necessidade de que a Constituição conserve “sua identidade em seu conjunto e partir de uma perspectiva material”⁸⁶. A partir dessa decisão, afirmou-se, assim, a existência de limites substantivos ao poder de emenda implícitos no texto da Carta de 1991.

A Teoria da Substituição foi, então, aplicada em mais de uma dezena de casos⁸⁷. Em dois deles, a Corte colombiana se debruçou sobre a questão da reeleição presidencial. No primeiro caso, a Sentença C-1040, jul-

⁸¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentença C-551/03*, j. 09.07.2003. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁸² COSTA RICA. Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça. *Resolução No. 2771-2003 de 04.04.2003*. Disponível em: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-236027>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁸³ PERU. Tribunal Constitucional. *Sentença 050-2004-AI/TC*, j. 03.06.2005. Disponível em: <https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/normativas/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁸⁴ GÖZLER, Kemal. *Judicial review of constitutional amendments: a comparative study*. Bura: Elskin Press, 2008. p. 52. Sobre o tema, v., ainda: COMELLA, Víctor Ferreres. El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas. *Jurisdicción constitucional y democracia*. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

⁸⁵ PULIDO, Carlos Bernal. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: an analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *I-CON*, v. 11, n. 2, p. 339-357, 2013.

⁸⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentença C-551/03*, j. 09.07.2003. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁸⁷ A título exemplificativo, confira-se as Sentenças C-551/2003, C-1200/2003, C-970/2004, C-1040/2005, C-588/2009, C-141/2010, C-1056/2012, C-10/2013, C-285/2016, C-373/2016 (Corte Constitucional da Colômbia).

gada em 2005⁸⁸, a Corte, por apertada maioria (5x4), entendeu pela constitucionalidade de emenda à Constituição que permitia uma reeleição para a chefia do Poder Executivo, por não considerá-la uma substituição da ordem constitucional vigente. Para assim entender, levou em conta o fato de que a permissão de uma única reeleição é relativamente comum internacionalmente e que não caberia à Corte exercer uma avaliação de oportunidade e conveniência da medida. Contudo, alertou que uma alteração para permitir a eleição para mais de dois mandatos seria provavelmente inconstitucional⁸⁹. O Presidente Alvaro Uribe pôde, então, ser reeleito para os quatro anos subsequentes. Porém, ao final do segundo mandato, Uribe obteve a aprovação no Congresso de emenda autorizando um terceiro mandato subsequente, que dependeria então de aprovação em referendo. Antes da realização da consulta popular, em fevereiro de 2010, a Corte Constitucional colombiana voltou a apreciar se a emenda em questão implicaria ou não a substituição da Constituição, na Sentença C-141⁹⁰. Dessa vez, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da emenda. Como fundamento, apontou que a possibilidade de terceira reeleição violaria o princípio da separação de poderes, “um dos elementos fundantes da Constituição colombiana”, já que fortaleceria, excessivamente, a Presidência de modo a alterar o equilíbrio entre os Poderes e órgãos do governo, bem como o princípio democrático, uma vez que afastaria a necessária alternância no Poder.

A decisão é festejada como uma das mais importantes na história da Corte Constitucional colombiana. E é paradigmática na América Latina, já que situações semelhantes ocorreram em muitos países, sem que suas cortes constitucionais invalidassem as emendas⁹¹. Esse foi, precisamente, o caso da Venezuela. A Suprema Corte venezuelana foi chamada a se pronunciar sobre se uma emenda poderia permitir a reeleição ilimitada do Presidente, à luz das cláusulas pétreas, previstas nos arts. 6, 340 e 342, do “sistema de governo [...] alternativo”, bem como da “estrutura básica da Constituição”⁹². Na ocasião, a Sala Constitucional entendeu que a eliminação da inelegibilidade do Presidente que já houvesse exercido o cargo “não subverte o princípio da alternância no exercício do poder”, argumentando que a natureza alternativa do sistema de governo não se encontra na exigência de que lideranças declinem obrigatoriamente suas aspirações legítimas em favor de outras. Encontra-se, isso sim, na

“possibilidade efetiva e real de que o eleitorado [...] participe de processos eleitorais periódicos em que compitam, em igualdade de condições, as várias opções políticas que compõem o corpo social e, assim, tenha oportunidade para decidir entre recompensar aqueles que consideram seus melhores governantes ou renovar completamente as estruturas de poder quando seu desempenho tenha sido fraco.”

Assim, concluiu que o princípio apenas seria violado se os titulares da soberania fossem impedidos de escolher os seus representantes pela não realização de eleições.

Recentes casos na Colômbia demonstram, contudo, que nem sempre a possibilidade de controle de cons-

⁸⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentença C-1040*, j. 19.10.2005.

⁸⁹ LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. *UC Davis Law Review*, v. 47, p. 189-260, 2013.

⁹⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-141*, j. 26.02.2010.

⁹¹ Veja-se também o caso da Costa Rica. A Corte Constitucional da Costa Rica (a “Sala IV”) declarou a inconstitucionalidade de emenda ao art. 132 da Constituição introduzida para proibir a reeleição. Como fundamento, a Corte alegou que a emenda foi utilizada para suprimir de forma absoluta o conteúdo essencial do direito humano e fundamental a ser eleito e a eleger, já que, de um lado, o ex-presidente “não poderá postular seu nome para ser eleito” e, de outro, os “cidadãos não poderão votar nele”.

⁹² VENEZUELA. Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça. *Opinião n. 53*, j. 03.02.2009. No original: “conviene añadir que la eliminación de la causal de inelegibilidad para el ejercicio de cargos públicos derivada de su ejercicio previo por parte de cualquier ciudadano, en modo alguno trastoca el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder. En efecto, el carácter alternativo de nuestro sistema de gobierno postulado por el artículo 6 de la Constitución, no supone un mecanismo de reparto de cuotas de poder a través del cual unos liderazgos deban declinar obligatoriamente a favor de otras legítimas aspiraciones, sino que, por el contrario, implica la efectiva y real posibilidad de que el electorado, como actor fundamental del proceso democrático, acuda a procesos comiciales periódicamente en los que compitan, en igualdad de condiciones, las diversas opciones políticas que integran el cuerpo social y así darle oportunidad de decidir entre recompensar a quienes estime como sus mejores gobernantes, o bien renovar completamente las estructuras de poder cuando su desempeño haya sido pobre. En conclusión, este principio lo que exige es que el pueblo como titular de la soberanía tenga la posibilidad periódica de escoger sus mandatarios o representantes. Solo se infringiría el mismo si se impide esta posibilidad al evitar o no realizar las elecciones”.

titucionalidade material de emendas é utilizada no sentido de impedir “reformas constitucionais abusivas”⁹³, podendo ser empregada para simplesmente barrar reformas que desagradem a Corte. Diante de uma crise institucional no Judiciário colombiano, foram aprovadas duas emendas constitucionais que criaram novos órgãos no Poder Judiciário. Em polêmicas decisões, porém, a Corte Constitucional decidiu que ambas as emendas consubstanciavam, em verdade, uma substituição constitucional. Na Sentença C-285/2016, a Corte entendeu que a criação do Conselho de Governança Judicial violou a separação de Poderes e o autogoverno autônomo do Poder Judiciário⁹⁴. Como notou Mario Cajas Sarria, porém, a reforma apenas substituiu um órgão existente, formado apenas por membros integrantes da estrutura do Poder Judiciário, por outro que, apesar de ter composição diversa, também era formado somente por integrantes da magistratura, de modo que seria “difícil argumentar que o Congresso tenha minado o núcleo do Princípio Constitucional da Independência Judicial” nesse caso⁹⁵. Também, na Sentença C-373/2016, o Tribunal constitucional concluiu que a criação da chamada “Comissão de Aforados”, que modificou o sistema de investigação, acusação e julgamento dos Ministros dos Tribunais Superiores e do Procurador-Geral, teria afrontado a separação de poderes e a independência judicial⁹⁶. A decisão nesse caso foi ainda mais controversa, já que impediu a criação de órgão capaz de promover maior controle e *accountability* do Poder Judiciário em momento em que vivencia séria crise.

O cenário colombiano demonstra que o controle de constitucionalidade substancial de emendas deve ser visto com especial cautela. De um lado, é certo que ele pode impedir que a possibilidade de emendar o texto constitucional seja utilizada de forma abusiva para alterar radicalmente ou suprimir regras e princípios nucleares de uma dada ordem constitucional. De outro lado, os limites substanciais ao poder de emenda também podem ser invocados pelo Poder Judiciário para simplesmente barrar o exercício do poder de emenda em hipóteses legítimas, seja para permitir a adaptação do texto original a novas realidades, seja para atualizar o desenho institucional do Estado para melhorar o desempenho de suas funções.

4 As emendas à Constituição e seu controle no Brasil

4.1 Muitas emendas, muitas mudanças? Reformas à Constituição de 1988

Se as Constituições não podem ser vistas como documentos “intocáveis”, as modificações periódicas passam a fazer parte da própria dinâmica de sobrevivência das Constituições⁹⁷. Porém, costuma-se enxergar com maus olhos os países cujos textos constitucionais são modificados muito frequentemente, como se a taxa de emendas significasse necessariamente uma falta de consolidação e instabilidade do próprio regime constitucional. Essa associação deve, porém, ser analisada com maior cautela. A realidade brasileira pode auxiliar a compreensão de que nem sempre uma elevada quantidade de emendas significa, de fato, a efetivação de muitas mudanças à Constituição ou, ao menos, ao seu núcleo essencial e identidade.

Como se viu, a Constituição de 1988 é *hiperinclusiva*. Trata-se de um texto compromissório, que buscou

⁹³ LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, p. 189-260, 2013.

⁹⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentença C-285/2016*, j. 01.06.2016. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-285-16.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁹⁵ SARRIA, Mario Cajas. The unconstitutional constitutional amendment doctrine and the reform of the Judiciary in Colombia. *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 2016. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2016/09/the-unconstitutional-constitutional-amendment-doctrine-and-the-reform-of-the-judiciary-in-colombia/>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁹⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentença C-373/2016*, j. 13.07.2016. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-373-16.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁹⁷ ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constitutionalizing policy: the brazilian Constitution of 1988 and its impact on governance. In: NOLTE, Detlef; SCHILLING-VACAFLO, Almut (org.). *New constitutionalism in Latin America: promises and practices*. Farnham, Burlington: Ashgate Publishing Limited, 2012. p. 203-222.

conciliar interesses dos diversos setores participantes do processo constituinte, sem que se possa extrair predomínio absoluto de uma única tendência política ou de uma diretriz econômica. A Constituição de 1988 também é *hiperanalítica*. Em suas mais de 250 disposições permanentes e 100 provisórias, organizou a máquina estatal, garantiu direitos, estabeleceu fins públicos, delineou políticas públicas e incorporou uma multiplicidade de interesses (inclusive privados e corporativos). Tudo isso com um grau incomum de detalhes. Ela é composta por normas *indispensáveis* (aquelas que compõem a ideia de Constituição em sentido moderno, que dispõem sobre a organização do Estado e direitos fundamentais), normas *necessárias* no contexto brasileiro (não constitucionalizadas na maior parte dos países, mas que merecem proteção especial na nossa tradição jurídica) e normas *supérfluas* ou *desnecessárias* (que não deveriam sequer constar da Constituição, pois substanciam proteção de matérias que deveriam se situar no âmbito da política ordinária). As duas últimas, como visto, são denominadas pela doutrina convencional de normas apenas formalmente constitucionais, enquanto as primeiras de normas tanto material quanto formalmente constitucionais.

Pelo seu próprio perfil — hiperinclusivo e hiperanalítico —, não deveria causar surpresa que a Constituição brasileira tenha se sujeitado com o passar do tempo a muitas transformações. É natural e inevitável que uma Constituição tão ampla e compromissória tivesse mesmo que ser constantemente atualizada. De fato, ao longo de 30 anos de vigência, foram 6 emendas de revisão e outras 99 emendas, em uma média de 3,5 emendas ao ano. E isso foi possível pelo fato de que, embora a Constituição de 1988 seja *rígida* (i.e., preveja regras mais dificultosas para sua alteração em relação à legislação ordinária), as regras formais para a reforma do texto constitucional são relativamente simples de alcançar. Salvo em relação à iniciativa, o poder de emenda no Brasil fica apenas nas mãos do Congresso, sem a necessidade de aprovação por Assembleias Estaduais ou por consulta popular. Além disso, no contexto do chamado presidencialismo de coalização, o quórum de 3/5 dos votos dos membros de cada Casa em dois turnos de votação é facilmente atingível pelas coalizões parlamentares de apoio ao Executivo, criando um ambiente institucional altamente favorável à proliferação de emendas constitucionais.

Ainda assim, diante da espantosa cifra de 105 emendas (incluindo as emendas de revisão) e mais de 300 artigos emendados (v. Tabela 5), a impressão geral que fica (sobretudo para um observador externo) é que a Constituição brasileira de 1988 ainda não se consolidou, vivendo uma espécie de “processo constituinte permanente”⁹⁸. Afinal, desde a sua edição, os sucessivos governos sentiram a necessidade de realizar frequentes reformas constitucionais. Contudo, um olhar mais atento sobre as modificações produzidas ao longo dos anos e sobre o próprio texto constitucional levam à conclusão oposta.

Tabela 5 – Emendas à Constituição brasileira de 1988 nos primeiros 30 anos de vigência⁹⁹

Ano	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	2000	01	02	03
Nº emendas/ano	0	0	0	2	2	6*	5	6	2	3	4	7	4	4	3
Artigos emendados ou acrescidos	0	0	0	3	10	9	9	11	7	50	17	20	14	11	35

Ano	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18
Nº emendas/ano	3	3	5	3	1	5	5	1	3	5	8	6	5	4	0

⁹⁸ ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 21, n. 61, p. 41-62, 2006.

⁹⁹ Fonte: NOLTE, Detlef. Constitutional change in Latin America: power politics or symbolic politics? *Paper ECPR Joint Session of Workshops Rennes*, 2008, p. 25; complementado por pesquisa de elaboração própria.

Ano	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18
Artigos emendados ou acrescidos	35	6	14	4	1	11	5	1	5	6	9	18	20 ¹	6	0

¹ A Emenda Constitucional no 91/2016 não alterou nenhum dispositivo da Constituição, limitando-se a criar uma janela de desfiliação partidária, de vigência temporária, que facultou “ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão”.

Balanco:	30 anos de vigência	105 emendas (99 emendas e 6 emendas de revisão em 1994*)	337 artigos emendados
-----------------	---------------------	--	-----------------------

Em verdade, após 30 anos de vigência, o diagnóstico quase unânime é o de que a Carta desfruta de inegável sucesso político-institucional¹⁰⁰. Ela tem sido capaz de absorver, sem traumas significativos, instabilidades eleitorais, políticas e econômicas que, em outros tempos, certamente teriam produzido rupturas. E mais: teve o mérito de criar um ambiente propício para a difusão de um sentimento constitucional, apto a inspirar uma atitude de maior acatamento em relação à Lei Maior. É preciso, portanto, explicar esse aparente paradoxo. As perguntas que devem ser respondidas são: tantas reformas teriam alterado o “núcleo essencial” e a “identidade” da Constituição? Corremos o risco de desfigurar a Constituição por meio das sucessivas emendas?

A análise do conteúdo de cada uma das emendas constitucionais aprovadas no Brasil permite concluir que elas não foram capazes de abalar o “núcleo essencial” da Carta de 1988. Em verdade, as alterações atingiram, em sua maioria, as partes do seu texto vocacionadas a disciplinar temas cuja natureza é nitidamente infraconstitucional, mas que, por opção do constituinte, integram a Constituição formal, com especial destaque para os delineamentos de políticas públicas específicas¹⁰¹. Nos últimos anos, todas as reformas mais significativas no país — como reformas da previdência, do Judiciário, tributária e econômica — dependeram de emendas à Constituição.

Há inúmeros exemplos de reformas constitucionais realizadas que evidentemente não dizem respeito a conteúdos indispensáveis ou necessários em nossa Constituição. Foram acrescentados ou alterados preceitos sobre: (i) custeio das aposentadorias de servidores públicos (EC 3/1993), (ii) exploração dos serviços de gás canalizado pelos Estados (EC 5/1995), (iii) admissão de professores estrangeiros nas universidades brasileiras (EC 11/1996), (iv) instituição de fundo social de emergência para saneamento financeiro do governo federal (EC 17/1997), (v) reforma da previdência social (EC 20/1998), (vi) limite de despesas com o Poder Legislativo municipal (EC 25/2000), (vii) prescrição de ação quanto a créditos das relações do trabalho (EC 28/2000), (viii) pagamento de precatórios judiciais pelos entes de direito público (EC 30/2000), (ix) permissão de participação de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão (EC 36/2002), (x) instituição de contribuição de custeio da iluminação pública (EC 39/2002), (xi) ampliação de prazo de programa de irrigação em regiões áridas (EC 43/2004), (xii) registro de brasileiros nascidos no estrangeiro (EC 54/2007), (xiii) supressão de requisito para o divórcio dos casais (EC 66/2010), (xiv) extensão

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. *Revista de Direito do Estado*, v. 10, n. 25, p. 25-66, 2008.

¹⁰¹ A principal hipótese utilizada para explicar a contínua necessidade de reforma constitucional no Brasil é a de que a constituinte assumiu um compromisso maximizador, trazendo para o texto da constituição uma grande quantidade de políticas públicas, modos de efetivação de direitos e interesses de grupos particulares. Assim, “Na medida em que diversas políticas públicas estão previamente definidas na Constituição, é preciso reformá-la quando determinado grupo chega ao poder, para adequá-la a seu projeto de governo” (V. NASSAR, Paulo André. Construção do compromisso maximizador: análise do processo constituinte e das características da constituição de 1988. In: DIMOULIS, Dimitri, et al. *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013. p. 25).

a profissionais de saúde militares a permissão para a cumulação de cargos (EC 77/2014), (xv) prazo da Zona Franca de Manaus (EC 84/2014), entre muitos outros. Assim, o alto índice de emendabilidade da Constituição brasileira se explica, em boa medida, pela constitucionalização de políticas de governo e de outras tantas matérias tipicamente infraconstitucionais, que normalmente ficariam a cargo da legislação ordinária.

A corroborar essa conclusão, interessante estudo de Rogério Arantes e Cláudio Couto revelou que 30,5% dos dispositivos que integravam o texto original da Constituição brasileira de 1988 se referiam a políticas públicas concretas¹⁰². Os autores demonstraram que essa realidade não encontra paralelo nas Constituições mundo afora, em que predominam conteúdos materialmente constitucionais. E isso mesmo em relação a Constituições analíticas editadas no pós-Segunda Guerra (como a da Alemanha, que teria apenas 1% de políticas públicas reguladas no texto) e a Constituições dirigentes (como a de Portugal, cuja taxa de políticas públicas seria de 4,5%)¹⁰³. O estudo analisou, ainda, o conteúdo de todas as emendas à Constituição promulgadas durante os dois mandatos do Presidente Fernando Henrique Cardoso, verificando, de forma surpreendente, que 68,8% dos dispositivos reformados se referiam a políticas públicas (portanto, às normas apenas formalmente constitucionais).

Durante três décadas de vigência, foram aprovadas algumas emendas relativas à parte materialmente constitucional da Constituição. Contudo, elas se caracterizaram, em sua ampla maioria, pela intenção de elevar o grau de proteção do indivíduo em face do Estado, tutelando novos direitos, ou pela atualização do desenho institucional dos Poderes, a fim de que pudessem melhor desempenhar as funções que lhes foram imputadas pela Constituição. É o caso, por exemplo, da EC 26/2000 (que incluiu a moradia como direito fundamental), da EC 45/2004 (que definiu a razoável duração do processo como direito fundamental), da EC 90/2015 (que incluiu o transporte no rol de direitos sociais), e, ainda, da EC 92/2016 (que explicitou que o Tribunal Superior do Trabalho integra a estrutura do Poder Judiciário). A identidade ou o “núcleo essencial” da Constituição permaneceram, desse modo, quase inalterados. Nessa linha, o mesmo estudo supracitado demonstrou que, em relação aos 31,2% dos dispositivos reformados que se referiam a normas materialmente constitucionais, mais da metade (17,9% do total) apenas ampliaram garantias ou modernizaram instituições. As exceções mais significativas foram a EC 16/1997, que introduziu a possibilidade de reeleição do Presidente para um mandato subsequente, e a EC 32/2001, que restringiu o poder do Presidente da República de editar medidas provisórias, de modo a moralizar o uso desse instrumento normativo.

É possível, então, concluir que o elevado número de emendas à Constituição no Brasil está mais fortemente relacionado à necessidade, criada pela própria abrangência e detalhamento dos temas apenas formalmente constitucionais tratados na Constituição, de que a política ordinária seja feita por meio de emendas. Não se pode, portanto, relacionar tal fato com uma suposta instabilidade do “núcleo essencial” da Constituição brasileira, que, como se vê, se manteve imune a alterações mais significativas.

Nesse ambiente institucional altamente favorável à proliferação de emendas constitucionais, a Constituição de 1988 adotou uma interessante estratégia de autopreservação. De um lado, como válvula de escape para a *hiperconstitucionalização* empreendida pelo constituinte originário, estabeleceu um procedimento pouco dificultoso de reforma do texto constitucional. De outro, como barreira de contenção contra possíveis tentativas de descaracterização do seu núcleo essencial, estabeleceu um amplo conjunto de cláusulas constitucionais intangíveis (art. 60, § 4o, da CF). Assim, o sistema de reforma constitucional passou a contar com um mecanismo de aferição da validade constitucional dessas emendas, operado pelo Poder Judiciário por meio do controle de constitucionalidade.

¹⁰² ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, governo e governabilidade. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). *Constituição e política na democracia*: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 197-220.

¹⁰³ Fonte: CONSTITUTE PROJECT. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>. Acesso em: 24 jul. 2019.

4.2 Controle de constitucionalidade de emendas no Brasil

No Brasil, a possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil não é controvertida. Na Constituição de 1988, o exercício do poder de emenda sujeita-se à fiscalização jurisdicional tanto sob a ótica *formal* — relativa à observância do procedimento próprio para sua criação (art. 60, *caput*, e §§ 2º e 3º) e às vedações configuradoras de limites circunstanciais (art. 60, § 1º) — quanto pelo prisma *material*, por força de restrições à alteração do conteúdo da Constituição que revele tendência à abolição das chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º).

Mesmo antes da edição da Carta de 88, o controle material das emendas era admitido, sem muitos questionamentos, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O primeiro pronunciamento da Corte a respeito da possibilidade de controle ocorreu em 1926, em caso que discutia reforma constitucional em face da redação originária da Constituição de 1891¹⁰⁴. No caso, embora a discussão tenha se limitado aos aspectos formais da emenda contestada — possibilidade de emendar a Constituição durante estado de sítio, além do quórum e do rito exigidos para a deliberação —, o STF afirmou sua competência para fiscalizar a compatibilidade material da emenda com o texto originário da Carta Política então em vigor.

Sob a égide da Constituição de 1967, com as alterações da Emenda nº 1, de 1969, o STF voltou a admitir, no julgamento do MS 20.257 (Red. p/ acórdão Min. Moreira Alves, j. em 08.10.1980), o controle material de constitucionalidade de emenda à constituição. Mas a Corte foi inclusive além. Discutia-se, naquela ocasião, mandado de segurança impetrado por parlamentar contra a simples tramitação de proposta de emenda à constituição que visava prorrogar mandatos de Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores de todo o país. O Ministro Relator, Décio Miranda, julgou prejudicado o mandado de segurança, em razão da aprovação superveniente da emenda à constituição pelo Congresso Nacional. Já o Ministro Soares Muñoz, apesar de não considerar o mandado de segurança prejudicado, o indeferia sob o fundamento de que não se poderia controlar preventivamente a constitucionalidade de simples proposta de emenda à constituição. Prevaleceu, entretanto, o voto do Ministro Moreira Alves.

No caso, a corrente vencedora, além de entender que o julgamento do mandado de segurança deveria prosseguir mesmo depois da aprovação da emenda à constituição, afirmou outras duas premissas fundamentais para a compreensão do tema no Brasil. Primeiro, apontou que o poder constituinte derivado estaria limitado juridicamente pelo poder constituinte originário, de modo que caberia ao STF fiscalizar a constitucionalidade das emendas à Constituição à luz das cláusulas pétreas. Segundo, considerou que, diante da redação do texto constitucional, que estabelecia que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República”, a limitação material decorrente das cláusulas pétreas se dirigia também ao próprio processamento da emenda, vedando a sua apresentação e a sua deliberação¹⁰⁵. A partir de então, passou-se a autorizar o parlamentar a instaurar perante o STF um controle preventivo de constitucionalidade de simples propostas de emenda à constituição, com base no fundamento de que “a

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 18.178*, Rel. Min. Hermenegildo de Barros, j. em 1926, em que o STF julgou constitucional à luz da Constituição de 1891 a emenda aprovada pelo Congresso Nacional, em 1926, que aumentava os poderes do Executivo.

¹⁰⁵ Veja-se a ementa do julgado: Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente a abolição da república. Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer — em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas — que sequer se chegue a deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a constituição. Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. Mandado de segurança indeferido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 20257*, Rel. Min. Décio Miranda, Red. p/ Acórdão Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. em 08.10.1980).

Constituição não quer — em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas — que sequer se chegue a deliberação”.

Na vigência da atual Constituição, o Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento pelo cabimento tanto da fiscalização repressiva de emendas à Constituição, via ações diretas, quanto do controle preventivo da constitucionalidade em face de meras propostas de emenda constitucionais, por meio de mandados de segurança. A Carta de 1988 praticamente não modificou a redação do preceito que instituiu as cláusulas pétreas em relação à EC 1/1969, tendo apenas aumentado, significativamente, o escopo dos princípios protegidos. O § 4º do art. 60 da Constituição, atualmente em vigor, dispõe que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”.

A primeira ocasião em que o STF voltou a analisar o tema, já sob a nova ordem constitucional, se deu no julgamento de três ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a emenda constitucional nº 2/1992, que antecipou de 07.09.1993 para 21.04.1993 a data para realização do plebiscito sobre a forma e o sistema de governo do país¹⁰⁶. Nessa oportunidade, todos os Ministros do STF concordaram que a emenda constitucional estaria sujeita ao controle jurisdicional à luz do parâmetro material estabelecido no art. 60, § 4º da Constituição. A divergência instaurou-se quanto ao mérito: uma minoria formada por três Ministros — Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence — entendeu que a antecipação da data do plebiscito violava a cláusula pétrea da separação de poderes, vício que, entretanto, não foi reconhecido pela maioria da Corte. Ambas as correntes, embora divergissem quanto à existência do vício de inconstitucionalidade da emenda, manifestaram certo consenso quanto à necessidade do controle das emendas para a manutenção da identidade ou do “núcleo imutável” da Constituição; bem como quanto à especial “dificuldade contramajoritária” que uma decisão judicial de anulação de emenda constitucional trazia, de modo que sua interpretação deve ser restritiva.

A partir de então, o Supremo Tribunal Federal fiscalizou, em múltiplos casos, a compatibilidade material de emendas com a Carta de 1988. Ao contrário do que se poderia imaginar, porém, o fato de a maior parte das sucessivas emendas (mais do que uma centena delas) tratarem de matérias tipicamente infraconstitucionais e preservarem o “núcleo essencial” da ordem constitucional inaugurada em 1988 não implicou uma atuação mais autocontida do STF. Quais foram, então, as consequências dessa dinâmica para o controle de constitucionalidade das emendas aprovadas?

A primeira e mais óbvia consequência é que, em regra, as ações ajuizadas questionaram justamente a constitucionalidade material de emendas que alteraram temas *apenas* formalmente constitucionais. Estudo realizado por Rubens Eduardo Glezer verificou que, das 84 ações diretas que envolviam alegações de inconstitucionalidade de emendas ajuizadas até fevereiro de 2012, mais da metade (53,6%) questionaram as grandes reformas constitucionais promovidas¹⁰⁷. Contra a reforma previdenciária (EC 20/1998) foram propostas 27 ADIs, contra a reforma do Judiciário (EC 45/2004) foram 14 ADIs, e contra a reforma administrativa (EC 19/1998) foram 4 ADIs. Número relevante de ações diretas (16 ADIs) questionou o imposto e a contribuição provisórios sobre operações financeiras, ambos criados por emenda à Constituição (EC 03/1993 e EC 12/1996). Ademais, pelo menos 6 ações diretas se voltaram contra o sistema de pagamento de precatórios e outras duas contra planos fiscais.

A segunda consequência se refere tanto ao *standard* de controle aplicado a esses casos, quanto à frequência com que o STF passa a ser acionado para fiscalizar as emendas. O fato de a maior parte das emendas aprovadas modificarem normas constitucionais “supérfluas” ou “desnecessárias”, que cristalizavam delinea-

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 829, 830 e 831*, Rel. Ministro Moreira Alves, j. 14.04.1993.

¹⁰⁷ GLEZER, Rubens Eduardo. Ativismo moderado do STF no controle das emendas constitucionais. In: DIMOULIS, Dimitri *et al.* *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013.

mentos concretos e muito específicos de políticas públicas e do arcabouço de vários ramos do direito, que normalmente seriam regulados pelo legislador ordinário, conduz o STF a um certo impasse. Caso o conteúdo dessas emendas tivesse sido veiculado por lei, seria admitida, sem nenhuma dificuldade, uma ampla fiscalização constitucional. Porém, no momento em que tais matérias são constitucionalizadas, torna-se mais difícil justificar o controle de sua compatibilidade com o texto constitucional, já que, por seu próprio objeto, tais emendas dificilmente seriam capazes de violar cláusulas pétreas ou de desfigurar o núcleo essencial da Carta de 1988.

Assim, se a Corte brasileira optasse por conferir aos limites materiais ao poder reformador interpretação restritiva, deixaria de ser capaz de afastar eventuais excessos praticados pelo constituinte reformador em temas de política ordinária. O Supremo então, diante desse impasse, tem preferido, na vigência da atual Constituição, submeter tais emendas a um controle mais rígido. Disso decorre que o STF tem conferido, nesses casos, uma leitura bastante ampliativa do risco de tendência à abolição das cláusulas pétreas. De certo modo, assim agindo, o STF aproxima o controle de constitucionalidade das emendas relativas a temas *apenas* formalmente constitucionais ao controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais. Diversos casos ilustram esse diagnóstico.

Na ADI 939 (rel. Min. Sydney Sanches, j. em 12.1993), questionou-se a Emenda Constitucional nº 3/1993, que instituiu um tributo denominado IPMF, cuja vigência seria imediata, afastando-se a vedação constitucional da cobrança de tributo “no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou” (art. 150, III, “b”, Constituição de 1988). O dispositivo da emenda foi, porém, declarado inconstitucional pelo STF. Para tanto, a Corte teve de enquadrar o Princípio da Anterioridade Tributária como um direito fundamental e, logo, imutável por força de previsão no rol de cláusulas pétreas. E o STF assim entendeu apesar de o princípio não se encontrar *topograficamente* no Título II da Constituição (relativo aos “direitos e garantias fundamentais”) e de a própria Carta ter previsto outros tributos dispensados de obedecer ao Princípio da Anterioridade.

Em outro precedente paradigmático, na ADI 1.946 (rel. Min. Sydney Sanches, j. em 03.04.2003), o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade que impugnava o art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998, que instituiu teto de R\$ 1.200,00 para os benefícios do regime geral de previdência social, enunciados no art. 201 da Constituição. O Tribunal conferiu interpretação conforme a Constituição à norma constitucional, a fim de excluir de seu âmbito de incidência os salários concedidos à mulher no período de licença à gestante, direito previsto no art. 7º, XVIII, da CF e enquadrável na locução “proteção à maternidade, especialmente à gestante”, consagrada no inciso II do art. 201. O fundamento para a exclusão foi o temor de esvaziamento da proibição de diferença de salários por motivos de sexo, uma vez que a limitação do benefício previdenciário acarretaria a assunção da eventual diferença de valor por parte do empregador, o que tenderia a desencorajar a admissão de mulheres ou o estabelecimento de seus salários em patamar acima do limite. Repare-se que a emenda tratou de tema — o teto previdenciário — apenas formalmente constitucional, *i.e.*, que não deveria ter sido previsto na Constituição, mas, sim, instituído mediante lei. E, como decorrência disso, mais uma vez, o STF adotou um parâmetro de controle mais rigoroso para declarar a inconstitucionalidade da emenda. Essa situação se repetiu em, pelo menos, mais uma dezena de casos nos quais a Corte brasileira entendeu pela inconstitucionalidade (total ou parcial) de emendas à Constituição que tratavam, em verdade, de temas tipicamente regulados pela via da legislativa ordinária¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Confrim-se: (i) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3105 e 3128*, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso, j. 18.08.2004 (referentes à EC 41/2003, que entendeu que o tratamento discriminatório entre servidores da União e dos demais entes em relação à contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos ofenderia o princípio da isonomia tributária); (ii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.356-MC e 2.362-MC*, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, j. 25.11.2010 (relativas às normas sobre pagamento de precatórios instituídas pela EC 30/2000); (iii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4425 e 4357*, Rel. Min. Ayres Britto, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 14.03.2013 (relacionadas às normas sobre pagamento de precatórios instituídas pela

Uma terceira e última consequência se refere à postura da Suprema Corte do Brasil em relação às reformas efetivadas em normas materialmente constitucionais. Ao contrário do que algumas análises parecem sugerir, nesses casos, o STF exerce o controle de modo mais cauteloso e autocontido. Cabe notar que a Corte não precisou desempenhar, em todos esses anos de vigência da Constituição, um papel de contenção do uso arbitrário do poder reformador pelo Congresso. O STF não foi convocado a impedir qualquer tipo de substituição implícita ou sub-reptícia da Constituição de 1988. Tampouco surgiu, a partir da aprovação de emendas constitucionais, risco efetivo de rompimento da identidade constitucional¹⁰⁹. Se é verdade que algumas propostas de emenda chegam a insinuar uma desfiguração da nossa Carta, pouquíssimas emendas aprovadas suscitaram esse problema de forma concreta.

Para o Plenário do Supremo Tribunal Federal, até hoje, apenas duas emendas que tratavam de matérias tipicamente constitucionais fragilizaram algum aspecto importante do núcleo essencial da nossa Constituição. Foram elas a “PEC da bengala” e a “PEC da verticalização das coligações”, embora tais aspectos apenas fossem laterais em relação aos objetos das emendas aprovadas. No primeiro caso, o STF analisou a ADI 5.316 MC (Rel. Min. Luiz Fux, j. em 21.05.2015), ajuizada contra a EC 88/2015, que aumentou o limite de idade de aposentadoria compulsória de 70 para 75 anos. O problema na emenda estava, porém, no dispositivo que condicionava a permanência no cargo de Ministros do STF, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, após os 70 anos, a uma nova sabatina no Senado Federal. A Corte entendeu, em sede liminar, que a exigência constituiria afronta ao núcleo essencial da cláusula pétrea da separação dos Poderes, uma vez que importaria em uma interferência política indevida e prejudicial ao “exercício imparcial e independente da função jurisdicional”.

Já no segundo caso, relativo ao julgamento da ADI 3685 (Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 22.03.2006), estava em questão a EC 52/2006, que pôs fim à exigência de verticalização das coligações partidárias, em superação a decisão anterior do STF sobre o tema. No caso, a Corte decidiu que havia violação às cláusulas pétreas pela determinação de aplicação da nova regra ao processo eleitoral que ocorreria antes de um ano do início de sua vigência. Entendeu-se, na hipótese, que a regra da anterioridade eleitoral constitui, no Brasil, um direito fundamental. Este funciona como obstáculo às mudanças repentinas das regras eleitorais para favorecer os ocupantes de cargos eletivos responsáveis por essas mudanças. Porém, mesmo nesses dois casos, suscitaram-se algumas dúvidas tanto sobre se o princípio invocado para invalidar parcela da emenda seria efetivamente cláusula pétrea (no segundo caso) quanto se teria havido, efetivamente, uma reforma “tendente a abolir” a cláusula pétrea invocada.

Além disso, tramitam, atualmente, no STF duas ações diretas em que se discute a constitucionalidade de emendas recentemente aprovadas, ao argumento de que elas teriam alterado preceitos nucleares da Constituição de 1988. A primeira é a ADI 5595 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski), ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, contra os arts. 2º e 3º da EC 86/2015, que reduzem o financiamento federal para ações e serviços públicos de saúde, implicando redução drástica no orçamento para ações e serviços públicos de saúde e agravando o subfinanciamento do SUS. De acordo com a petição inicial, tal emenda violaria os direitos fundamentais à vida e à saúde, que constituem cláusulas pétreas, os princípios da vedação ao retrocesso e da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, bem como o dever de progressividade na concretização de direitos sociais. Nesse caso, em 31.08.2017, o Ministro Relator deferiu a medida cautelar, *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia dos dispositivos questionados na EC 86/2015, considerando existir vedação constitucional a reformas constitucionais que “impliquem retrocesso no estágio de proteção [de direitos e garantias fundamentais] alcançado [...], ainda que a pretexto de limites orçamentário-

62/2009); (iv) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4307*. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11.04.2013 (sobre a composição das Câmaras Municipais e a retroação de efeitos às eleições de 2008 permitida pela EC 58/2009).

¹⁰⁹ Tramitam, atualmente, no STF duas ações diretas em que se alega que emendas constitucionais recentemente aprovadas alteraram a identidade da Constituição de 1988: a ADI 5595 contra os arts. 2º e 3º da EC 86/2015, que reduzem o financiamento federal para ações e serviços públicos de saúde, e a ADI 5680 contra a EC 95/2016, que estabeleceu teto para os gastos públicos da União por 20 anos.

-financeiros”. Desse modo, reconheceu-se, na decisão monocrática em sede de cautelar, que o gasto mínimo em matéria de saúde integra o núcleo essencial do direito à saúde, sendo insuscetível de reforma.

O segundo caso pendente de análise pelo Supremo é o das ADIs 5633, 5658 e 5680 (Rel. Min. Rosa Weber) contra a EC 95/2016, que estabeleceu teto para os gastos públicos da União por 20 anos. Um dos argumentos principais das ações é de que o congelamento dos pisos constitucionais dos gastos com educação e saúde compromete significativamente as bases materiais que permitem a efetivação desses direitos, já que promoverá a redução drástica dos gastos *per capita*, dado o acréscimo populacional. Com isso, seriam violados os direitos fundamentais à saúde e à educação (na vertente da garantia do mínimo existencial), considerando-se que as normas que instituem os pisos de gastos constituem condições materiais mínimas para a realização desses direitos, bem como o princípio da vedação ao retrocesso.

De tudo isso, é possível afastar a leitura tradicional a respeito da atuação do STF nos casos de controle de constitucionalidade de emendas. Em verdade, tal controle tem se dado de forma menos ambiciosa do que parece. A Corte Constitucional tem adotado uma leitura mais ampliadora do conteúdo e do alcance das cláusulas pétreas apenas quando as emendas constitucionais cuidam de normas apenas formalmente constitucionais, que não são necessárias à luz do núcleo essencial da Constituição brasileira. Já nas situações — mais raras — em que o ato do poder reformador afete normas materialmente constitucionais, importantes para a manutenção da identidade constitucional brasileira, o escrutínio adotado tem sido menos rigoroso e a interpretação do conteúdo das cláusulas pétreas mais restritivo, preservando-se, em maior grau, a decisão do poder constituinte derivado. Por isso, ao contrário do que se imagina, o Supremo Tribunal Federal tem sido deferente ao poder constituinte reformador no controle de constitucionalidade de emendas que alteram normas que compõem o núcleo essencial da Constituição de 1988. Nessas situações, as hipóteses de procedência do pedido, com invalidação das emendas, são relativamente incomuns na experiência brasileira.

5 Considerações finais

As Constituições devem se equilibrar entre permanência e plasticidade, entre a vida e a morte. Se forem rígidas demais, correm o risco de se tornarem anacrônicas e serem substituídas. Para viverem longamente, precisam, portanto, se modificar. Porém, se forem excessivamente flexíveis, enfrentam o perigo de terem seus preceitos estruturantes, seu “núcleo essencial” e “identidade” destruídos, o que representaria igualmente o seu decreto de morte. Para cuidar dessas preocupações, deve-se, de um lado, permitir emendas à Constituição e, de outro, buscar impedir que as reformas possam esvaziar determinados conteúdos, por meio da identificação de “cláusulas pétreas”.

Para auxiliar a compreensão da complexa questão da durabilidade das Constituições, foram expostos, ao longo do estudo, os delineamentos e potencialidades desses dois instrumentos — poder de emenda e cláusulas pétreas — especialmente à luz da experiência latino-americana. O caso brasileiro recebeu um tratamento especial na última parte do trabalho, na qual se buscou afastar dois sentidos comuns em relação a esses temas. De um lado, o de que a alta taxa de emendas à Constituição de 1988 significaria necessariamente uma falta de consolidação e instabilidade do próprio regime constitucional. De outro lado, o de que o STF submeteria as emendas a um controle muito rígido, a partir de uma leitura ampliadora das cláusulas pétreas, de modo a impor amarras excessivas no poder reformador.

Em relação ao primeiro ponto, demonstrou-se que a ampla e constante necessidade de atualização da Carta brasileira de 1988 decorre do seu perfil hiperinclusivo e hiperanalítico, bem como da elevação ao nível constitucional de políticas de governo concretas e de outras tantas matérias tipicamente infraconstitucionais, que normalmente seriam veiculadas pela legislação ordinária. Não se pode, portanto, relacionar tal fato a uma suposta instabilidade do “núcleo essencial” da Constituição brasileira, que, ao longo de quase 30 anos,

se manteve imune a alterações mais significativas. Já no que se refere ao segundo ponto, apontou-se que a atuação do STF no controle de constitucionalidade de emendas é menos ambiciosa do que parece. A Corte somente tem atuado de forma mais rigorosa e menos deferente nos casos em que as reformas cuidam de normas apenas formalmente constitucionais, que, a rigor, deveriam ser reguladas pela política ordinária.

Referências

- ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, v. 31, n. 1, 1988.
- ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. v. 1.
- ACKERMAN, Bruce. *We the people: transformations*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. v. 2.
- ALBERT, Richard. Constitutional handcuffs. *Arizona State Law Journal*, v. 42, 2010.
- ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 21, n. 61, 2006.
- ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, governo e governabilidade. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). *Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 197-220.
- ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constitutionalizing policy: the brazilian Constitution of 1988 and its impact on governance. In: NOLTE, Detlef; SCHILLING-VACAFLO, Almut (org.). *New constitutionalism in Latin America: promises and practices*. Farnham, Burlington: Ashgate Publishing Limited, 2012. p. 203-222.
- ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Uma constituição incomum. In: CARVALHO, Maria Alice Rezende de; ARAUJO, Cicero Romão Resende de; SIMÕES, Júlio Assis (org.). *A Constituição de 1988: passado e futuro*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild (Hucitec); ANPOCS, 2009.
- ÁUSTRIA. Corte Constitucional. *Sentença G 12/00*, j. 11.10.2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.
- BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. *Revista de Direito do Estado*, v. 10, n. 25, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. *La reforma constitucional en América Latina y el control de constitucionalidad*. Texto para Congreso sobre Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad, Bogotá, 2005.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. *Models of constitutional review (reform and amendments) in Latin America: a comparative analysis*. Paper Prepared for the VI IACL World Congress on Constitutional Law, 2004.

- BULGÁRIA. Corte Constitucional. *Sentença 03/04*, j. 06.07.2004.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CADENA, Carlos Alberto López. *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana: concepto, justificación y límites*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2015.
- CAMERLENGO, Quirino. *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*. Milão: Giuffrè, 2007.
- CHACON, Vamireh. *Vida e morte das Constituições brasileiras*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.
- COMELLA, Víctor Ferreres. El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas. *Jurisdicción constitucional y democracia*. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- CONSTITUTE PROJECT. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/>.
- CORDEIRO, Jose Luis. Constitutions around the World: a view from Latin America. *Discussion Paper n. 164*, Institute of Developing Economies, 2008.
- DORSEN, Norman; ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András; BAER, Susanne. *Comparative constitutionalism*. Minnesota: West Academic Publishing, 2003.
- DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. *Teoria da mudança constitucional*. São Paulo: Renovar, 2005.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national Constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009.
- ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). *Report on Constitutional Amendment*, adopted 11-12, dez. 2009.
- FALLON, Richard H. "The rule of law" as a concept in constitutional discourse. *Columbia Law Review*, v. 97, n. 1, 1997.
- FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. 17. ed. Paris: Dalloz, 2003.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.
- FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Modelos de Legislativo: o Legislativo brasileiro em perspectiva comparada. *Revista Plenarium - Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 53, 2004.
- FUSARO, Carlo; OLIVER, Dawn. Towards a theory of constitutional change. In: FUSARO, Carlo; OLIVER, Dawn (eds.). *How Constitutions change: a comparative study*. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- GINSBURG, Tom; MELTON, James. *Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty*. Paper University of Chicago, 2014.
- GLEZER, Rubens Eduardo. Ativismo moderado do STF no controle das emendas constitucionais. In: DIMOULIS, Dimitri et al. *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013.
- GÖZLER, Kemal. *Judicial review of constitutional amendments: a comparative study*. Bura: Elskin Press, 2008.
- GUIMARÃES, Ulysses. *Discurso na Assembleia Nacional Constituinte*. 5 out. 1988. Disponível em: [BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. As Constituições latino-americanas entre a vida e a morte: possibilidades e limites do poder de emenda. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p.50-54, 2019](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULYSSES-</p></div><div data-bbox=)

- GUIMARAES-(10-23).html. Acesso em: 24 jul. 2019.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HESSE, Konrad. Limites de la mutación constitucional. In: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. In: HORTA, Raul Machado. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- JACOBSON, Gary Jeffrey. *Constitutional identity*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2010.
- JEFFERSON, Thomas. *Carta de 6 set. 1789*.
- JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1991.
- KAY, Richard. Constituent authority. *American Journal of Comparative Law*, v. 59, 2011.
- LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, p. 189-260, 2013.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Rio de Janeiro: Editorial Ariel, 1986.
- MARBURY, William. The limitations upon the amending power. *Harvard Law Review*, v. 33, 1919.
- MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Constituição e realidade: a influência das transformações sociais na jurisdição constitucional*. [mimeografado].
- ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. *Mudança constitucional: o Brasil pós-1988*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Plebiscito – EC 2/92. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 7, 1994.
- MENDONÇA, Eduardo. Impeachment: o direito constitucional fora dos tribunais. *Jota*, 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/impeachment-o-direito-constitucional-fora-dos-tribunais-25032015>. Acesso em: 23 jul. 2019.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 2.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 1983. t. 2.
- NASSAR, Paulo André. Construção do compromisso maximizador: análise do processo constituinte e das características da Constituição de 1988. In: DIMOULIS, Dimitri *et al.* *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013.
- NEGRETTO, Gabriel. The durability of Constitutions in changing environments: explaining constitutional replacements in Latin America. *Working paper n. 350*, The Helen Kellogg Institute for International Studies, 2008.
- NOLTE, Detlef. *Constitutional change in Latin America: power politics or symbolic politics?* Paper ECPR Joint Session of Workshops Rennes, 2008.
- PAINE, Thomas. *The rights of man*. Nova York: Anchor, 1969.
- PAULSEN, Michael Stokes. The Constitution of necessity. *Notre Dame Law Review*, v. 79, 2003.
- PREUSS, Ulrich K. The implications of “eternity clauses”: the german experience. *Israel Law Review*, v. 44, 2011.

- PULIDO, Carlos Bernal. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: an analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *I-CON*, v. 11, n. 2, 2013.
- RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- REPÚBLICA TCHECA. Corte Constitucional. *Sentença PL ÚS 27/09*, j. 10.09.2009.
- ROZNAI, Yaniv. Unamendability and the genetic code of the Constitution. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 514, 2011.
- ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- LEVINSON, Sanford (ed.). *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*. Princeton: Princeton University Press, 1995.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Rio de Janeiro: Ed. Fórum, 2016.
- SARRIA, Mario Cajas. The unconstitutional constitutional amendment doctrine and the reform of the judiciary in Colombia. *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 2016. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2016/09/the-unconstitutional-constitutional-amendment-doctrine-and-the-reform-of-the-judiciary-in-colombia/>. Acesso em: 23 jul. 2019.
- SCHILLING-VACAFLOR, Almut (org.). *New constitutionalism in Latin America: promises and practices*. Farnham, Burlington: Ashgate Publishing Limited, 2012.
- SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham: London: Duke University Press, 2008.
- SILVA, José Afonso da. Mutações constitucionais. In: SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- VALDÉS, Ernesto Garzon. Derecho y democracia en América Latina. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, v. 7, n. 1-2, 2000.
- VEJA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1999.
- VENEZUELA. Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça. *Opinião n. 53*, j. 03.02.2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 194, n. 35, 2001.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

Criação constitucional sem Poder Constituinte: Os limites conceituais do poder de substituição ou revisão da constituição

Constitution-making (without constituent) Power: On the conceptual limits of the power to replace or revise the constitution

Carlos Bernal Pulido

Criação constitucional sem Poder Constituinte: Os limites conceituais do poder de substituição ou revisão da constituição*

Constitution-making (without constituent) Power: On the conceptual limits of the power to replace or revise the constitution

Carlos Bernal Pulido**

Resumo

O presente artigo expõe argumentos contrários à tese de que o poder de criação de uma constituição deve ser entendido como o poder constituinte, em sua acepção de poder fundacional, ilimitado e soberano. Uma análise conceitual do poder de substituição ou revisão da constituição revela que esse entendimento é incorreto. Em seu lugar, o artigo avança uma concepção sócioontológica do poder para substituir ou revisar uma constituição escrita, como um poder deôntico limitado, cujos titulares são os representantes políticos dos cidadãos, a quem a coletividade reconhece o *status* de criadores constitucionais e cuja função é institucionalizar o constitucionalismo. Essa concepção propõe enfoque mais claro para compreender o poder de criação da constituição e para avaliar a legitimidade de seu exercício.

Palavras-chave: criação da constituição; poder constituinte; alteração constitucional; substituição da constituição; revisão constitucional e emenda constitucional.

Abstract

This article makes a case against the wide-spread conception of the constitution-making power as a foundational, legally boundless and sovereign constituent power. A conceptual analysis of the power to replace or revise the constitution shows that this understanding is incorrect. Instead, the article advances a socio-ontological conception of the power to replace or revise a written constitution, as a limited deontic power of citizens' political proxy-agents, who are collectively intentionally recognized as having the status of constitution-makers for performing the function of institutionalizing constitutionalism. This conception illuminates a clearer approach to understand the constitution-making power, and to evaluate the legitimacy of its exercises.

Keywords: constitution-making; constituent power; constitutional change; constitutional replacement; constitutional revision; and constitutional amendment.

* Autor convidado/Guest author

Artigo traduzido por Clara Lacerda Accioly e Patrícia Perrone Campos Mello, como parte dos trabalhos desenvolvidos pelos Grupos de Pesquisa “Jurisdição Constitucional no Mundo” e “Cortes Constitucionais e Democracia”, Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação, Brasília.

** Magistrado do Tribunal Constitucional da Colômbia. E-mail: carloslb@corteconstitucional.gov.co. Agradeço a Virgílio Afonso da Silva, Robert Alexy, Rosalind Dixon, Vicki Jackson, Jeff King, José Luis Martí, Virgílio Afonso da Silva, Robert Alexy, Rosalind Dixon, Vicki Jackson, Jeff King, José Luis Martí, José Juan Moreso, Rebecca Pendleton, Silvia Suteu, María José Viana Clves y Juliano Zaiden Benvindo pelos valiosos comentários recebidos, em particular, nos seminários realizados na University College London, na University of New South Wales (Sydney), na Universidad Pompeu Fabra (Barcelona) e no Global Symposium on Constitutional Amendment and Replacement in Latin America (Brasília). Sinto-me, ainda, em grande dívida para com Richard Albert, José I. Colón-Ríos, Denise Meyerson e Sergio Verdugo pelos comentários e sugestões detalhadas a versões anteriores deste manuscrito.

1 Introdução

Alguns acadêmicos e juízes entendem que o povo somente cria, substitui ou revisa uma constituição por meio do exercício do poder constituinte, que definem como um poder fundacional, ilimitado e soberano. Identificam o poder de criar uma constituição com tal poder constituinte¹ ou o caracterizam como uma de suas manifestações². Este artigo expõe argumentos contrários a tal posição, defendendo, em breves linhas, que a Teoria do Poder constituinte é, apenas, uma concepção acerca do poder de criar uma constituição, entre outras possíveis,³ e, ademais, consiste em concepção incorreta, porque o caracteriza como ilimitado.

Com esse propósito, o artigo desenvolve uma análise conceitual de um caso típico do poder de criação da constituição: o poder de substituição ou revisão de textos constitucionais. Nesse sentido, vale-se da expressão “substituição” para designar a troca de um texto constitucional por outro, e usa a palavra “revisão” para referir-se à modificação da estrutura básica de uma constituição, por meio de um do procedimento de reforma constitucional. A análise desses fenômenos demonstra que o poder de criação constitucional não pode ser conceitualmente ilimitado. Não pode ser entendido segundo a Teoria do Poder Constituinte. Em lugar disso, o trabalho propõe uma concepção alternativa do poder de criação da constituição como um poder limitado, que se fundamenta em desenvolvimentos recentes no âmbito da ontologia social.

O artigo está estruturado da seguinte forma. A Seção II delimita o objetivo da análise que se emprederá: a compreensão da natureza do poder de criação constitucional. A Seção III aborda a Teoria do Poder Constituinte, seu uso judicial e doutrinário, como uma tentativa de justificar substituições e revisões constitucionais, assim como para estabelecer limites substantivos às reformas constitucionais. Na Seção IV, procura-se demonstrar, por meio de uma análise do poder de substituir e de revisar a constituição, que é conceitualmente incorreto, nesses casos, conceber o poder de criação constitucional como ilimitado ou irrestrito. Finalmente, a Seção V desenvolve a concepção sócio-ontológica do poder de substituir ou revisar a constituição, caracterizando-o como um poder deôntico limitado, de que se investem os representantes políticos dos cidadãos (*citizen's political proxy agents*), a quem a coletividade reconhece intencionalmente o *status* de criadores da constituição, cuja função é institucionalizar o constitucionalismo. Essa concepção pode ser generalizada como uma compreensão adequada do poder de criação constitucional.

2 Sobre a natureza do poder de criação constitucional

As constituições escritas são produto de um ato fundacional. Como explicam Loughlin e Walker, esse ato fundacional “pretende estabelecer uma organização social, mediante a criação de uma estrutura de governo e a definição da forma essencial do vínculo político entre as pessoas (os cidadãos do Estado) e as autoridades governamentais”⁴. A criação constitucional está presente quando da promulgação de novas constituições por atos fundacionais de tal tipo e, ainda, em situações de substituição ou revisão constitucional.

A criação constitucional é estudada a partir de diferentes perspectivas. Historiadores e cientistas políticos examinam as complexidades dos processos de criação das constituições em jurisdições específicas⁵. Filó-

¹ “O poder constituinte [...] é o poder legalmente ilimitado de criar (e recriar) constituições” COLÓN-RÍOS, J. I. Rousseau, Theorist of Constituent Power. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2016. p. 1, tradução livre.

² Segundo Martín Loughlin, no pensamento constitucional, “o poder constituinte expressa o aspecto generativo da relação de poder político” LOUGHLIN, M. The Concept of Constituent Power. *European Journal of Political Theory*, v. 13, n. 2, 2014. p. 231, tradução livre. A criação da constituição é um evento por meio do qual se gera o poder político.

³ Sobre a distinção entre um conceito e suas concepções – como entendimentos do conceito – V. EZCURDIA, Maite. The Concept-Conception Distinction. *Philosophical Issues*, v. 9, 1998, p. 187-192.

⁴ LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. Introduction. In: LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007, tradução livre.

⁵ V. MILLER, L. E. *Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making*. Washington: United States Institute

sofos políticos discutem como planejar e executar esses processos⁶ e quais resultados eles devem produzir para terem reconhecida a sua legitimidade⁷. Estudiosos de modelos de desenhos constitucionais buscam identificar as relações teóricas e empíricas existentes entre os processos de criação da constituição e seus resultados⁸. Comparatistas analisam diferentes modelos de criação constitucional e avaliam quais são as melhores práticas e como segui-las⁹.

Em contraste, este artigo versa sobre a natureza do poder de criação constitucional, sob uma perspectiva conceitual e normativa. Propõe uma análise conceitual tanto da substituição como da revisão constitucional — como casos típicos de exercício do poder de criação constitucional¹⁰ — com o objetivo de dar conta de seus elementos essenciais¹¹. A estratégia aqui adotada é análoga àquela de elucidação da natureza do Direito, por meio da afirmação de “proposições sobre o Direito que são necessariamente verdadeiras”¹² ou de “verdades reconhecidas (*necessary truths*) sobre o Direito”¹³. Tais verdades correspondem a um conjunto de propriedades que conferem ao Direito sua essência¹⁴, sua “identidade”¹⁵. *Mutatis mutandis*, este artigo formula duas questões. Em primeiro lugar, indaga se a concepção de poder constituinte é adequada para explicar as propriedades essenciais, ou seja, a natureza do poder de substituir ou revisar uma constituição. Em caso negativo, pergunta, em segundo lugar, qual poderia ser uma concepção alternativa apropriada?

Essa análise conceitual, necessariamente, pressupõe considerações normativas. Examinar a natureza do poder de criação constitucional, e definir se um ato é ou não uma manifestação de tal poder, implica assumir uma posição de justificativa ou de crítica quanto a tal ato ou a seus efeitos¹⁶. A título ilustrativo, analisar se uma assembleia constituinte extraconstitucional (*extra-constitutional constituent assembly*) pode ser considerada legitimamente investida do poder de criar uma nova constituição tem íntima relação com o debate sobre a possibilidade reconhecer o produto de tal assembleia como norma constitucional. Da mesma forma, avaliar se o poder para reformar a constituição compreende o poder de alterar a sua estrutura básica implica uma tomada de posição sobre a possibilidade de produzir alterações estruturais por meio do procedimento de emenda à constituição. A viabilidade de uma análise conceitual neutra, no prisma normativo, é controversa¹⁷.

of Peace, 2010.

⁶ V. BANKS, A. M. Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities. *William & Mary Law Review*, v. 46, 2008. p. 1046; ARATO, A. *Post Sovereign Constitution Making. Learning and Legitimacy*. Oxford University Press: Oxford, 2016.

⁷ KLEIN, C.; SAJÓ, A. Constitution-Making: Process and Substance. In: M. ROSENFELD; SAJÓ, A. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 419 e ss.

⁸ V. ZACHARY ELKINS, T. G.; BLOUNT, J. Does the Process of Constitution-Making Matter? *Annual Review of Law and Social Science*, v. 5, n. 5, 2009. p. 201 e ss; EISENSTADT, T. A.; LEVAN, A. C.; MABOUDI, T. When Talk Trumps Text: The Democratizing Effects of Deliberation during Constitution-Making, 1974–2011. *American Political Science Review*, v. 109, n. 3, 2015. p. 592 e ss.

⁹ CONTIADES, X. *Engineering Constitutional Change: a comparative perspective on Europe, Canada and the USA*. Londres: Routledge, 2012.

¹⁰ Esta análise conceitual é diferente do que Mattias Kumm chama de questão “sociológica”. V. KUMM, M. Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 14, n. 3, 2016. p. 698. Enquanto uma resposta à pergunta sociológica será responsável pelos atos de exercício real do poder de criação constitucional, a pergunta conceitual indaga acerca das propriedades essenciais do conceito de poder de criação constitucional. Sobre a diferença entre a análise conceitual, empírica (ou sociológica) e normativa na Teoria Constitucional, v. ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

¹¹ Sobre os aspectos metodológicos desse tipo de análise conceitual, v. HIMMA, K. E. Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy. In: FREEMAN, Michael; HARRISON, Ross (eds.). *Law and Philosophy: current legal issues*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 4.

¹² RAZ, J. Can There Be a Theory of Law?. In: GOLDING, M. P.; EDMUNDSON, W. A. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, 2005. p. 324-325, tradução livre.

¹³ ALEXY, R. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, v. 21, n. 3, 2008. p. 284, tradução livre.

¹⁴ RAZ, J. Can There Be a Theory of Law?. In: GOLDING, M. P.; EDMUNDSON, W. A. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, 2005. p. 324-325.

¹⁵ SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

¹⁶ NINO, C. S. El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica. In: BULYGIN, E.; FARRELL, M. D.; NINO C. S., RABOSI, E. *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983. p. 353.

¹⁷ V. MARMOR, A. Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, 2006. Para uma discussão mais ampla, v. FERRER BELTRÁN; MORESO; PAPAYANNIS. *Neutrality and Theory of Law*. Dordrecht: Springer, 2013.

A atribuição do poder de criação constitucional a uma autoridade determinada implica um juízo que compreende não apenas elementos conceituais e empíricos, mas também normativos¹⁸. Portanto, nesse aspecto, parece acertada a afirmação de Dworkin segundo a qual a descrição de qualquer fenômeno central para o Direito não pode ser normativamente neutra¹⁹, mas, ao contrário, implica uma “interpretação” baseada em juízos e crenças morais²⁰.

A Teoria do Poder Constituinte é uma concepção amplamente aceita acerca da natureza do poder de criação constitucional²¹. Embora existam diversas versões dessa teoria²², seu elemento comum é a tese de que o poder de criação constitucional é fundacional, juridicamente ilimitado e soberano²³. Aludirei a essa concepção como “o argumento do poder constituinte”.

O poder constituinte é fundacional — alega-se — porque é a fonte primeira de toda autoridade jurídica²⁴. Essa caracterização pretende romper a circularidade implícita na fundamentação da autoridade: a autoridade é legítima se, e somente se, uma norma jurídica a legitima; e uma norma é jurídica se, e somente se, tiver sido criada por uma autoridade legítima²⁵. Reconhecer a existência de um poder constituinte como uma autoridade pré-jurídica, que cria a constituição, rompe tal circularidade sem implicar uma regressão ao infinito²⁶. Com esse objetivo, Carl Schmitt afirmou que a fonte de validade da constituição reside no poder constituinte²⁷, entendido como uma “decisão” ou uma “vontade política” que define o tipo e a forma da entidade política na qual o povo se constitui²⁸. Além disso, do caráter fundacional decorre a compreensão de que todos os poderes constituídos extraem a sua autoridade jurídica da autoridade do poder constituinte e, em consequência, devem observar os limites formais e materiais atribuídos aos seus próprios poderes²⁹.

¹⁸ Matias Kumm tem razão ao enfatizar que o objetivo da Teoria do Poder Constituinte é “legitimar alterações jurídicas que não podem ser legitimadas com base nas normas legais existentes”. Ele argumenta que: “a função do poder constituinte dentro da tradição do constitucionalismo do século XVIII é normativa e justificadora, não sociológica e explicativa”. Ver: KUMM, M. Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 14, n. 3, 2016. p. 698-701, tradução livre. Entretanto, a afirmação de Kumm parece extremada ao descartar a dimensão sociológica – e talvez também a conceitual – da teoria do poder constituinte. Se uma “designação interpretativa *ex post*” do poder constituinte a uma autoridade é justificada, trata-se de algo que depende da correção das razões normativas e da verdade das proposições conceituais e empíricas que fundamentam essa atribuição. Enquanto as proposições conceituais se relacionam à questão de quais são as condições suficientes e necessárias para que um poder seja uma manifestação do poder constituinte, as proposições empíricas se referem a se a autoridade relevante atende a essas condições. O conceito de Nino de “juízos de aderência normativa” parece compreender essas três dimensões: normativa, conceitual e empírica NINO, C. S. El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica. In: BULYGIN, E.; FARRELL, M. D.; NINO C. S., RABOSSI, E. *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983. p. 361, tradução livre.

¹⁹ DWORKIN, R. *Justice in Robes*. Cambridge Mass: Belknap Press of the Harvard University Press, 2006. p. 140-141.

²⁰ DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge Mass: Belknap Press of the Harvard University Press, 2011. p. 404.

²¹ Há outras manifestações do exercício do poder constituinte, além da criação de uma constituição. Um exemplo é a autoridade absoluta do Parlamento inglês para representar ao povo britânico LOUGHLIN, M. Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice. In: LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 27-48.

²² NEGRI, A. *Insurgencies. Constituent Power and the Modern State*. Minneapolis e Londres: University of Minnesota Press, 1999. p. 4 e ss.

²³ COLÓN-RÍOS, J. I. *Weak Constitutionalism. Democratic legitimacy and the question of constituent power*. Londres y Nueva York: Routledge, 2012. p. 7. Embora o conceito de poder constituinte tenha surgido no direito inglês do século XVII LOUGHLIN, M. Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice. In: LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 27 e ss., a compreensão do poder do povo para criar uma constituição como uma espécie de poder constituinte começou com a Revolução Francesa COLÓN-RÍOS, J. I. Five Conceptions of Constituent Power. *Law Quarterly Review*, v. 130, 2014. p. 307.

²⁴ LOUGHLIN, M. The Concept of Constituent Power. *European Journal of Political Theory*, v. 13, n. 2, 2014. p. 219.

²⁵ Alf Ross apresentou este problema em ROSS, A. *On Law and Justice*. Berkeley: University of California Press, 1959. p. 80; ROSS, A. On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law. *Mind*, v. 78, n. 309, 1969. p. 1.

²⁶ A regra de reconhecimento de Hart pretende desempenhar o mesmo papel (HART, H. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 991 e ss.).

²⁷ SCHMITT, C. *Verfassungslehre*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1970. p. 22.

²⁸ SCHMITT, C. *Verfassungslehre*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1970. p. 82, tradução livre.

²⁹ CRISTI, R. The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of Chile’s 1980 Constitution. *Cardozo Law Review*, v. 21, 1999-2000. p. 1749.

Em segundo lugar, de acordo com o argumento do poder constituinte, o poder de criação constitucional é ilimitado³⁰. Sieyès ressaltou essa característica quando sustentou que, dado que tal poder é fonte de toda juridicidade, “não está e não pode ser limitado pela constituição”³¹. Nessa linha, o poder constituinte não poderia estar sujeito a limitações formais ou materiais. Seria livre para criar, substituir ou revisar a constituição mediante qualquer procedimento e com qualquer conteúdo.

Finalmente, o argumento do poder constituinte qualifica o poder de criação constitucional como soberano, aludindo ao fato de que se trata da máxima autoridade para produzir normas jurídicas³². Nenhuma outra autoridade poderia invalidar suas decisões³³. Nesse sentido, Andreas Kalyvas³⁴ resalta que esta caracterização implica a mutação do conceito de soberania, tal como foi proposto por Jean Bodin, como o “mais alto poder de emitir ordens”³⁵. Como poder constituinte, a soberania do poder de criação constitucional³⁶ fundamenta a mais alta autoridade de criação de normas jurídicas³⁷.

3 Substituição da Constituição, revisão da Constituição e o argumento do Poder Constituinte

O argumento do poder constituinte tem sido usado para justificar substituições e revisões constitucionais, que são casos especiais de alterações formais e estruturais da constituição. Uma alteração constitucional é uma modificação no conjunto de normas constitucionais válidas, podendo ser formal ou informal. A diferença entre dispositivo e norma constitucional facilita a compreensão desses tipos de alteração³⁸. Os dispositivos constitucionais são os enunciados que integram um texto constitucional. No caso das constituições escritas, normas constitucionais são o conjunto de significados que expressam o sentido dos dispositivos constitucionais. Esses significados podem ser articulados em proposições prescritivas, indicando que algo está ordenado, proibido ou permitido pela constituição; podem, igualmente, corresponder à outorga de competências ou de imunidades.

³⁰ BÖCKENFÖRDE, E.W. Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts. In: BÖCKENFÖRDE, E.W. *Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, pp. 90 e ss.

³¹ SIEYÈS, E.-J. *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?* Paris: Pagnerre: Pagnerre, 1839, p. 132, tradução livre. De acordo com Sieyès, a nação — e não o povo — é titular do poder constituinte.

³² LOUGHLIN, M. Why Sovereignty?. In: RAWLINGS, R.; LEYLAND, P.; YOUNG, A. L. *Sovereignty and the Law: Domestic, European, and International Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 45, 48.

³³ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*. Stanford: Stanford University Press, 1998. p. 43. Alguns acadêmicos consideram a falta de limites como um aspecto da soberania. Ver, por exemplo, a referência à “dimensão negativa da soberania parlamentarista” em VENN, A. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Londres: Macmillan, 1939. p. 40, tradução livre.

³⁴ KALYVAS, A. Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power. *Constellations*, v. 12, n. 2, 2005. p. 225. Todavia, em contraste com Sieyès, Kalyvas sugere que o povo somente pode exercer o poder constituinte por meio de procedimentos participativos.

³⁵ BODIN, J. *Les six livres de la République*. Paris: Librairie générale française, 1993. p. 74, tradução livre.

³⁶ KALYVAS, A. Constituent Power. *Political Concepts: A Critical Lexicon*. Disponível em: <http://www.politicalconcepts.org/constituentpower/>. Acesso em: 20 fev. 2018.

³⁷ A distinção entre um comando e uma regra, que estava no centro das críticas de Hart à teoria do direito de John Austin, pode ilustrar a diferença entre essas duas concepções de soberania. Entenderei aqui “regra” como sinônimo de “norma”. Austin sustentou que o direito é um conjunto de comandos. Um comando é a expressão de um desejo do soberano no sentido de que alguém pratique ou se abstenha de praticar algum ato, sob pena de sanção em caso de descumprimento. AUSTIN, J. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 21. Em sentido diverso, segundo Hart, a existência de uma regra implica que o desvio do *standard* de conduta que ela estabelece dá lugar a críticas e à imposição de sanções. A crítica pelo desvio e a imposição de sanção são consideradas legítimas, justificadas ou fundadas em razões adequadas; o aspecto interno das regras significa que os agentes “devem considerar o comportamento como um *standard* geral a ser observado pela sociedade como um todo” HART, H. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 55-66, tradução livre. A atribuição de soberania ao poder constituinte implica reconhecer sua capacidade para estabelecer normas.

³⁸ Sobre a distinção entre dispositivo e norma no direito constitucional, v. CRISAFULLI, V. *Disposizione (e norma)*, XIII *Enciclopedia del Diritto*, 1964, pp. 165-203. No campo dos direitos constitucionais, v. ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 32.

As alterações formais na constituição implicam uma modificação em uma ou mais disposições constitucionais e, portanto, a alteração do conjunto de normas constitucionais válidas. A promulgação de uma constituição, sua substituição, revisão, emenda e derrogação explícita são tipos de alterações formais. Por outro lado, a alteração constitucional informal corresponde à mudança do conjunto de normas constitucionais válidas sem modificação do texto. A mutação constitucional por interpretação³⁹, a mutação infraconstitucional⁴⁰ e o desuso constitucional⁴¹ são tipos de alterações constitucionais informais.

Somente as alterações constitucionais formais são relevantes para os fins deste artigo. Serão objeto de debate apenas a relação e as diferenças entre as categorias pertinentes à alteração constitucional formal, a saber: promulgação, substituição, revisão e emenda da constituição⁴². A título ilustrativo, Zachary Elkins, Tom Ginsburg e James Melton, em estudo empírico de 2009, utilizaram uma distinção de tipo procedimental entre emenda e substituição: enquanto na primeira, alegam, “os agentes afirmam seguir o procedimento de reforma da constituição existente”; na segunda, “empreendem uma substituição da constituição sem pretender seguir tal procedimento”⁴³.

Richard Albert, a seu turno, defende que, enquanto “uma emenda deve ser entendida como um esforço para dar continuidade a um projeto de constituição que teve início em um momento fundacional”, “a revisão deve ser entendida como um esforço para desfazer a constituição, por meio da introdução de uma mudança extraordinária, que é inconsistente com seus pressupostos fundamentais”⁴⁴. A Corte Constitucional Colombiana segue um enfoque funcionalista similar para delinear as diferenças entre emenda e substituição constitucional. Um caso claro de emenda constitucional implica uma alteração de menor expressão, em um ou mais elementos não essenciais da constituição. A substituição constitucional, por sua vez, é uma modificação de “grande transcendência e magnitude”⁴⁵, em um ou mais elementos essenciais da arquitetura⁴⁶ do Estado ou da estrutura básica da constituição⁴⁷. A emenda constitucional preserva a identidade e a conti-

³⁹ O conceito se verifica quando os juízes atribuem um novo significado a uma antiga disposição constitucional. No que diz respeito a um contexto não relacionado com o Estado, Julian Arato mostrou como a alteração constitucional informal pode ocorrer no âmbito de qualquer prática legislativa e política de interpretação constitucional, para além da prática de interpretação judicial. V. ARATO, J. *Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations*. *Yale Journal of International Law*, v. 38, 2013. p. 304.

⁴⁰ Esse conceito se refere à alteração produzida pela promulgação de legislação ordinária, pela ratificação de tratados internacionais, pela promulgação de atos administrativos ou pela *mise-en-scène* de práticas políticas que, apesar de serem inconsistentes com a constituição, não são impugnadas ou não são declaradas inconstitucionais em juízo. Sobre este conceito, v. BERNAL, C. *Informal Constitutional Change*. *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014. p. 495.

⁴¹ ALBERT, R. *Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude*. *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014. p. 641.

⁴² Para uma discussão esclarecedora sobre as diferenças entre a revisão constitucional e a emenda constitucional, v. ALBERT, R. *Amendment and Revision in the Unmaking of Constitutions*. In: LANDAU, D.; LERNER, H. *Handbook on Comparative Constitution-Making*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?a>. Acesso em: 13 fev. 2017.

⁴³ ELKINS, Z.; GINSBURG, T.; MELTON, J. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 55, tradução livre.

⁴⁴ ALBERT, R. *Amendment and Revision in the Unmaking of Constitutions*. In: LANDAU, D.; LERNER, H. *Handbook on Comparative Constitution-Making*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?a>. Acesso em: 13 fev. 2017, tradução livre.

⁴⁵ COLÔMBIA, Corte Constitucional. Sentença C-551/2003; COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentença C-1200/2003. V., ainda, RAMÍREZ CLEVES, G. A. El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003. *Revista de Derecho del Estado*, n. 18, 2006. p. 10.

⁴⁶ A tese de que a modificação de um elemento essencial da constituição é uma substituição constitucional, e não uma emenda, encontra-se no núcleo da doutrina da substituição constitucional da Corte Constitucional Colombiana. Ver as sentenças C-970/2004, C-971/2004, C-1040/2005, C-588/2009, C-141/2010, C-397/2010, C-574/2011, C-170/2012, C-249/2012, C-288/12, C-317/2012, C-1056/2012, C-010/2013, C-579/2013, e C-577/2014. Para uma abordagem crítica dessa doutrina, v. BERNAL, C. *Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine*. *International Journal of Constitutional Law*, n. 2, v. 11, 2013.

⁴⁷ Desde *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, AIR 1973 SC 1461, o Tribunal Supremo da Índia declarou que o poder de emendar de que dispõe o Parlamento não inclui a autorização para alterar a estrutura básica da constituição. Em *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, AIR 1980 SC 1789, esse tribunal vinculou o conceito de estrutura básica à identidade da Constituição. Uma questão controvertida continua sendo: quais são os elementos pertencentes à estrutura básica? KRISHNASWAMY, S. *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 71 e ss; KHOSLA, M.

nidade da constituição existente. A substituição constitucional, ao contrário, mina a constituição existente. Uma substituição da constituição é, neste sentido, inconstitucional⁴⁸.

Outros acadêmicos usam o conceito de substituição constitucional para se referir à mudança de todo o texto constitucional, isto é, de todo o conjunto de dispositivos constitucionais. Segundo Negretto, isso geralmente ocorre quando a estrutura do governo institucionalizada em uma constituição não atinge seus objetivos, e os atores políticos carecem da “capacidade de implementar mudanças por meio de reformas constitucionais ou interpretação judicial”⁴⁹. Nesse sentido, a substituição constitucional corresponde à revogação da constituição escrita existente, como consequência da promulgação de uma nova constituição. Tal substituição constitucional pode ser o resultado do exercício de procedimentos que a constituição existente prevê e regula; por exemplo: uma assembleia constituinte ou um referendo. Pode, ainda, ser o resultado de estratégias extraconstitucionais⁵⁰, muitas vezes, de origem popular⁵¹. Esse último tipo de estratégia de mudança formal da constituição é frequentemente empregado no Sul global. Ao longo dos últimos 40 anos, a América Latina, por distintas razões, testemunhou substituições constitucionais: na Bolívia (2009), no Brasil (1988), no Chile (1980), na Colômbia (1991), no Equador (1998 e 2008), na Guatemala (1985), em Honduras (1982), na Nicarágua (1987), no Panamá (1972), no Paraguai (1992), no Peru (1979 e 1993), em El Salvador (1983), na República Dominicana (2015) e na Venezuela (1999). As razões para tais substituições incluem: a transição para a democracia (no Chile)⁵², os esforços para pôr fim a uma situação de anomia (na Colômbia)⁵³ e tentativas de presidentes em exercício de promulgar constituições que lhes permitiriam perpetuar-se no poder ou diminuir controles políticos e jurídicos (na Venezuela, Bolívia e Equador)⁵⁴.

Seguindo o entendimento de Albert e Negretto, aludirei à emenda constitucional como a uma mudança de pequena expressão que não altera a estrutura fundamental de uma constituição. E utilizarei as expressões revisão ou substituição total da constituição para aludir a mudanças em sua estrutura. Nesse sentido, uma revisão e uma substituição são dois tipos de mudanças estruturais formais de uma constituição. Ambas alteram sua estrutura e, nas palavras de Albert, tentam “desfazer” a constituição válida. No entanto, enquanto uma substituição implica uma modificação de todo o conjunto de disposições constitucionais, uma revisão apenas implica a modificação de algumas delas⁵⁵.

Constitutional Amendment. In: CHOUDHRY, S.; KHOSLA M.; BHANU MEHTA, P. (eds.). *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 235. Sobre a doutrina da estrutura básica em perspectiva comparada, v. BARAK, A. Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israeli Law Review*, v. 44, 2011, p. 321 e ss.

⁴⁸ ALBERT, R. Nonconstitutional Amendments. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 22, n. 1, 2009. p. 10.

⁴⁹ NEGRETTO, G. Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America. *Law and Society Review*, v. 46, n. 4, 2012. p. 749, tradução livre.

⁵⁰ “A mudança constitucional extraconstitucional depende de estratégias que derivam sua legitimidade de fontes externas ao texto da constituição, como os apelos populares à autodeterminação” ALBERT, R. Nonconstitutional Amendments. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 22, n. 1, 2009. p. 10-11, tradução livre.

⁵¹ ANDERSON, G. W. Societal Constitutionalism, Social Movements, and Constitutionalism from Below. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 20, n. 2, 2013. p. 881. A Primavera Árabe oferece exemplos de substituições constitucionais de gênese popular PARLETT, W. The Dangers of Popular Constitutional Making. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 38, n. 1 2012. Além disso, v. TURNER, C. Transitional Constitutionalism and the Case of the Arab Spring. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 64, n. 2, 2015.

⁵² CRISTI, R. The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of Chile’s 1980 Constitution. *Cardozo Law Review*, v. 21, 1999-2000. p. 1749. Uma narrativa alternativa da gênese da Constituição do Chile de 1980 pode ser vista em: ATRIA, F. Sobre la soberanía y lo político. *Derecho y humanidades*. v. 12, 2006.

⁵³ Sobre o conceito de anomia como a falta de normas ou a falta de idoneidade das normas existentes para orientar a sociedade, v. DURKHEIM, É. *Le suicide. Étude de sociologie (1897)*. 2. ed. Paris: Les Presses Universitaires de France, 1967, capítulo V. Além disso, sobre a anomia nas circunstâncias da promulgação da Constituição colombiana de 1991, v. HERNÁNDEZ, J. A. La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional. *Colombia Internacional*, v. 79, 2013. p. 56.

⁵⁴ LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, v. 47, 2013. p. 195.

⁵⁵ Um caso relevante de revisão constitucional na América Latina é a reforma de 1994 da Constituição da Argentina. V. NATALE, A. A. La reforma constitucional argentina de 1994. *Cuestiones constitucionales*, n. 2, 2000. Sobre o debate da natureza desta reforma, v. SHOR, M. The Once and Future Democracy: Argentina at the Bar of Constitutionalism. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 574.

Não há grande controvérsia sobre a alegação de que substituições e revisões constitucionais devem pressupor uma participação democrática mais ampla do que as emendas constitucionais⁵⁶. No entanto, é mais problemático o debate sobre se essas modalidades deveriam se submeter a condicionamentos distintos. Discute-se se as emendas à constituição se sujeitam, e devem, efetivamente, se sujeitar, a limites, ao passo que as substituições e revisões constitucionais não se sujeitam, e nem devem se sujeitar a eles. De acordo com uma versão da Teoria do Poder Constituinte, apenas o poder de emendar a Constituição pode e deve ser limitado, porque o poder de reforma (ou o poder constituinte derivado) é uma competência criada pelo poder constituinte (originário). Uma vez que cada competência somente pode ser exercida dentro dos limites em que autorizada, se o poder constituinte derivado viola os limites da sua competência para reformar a constituição, a reforma resultante de tal violação é inconstitucional⁵⁷. Entretanto, segundo o argumento do poder constituinte, este não é o caso de uma substituição constitucional. O poder constituinte originário, que é o autor das substituições constitucionais, não reconhece limites para substituí-la.

Durante as últimas décadas, alguns atores políticos e certas instituições estatais, como tribunais superiores na América Latina⁵⁸, apelaram a essa prerrogativa, vinculada ao argumento do poder constituinte, com o propósito de justificar assembleias constituintes extraconstitucionais e suprimir limites a seus procedimentos ou aos resultados que alcançaram. Alguns acadêmicos, como Joel Colón-Ríos, aderiram a essa linha de argumentação. Segundo ele, permitir que um poder constituinte ilimitado se manifeste ocasionalmente cria a possibilidade de “reconstituição democrática” de uma sociedade em crise, infundindo “legitimidade democrática” ao seu regime constitucional⁵⁹. Em termos mais brandos, Yaniv Roznai argumentou que “a impossibilidade de reformar certos aspectos da constituição limita o poder de reforma, mas não pode bloquear o [...] Poder Constituinte — a ‘soberania por trás de sua Constituição’ — de sua capacidade de reformar até mesmo os princípios básicos ou a estrutura da ordem constitucional”⁶⁰. No entanto, Roznai parece reconhecer que há certas limitações procedimentais para substituições e revisões constitucionais, ao aceitar que “a impossibilidade de alterar certos aspectos da Constituição implica que algumas reformas que buscam estabelecer uma ‘nova Constituição’ ou uma nova ‘identidade constitucional’ não podem ser alcançadas por meio de procedimentos ordinários de mudança, mas requerem um processo constituinte específico”⁶¹.

No entanto, como Dixon e Landau destacaram, autocratas ou caudilhos (*strongmen*) podem empregar ambas as vias formais de mudança constitucional, estruturais e não estruturais, para perseguir fins associados com o constitucionalismo abusivo, ou seja, para se perpetuar no poder ou minar controles para o exercício das suas competências⁶². A preocupação central não é de que deteriorem o significado da constituição, mas sim de que, por meio da revisão ou da substituição constitucional, deteriorem o próprio constitucionalismo. Em um cenário de crise constitucional, há risco maior de exercícios autoritários e unilaterais de poder que devem ser evitados⁶³. Atores políticos poderosos podem manipular maiorias populares para fragilizar

⁵⁶ Sobre a discussão deste argumento, v. BERNAL, C. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 2, 2013. Uma questão diferente é se a participação, em contraste com a representação, é a melhor maneira de substituir e revisar uma constituição. Sobre este tópico complexo, v. CONTIADES, X.; FOTIADOU, A. *Participatory Constitutional Change*. The People as Amenders of the Constitution. Londres: Routledge, 2017.

⁵⁷ TUSHNET, M. Peasants with pitchforks, and toilers with Twitter: Constitutional revolutions and the constituent power. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 3, 2015. p. 646.

⁵⁸ SOTO BARRIENTOS, F. Asamblea Constituyente: La experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile. *Estudios Constitucionales*, v. 12, n. 1, 2014. p. 403.

⁵⁹ COLÓN-RÍOS, J. I. The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 48, n. 2, 2010 e HUTCHINSON, A.; COLÓN-RÍOS, J. I. Constituciones Duraderas: una crítica democrática. *Anuario de Derecho Público*, 2011.

⁶⁰ ROZNAI, Y. The Spectrum of Constitutional Amendment Powers, In: ALBERT, R.; *Xenophon Contiades y Alkeme Fotiadou, The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*. Oxford: Hart Publishing, 2017, tradução livre.

⁶¹ ROZNAI, Y. The Spectrum of Constitutional Amendment Powers, In: ALBERT, R.; *Xenophon Contiades y Alkeme Fotiadou, The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*. Oxford: Hart Publishing, 2017, tradução livre.

⁶² DIXON, R.; LANDAU, D. Constraining Constitutional Change. *Wake Forest Law Review*, v. 50, 2015. p. 862.

⁶³ LANDAU, D. Constitution-Making gone wrong. *Alabama Law Review*, 2013.

a própria concepção de constitucionalismo, por meio da imposição de normas fundamentais estruturais, fabricadas segundo suas necessidades e travestidas de constituições⁶⁴. Assim, as mesmas razões normativas e conceituais que justificam a limitação do poder de reforma constitucional impõem a necessidade de estabelecer limites ao poder de criação de novas constituições. Esses limites também devem ser impostos a substituições e revisões constitucionais.

Para enfatizar esse ponto, convém analisar os julgamentos dos Tribunais Supremos da Colômbia e da Venezuela, em que se justificou a competência de assembleias constituintes extraconstitucionais, em relação aos processos que levaram à promulgação das constituições atuais de tais países⁶⁵. No caso colombiano, por meio da Sentença n. 138, de 9 de novembro de 1990, a Corte Suprema de Justiça apreciou a constitucionalidade do Decreto n. 1926/1990, que permitia que o povo elegeisse uma assembleia constituinte extraconstitucional, a fim de substituir a Constituição Nacional de 1886, então em vigor. Na ocasião, a Corte endossou a constitucionalidade da criação da Assembleia. O principal argumento utilizado foi de que: “o povo (...) é o constituinte primário, por meio do qual emanam todos os poderes constituídos ou derivados”⁶⁶. Como constituinte primário, a nação colombiana poderia, a qualquer momento, se autoconferir uma constituição distinta daquela em vigor, sem se sujeitar às exigências que ela estabelecia⁶⁷. “Sendo a nação o constituinte primário e tendo ela um caráter soberano, do qual emanam os demais poderes, não pode ter outros limites além dos que ela mesmo impôs, nem os poderes constituídos podem rever seus atos”⁶⁸. Portanto, no exercício do poder de constituinte primário — soberano e ilimitado — o povo poderia substituir a Constituição de 1886 por meio de um procedimento extraconstitucional⁶⁹.

A Suprema Corte da Venezuela esboçou um argumento semelhante em sua Sentença n. 17 de 19 de janeiro de 1999. Depois de eleito, em 1998, o presidente Hugo Chávez propôs a criação de uma assembleia constituinte extraconstitucional para substituir a Constituição de 1961⁷⁰. Um grupo de cidadãos solicitou à Suprema Corte da Venezuela a interpretação do artigo 181 da Lei Orgânica sobre o Sufrágio e a Participação Política de 1997. Tal artigo autorizava o presidente a convocar um referendo, a fim de consultar os eleitores sobre decisões de especial relevância nacional⁷¹. A questão central era se o presidente poderia empregar um referendo para decidir sobre a convocação de uma assembleia constituinte extraconstitucional.

Na Sentença n. 17, de 19 de janeiro de 1999⁷², a Suprema Corte da Venezuela proferiu uma resposta favorável à convocação do referendo, com base no argumento do poder constituinte. A Corte indicou que o povo é soberano⁷³ e que “nunca entrega seu poder constituinte aos poderes constituídos”⁷⁴. O poder constituinte é “competência original da comunidade política para criar uma organização constitucional”⁷⁵. Diferentemente do poder de reforma, o poder constituinte “precede a ordem legal e é mais alto do que ela”. É “absoluto, ilimitado, originário e não pode ser limitado” pelos procedimentos de reforma que a constituição

⁶⁴ LANDAU, D. The Importance of Constitution-Making. *Denver University Law Review*, v. 89, n. 3, 2011-2012.

⁶⁵ Para uma análise crítica das sentenças sobre a Venezuela, v. LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, v. 47, 2013. p. 203; LANDAU, D. Constitution-Making gone wrong. *Alabama Law Review*, 2013. p. 938-948; COLÓN-RIOS, J. I. Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia. *Constellations*, v. 18, n. 3, 2011. p. 369-373.

⁶⁶ COLÔMBIA, Corte Suprema de Justiça. Sentença 138, 9 de novembro de 1990, tradução livre.

⁶⁷ COLÔMBIA, Corte Suprema de Justiça. Sentença 138, 9 de novembro de 1990, tradução livre.

⁶⁸ COLÔMBIA, Corte Suprema de Justiça. Sentença 138, 9 de novembro de 1990, tradução livre.

⁶⁹ Para uma análise deste aspecto do julgamento, v. RAMÍREZ CLEVES, G. A. *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 437.

⁷⁰ Sobre o contexto do processo de criação da constituição, v. AYALA CORAO, C. M. Venezuela: De la constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007. In: GARZA, J. M. (ed.). *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y Perspectivas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. p. 333-405.

⁷¹ *Ley Orgánica de Votación y Participación Política*, Gaceta Oficial No. 5200, 30 de dezembro de 1997.

⁷² VENEZUELA, Suprema Corte. Sentença nº 17 de 19 de janeiro de 1999.

⁷³ A Seção 4 da Constituição de 1991 atribui a soberania ao povo.

⁷⁴ VENEZUELA, Suprema Corte. Sentença nº 17 de 19 de janeiro de 1999, tradução livre.

⁷⁵ VENEZUELA, Suprema Corte. Sentença nº 17 de 19 de janeiro de 1999, tradução livre.

prevê⁷⁶. Na sequência, em 2 de fevereiro de 1999, o Presidente Chávez emitiu o Decreto n. 3, por meio do qual convocou um referendo que permitia ao povo decidir sobre a criação de uma assembleia constituinte. A Suprema Corte proferiu várias decisões sobre a metodologia a ser utilizada na eleição da assembleia, seus limites e o respeito ao mandato das autoridades políticas que, à época, exerciam poderes constituídos⁷⁷. A Corte utilizou novamente o argumento do poder constituinte para afirmar que a assembleia gozava de um poder ilimitado e “supraconstitucional” para mudar a estrutura dos poderes constituídos⁷⁸. Invocando esse argumento, a assembleia encerrou ilegitimamente os mandatos das principais autoridades políticas, inclusive dos juízes da própria Suprema Corte. Elaborou uma constituição que permitiu que o presidente Chávez desmantelasse a democracia, usurpasse competências do Legislativo e do Judiciário e se mantivesse no poder até o dia de sua morte e para além dela, designando o atual presidente Nicolás Maduro como seu sucessor⁷⁹.

Os exemplos da Colômbia e da Venezuela expõem duas dimensões do uso do argumento do poder constituinte. O exemplo colombiano é um caso claro do que Colón-Ríos considera uma “reconstituição democrática” da sociedade. O caso da Venezuela é um exemplo de manipulação autoritária de uma substituição constitucional, como temido por Landau e Dixon. Diante do exposto, surge a seguinte questão: é possível conceituar o poder de criação constitucional, que se manifesta no poder de substituir ou revisar uma constituição, de modo a permitir a reconstrução democrática de uma sociedade em tempos de crise, sem, ao mesmo tempo, abrir caminho à apropriação desse poder por autocratas e caudilhos?

4 Crítica ao argumento do poder constituinte como uma justificativa para as substituições e revisões constitucionais

Alguns teóricos do direito revelaram diversas falhas da Teoria do Poder Constituinte. Carlos Santiago Nino, por exemplo, afirmou que a Teoria do Poder Constituinte era a fonte de um “transtorno conceitual grave que afetava negativamente os processos mentais de juízes e acadêmicos”⁸⁰. David Dyzenhaus argumentou que “a teoria legal e constitucional deveria evitar a ideia de poder constituinte”, porque seus resultados implicam “uma profunda ambivalência sobre se a autoridade está situada dentro ou fora da ordem jurídica”⁸¹. Não pretendo elaborar um ataque completo à Teoria do Poder Constituinte, mas destacar, conceitualmente, por que é equivocado empregá-la para justificar a realização ilimitada de substituições e revisões constitucionais — em casos como os das substituições extraconstitucionais da Colômbia e da Venezuela — e, assim, compreender a natureza do poder de criação constitucional. O equívoco surge da caracterização do poder de criação constitucional como “ilimitado”. Os argumentos, com base no resultado e na competência, apresentados abaixo, revelam por que o poder de criação constitucional não pode ser conceitualmente ilimitado.

⁷⁶ VENEZUELA, Suprema Corte. Sentença nº 17 de 19 de janeiro de 1999, tradução livre.

⁷⁷ BREWER-CARÍAS, A. R. *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1999.

⁷⁸ SUPREMA CORTE DA VENEZUELA. Vicepresidente del Congreso de la Republica vs Asamblea (Decreto 25-8-99). Data de Julgamento: 14 out. 1999, p. 111. A Corte apresentou uma versão não convencional do argumento do poder constituinte, segundo o qual não apenas o poder do povo, mas também o poder de uma assembléia constituinte é ilimitado.

⁷⁹ BREWER-CARÍAS, A. R. BREWER-CARÍAS, A. R. La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción. *Revista de Derecho Público*, n. 78-80, 1999. p. 502; BREWER-CARÍAS, A. R. *Dismantling Democracy in Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 59.

⁸⁰ NINO, C. S. El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica. In: BULYGIN, E.; FARRELL, M. D.; NINO C. S., RABOSI, E. *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983. p. 40, tradução livre.

⁸¹ DYZENHAUS, D. The Question of Constituent Power. In: LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. (eds.). *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 143-145, tradução livre; e DYZENHAUS, D. Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power. *Global Constitutionalism*, v. 1, n. 2, 2012. p. 229 e ss, tradução livre.

4.1 O argumento do resultado

O argumento do resultado indica que o poder da criação constitucional é uma competência jurídica destinada a institucionalizar o constitucionalismo. A função dos criadores de uma constituição limita-se justamente à sua promulgação. Eles não podem estabelecer outro tipo de arranjo institucional. A partir dessa perspectiva, a questão central, então, é: O que é uma constituição nesse contexto? Em outras palavras: Que elementos um arranjo institucional deve incluir para poder ser considerado como uma constituição?

Há duas possibilidades: considerar uma concepção puramente empírica de constituição (*a purely empirical conception*); ou considerar uma concepção normativo-empírica da constituição (*a normative/empirical conception of constitution*)⁸². De acordo com a concepção puramente empírica, qualquer arranjo institucional do Estado, que trace um marco de relações governamentais entre cidadãos e suas autoridades, com força vinculante e socialmente reconhecida, deve ser considerada como uma constituição⁸³. A necessária conexão, antes mencionada, entre a dimensão conceitual e a dimensão normativa do poder de criação constitucional deixa claro por que essa concepção não é plausível. Caso contrário, toda mudança constitucional formal estaria justificada, incluindo a substituição de uma constituição liberal e democrática por um conjunto de regras voltadas a institucionalizar um regime político abusivo, utilizado por autocratas contra seus opositores.

Em lugar disso, de acordo com a concepção normativo-empírica da constituição defendida aqui, um arranjo institucional do Estado pode ser considerado uma constituição se, e somente se, for promulgado por meio de autoridades, gozar de reconhecimento social como uma constituição e incluir, em seu teor, determinados elementos essenciais à institucionalização do constitucionalismo⁸⁴. Em síntese: não pode haver constituição sem constitucionalismo⁸⁵. Nesse sentido, o conceito de constituição, que utilizamos tanto na linguagem ordinária corrente como em linguagem técnica, implica, pelo menos, quatro elementos essenciais: estado de direito; Princípio da Separação de Poderes; algum tipo de proteção aos direitos individuais ou, pelo menos, a interesses garantidos pela constituição ou pela legislação⁸⁶; e, finalmente, o entrenchamento da ideia democrática de que a legitimidade do governo depende do consentimento dos governados⁸⁷.

O constitucionalismo é o meio de promover e realizar o conceito de estado de direito. É a estratégia que gera incentivos para as autoridades políticas atuarem de acordo com a lei⁸⁸, submetendo todas as me-

⁸² Em sentido semelhante, Richard Albert introduz a distinção entre constitucionalismo “funcional” e “aspiracional”. Enquanto o primeiro aponta para “algo reconhecível como uma constituição”, o segundo “estabelece um padrão mais elevado do que uma constituição deveria ser” e “procura inspirar valores coerentes com o projeto mais amplo da democracia liberal” ALBERT, R. The Cult of Constitutionalism. *Florida State University Law Review*, v. 39, 2012, tradução livre.

⁸³ A concepção material da Constituição defendida por Carl Schmitt em sua *Verfassungslehre* SCHMITT, C. *Verfassungslehre*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1970 é uma espécie de concepção puramente empírica. Sobre a concepção material de Schmitt, v. LOUGHLIN, M. *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

⁸⁴ Richard Stacey oferece uma interpretação da tese de Schmitt, segundo a qual o poder constituinte se limita a institucionalizar o estado de direito (STACEY, R. Constituent Power and Carl Schmitt’s Theory of Constitution in Kenya’s Constitution-Making Process. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 3-4, 2011. p. 587 e ss.).

⁸⁵ Sobre o problema das Constituições sem constitucionalismo em alguns países africanos, v. OKOTH-OGENDO, H. Constitutions Without Constitutionalism: An African Paradox. In: GREENBERG, D.; KATZ, S. N.; WHEATLEY, S. C.; OLIVIERO, M. B. (eds.), *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 65 e ss. Na China: ZHANG, Q. A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 4, 2010.

⁸⁶ Embora as constituições da Austrália, do Canadá e da Nova Zelândia não tenham uma lista de direitos fundamentais, elas protegem direitos individuais. Além disso, a concepção dos direitos ou interesses aqui defendidos também permite uma proteção estatutária que é constitucionalmente possível. Isso a torna compatível com concepções fracas sobre a relação entre a constituição e a proteção das pessoas, como a defendida por Jeremy Waldron em seu artigo: WALDRON, J. A Rights-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 1, 1993, pp. 18 e ss.

⁸⁷ Esse conceito é a base dos artigos 2 e 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão. O artigo 2 indica que o objetivo de todas as associações políticas [criadas por meio de uma constituição] é a proteção e a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. O Artigo 16 estabelece que uma sociedade não possui uma Constituição quando a observância às leis não é assegurada e a separação de poderes não é definida.

⁸⁸ Como Philip Selznick apontou, existem diferentes concepções de estado de direito. V. SELZNICK, P. American Society and the

didadas governamentais às “estruturas, processos, princípios e valores de uma constituição”⁸⁹. Além disso, as constituições implementam e conectam entre si a ideias de que o governo deve estar a serviço dos direitos dos indivíduos e de que a legitimidade do governo depende do consentimento das pessoas que se sujeitam a ele⁹⁰. O entrenchamento constitucional de um catálogo de direitos fundamentais (liberais, políticos e, inclusive, sociais) é uma estratégia possível — mas não necessária — para alcançar esse objetivo⁹¹. Finalmente, um mecanismo de separação de poderes permite o controle (*accountability*) da atuação das autoridades políticas, a fim de assegurar que se comportem de acordo com a lei, em observância aos direitos individuais e às instituições democráticas⁹². A concepção normativo-empírica da Constituição ressalta que o objetivo do constitucionalismo consiste na institucionalização de uma forma de governo em que o poder do Estado é controlado, limitado e restringido; na qual o povo detém o poder para controlar as fontes do direito e o aparato de governo se sujeita às suas aspirações⁹³.

A utilização dessa concepção para avaliar uma substituição ou uma revisão constitucional implica reconhecer que uma mudança constitucional somente será justificável se, e apenas se, a nova constituição ou a constituição revisada incorporar, de algum modo, os mencionados quatro elementos constitucionais essenciais⁹⁴. Esses quatro elementos são independentemente necessários e cumulativamente suficientes para o constitucionalismo. Além disso, constituem balizas que asseguram ao poder de criação constitucional uma margem de discricionariedade. Por exemplo, uma assembleia constituinte de um regime político tradicionalmente presidencialista poderia institucionalizar o princípio da separação de poderes na nova constituição, mediante a adoção de um sistema semipresidencialista. Contudo, essa assembleia iria além dos limites conceituais do poder de criação constitucional, se o novo desenho institucional concentrasse todos os poderes no executivo. Os responsáveis pela elaboração da constituição podem institucionalizar seus elementos essenciais, concebidos em abstrato, de diferentes formas concretas. No entanto, tal institucionalização não pode desconsiderar os limites semânticos desses conceitos.

Nos casos da Colômbia e da Venezuela, a concepção proposta acima ensejaria a compreensão da Constituição Colombiana de 1991 como exercício do poder de criação constitucional, ao passo que implicaria no reconhecimento da Constituição Venezuelana de 1999 como mera expressão de poder autoritário, em virtude das suas deficiências na institucionalização dos princípios do estado de direito e da separação de poderes⁹⁵. De fato, em razão da concentração de poderes no executivo e das mudanças relativas à autoridade

Rule of Law. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, v. 33, 2005. p. 29. Brian Tamanaha as classifica em concepções formais (estritas) e substantivas (amplas), TAMANAHA, B. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 91-113. No entanto, as diferentes concepções compartilham pelo menos dois elementos centrais: controle do poder e legalidade. LAUTENBACH, G. *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 19 e ss.

⁸⁹ LOUGHLIN, M. What is Constitutionalisation? In: DOBNER, P.; LOUGHLIN, M. (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 47, tradução livre.

⁹⁰ DIETER, G. The Twilight of Constitutionalism? In: DOBNER, P.; LOUGHLIN, M. (eds.), *The Achievement of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 8.

⁹¹ Há também constituições com direitos constitucionais implícitos, como a Constituição da Austrália. Sobre esse aspecto, v. STONE, A. Australia's Constitutional Rights and the Problem of Interpretive Disagreement. *Sydney Law Review*, v. 27, 2005. p. 29 e ss.

⁹² SAUNDERS, C. Separation of Powers and the Judicial Branch. *Judicial Review*, v. 11, n. 4, 2006. p. 337 e ss. Sobre a conexão entre a separação de poderes e o estado de direito, v. HAYEK, F. A. *The Constitution of Liberty*. Londres e Henley: Routledge & Kegan Paul, 1976. p. 210. Separei aqui ambos os conceitos, porque existem concepções estritas do estado de direito que não incluem a separação de poderes.

⁹³ WALDRON, J. Constitutionalism – A Skeptical View. In: CHRISTIANO, T.; CHRISTMAN, J. (eds.), *Contemporary debates in political philosophy*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009. p. 270 e 276.

⁹⁴ Esses quatro elementos são uma concepção do que Dixon e Landau denominam “um ‘núcleo mínimo’ constitucional internacional ou conjunto básico de disposições constitucionais que são comuns a todas as democracias constitucionais funcionais” (DIXON, R.; LANDAU, D. Constraining Constitutional Change. *Wake Forest Law Review*, v. 50, 2015. p. 888, tradução livre).

⁹⁵ BREWER-CARÍAS, A. R. *Dismantling Democracy in Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010; KING, P. Neo-Bolivarian Constitutional Design: Comparing the 1999 Venezuelan, 2008 Ecuadorian, and 2009 Bolivian Constitutions. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge:

do Presidente para nomear juizes e exercer influência sobre o Judiciário, há de se entender que o processo constituinte venezuelano de 1999 desconstruiu o constitucionalismo.

É possível formular uma objeção contra a concepção empírico-normativa de constituição. Ela ensejaria a rejeição, como constituição, de muitos textos que não contemplam os quatro elementos constitucionais essenciais, e desconsideraria o fato de que tais “constituições” cumprem algumas funções. O argumento do poder constituinte não estaria sujeito à referida objeção.

De fato, Graham Walker fala de constituições “não liberais” para se referir a textos constitucionais que institucionalizam regimes políticos despóticos ou arbitrários⁹⁶. De forma similar, Li-Ann Thio sugere uma taxonomia do constitucionalismo nas comunidades políticas iliberais, abrangendo regimes mistos, com domínios liberais e iliberais, assim como sistemas constitucionais teocráticos e estruturas de poder político — como aquelas baseadas nos chamados “valores asiáticos” —, em que as prioridades culturais e comunitárias, entrincheiradas no direito constitucional, prevalecem sobre direitos individuais⁹⁷. Além disso, Mark Tushnet acredita que pode haver um constitucionalismo autoritário e afirma que ampliar nossa compreensão do constitucionalismo até tais extremos pode melhorar a nossa clareza conceitual a seu respeito⁹⁸. Mesmo em sociedades iliberais ou em regimes políticos autoritários, as constituições são instrumentos fundantes, que articulam a identidade política da sociedade, seus valores mais fundamentais⁹⁹ e uma arquitetura normativa, que, em seu conjunto, permitem a coordenação social¹⁰⁰, bem como a construção de acordos e de compromissos entre grupos rivais que competem pelo poder¹⁰¹. Nesses regimes, as constituições também articulam a “distribuição estrutural do poder e definem as relações interinstitucionais, bem como aquelas que são criadas entre o governo e os cidadãos”¹⁰². Embora governantes autoritários normalmente se vejam obrigados a fazer algumas concessões para promulgar constituições iliberais, essa estratégia lhes possibilita a adoção de reformas duradouras, que protegem seus interesses pessoais e corporativos, enquanto no exercício e após deixar o poder¹⁰³.

É inegável que todas as constituições cumprem essas funções estruturais. Entretanto, como explicado anteriormente, isso não é suficiente para vincular essas normas estruturais fundantes aos objetivos do constitucionalismo. O problema é que o uso do termo “constituição”, para se referir a constituições autoritárias, não é normativamente neutro. Esse uso gera ilusão de legitimidade quanto às ações do governo, por estarem baseadas no texto constitucional. Trata-se de uma espécie de “argumento de fachada”. Esse defeito pode ser encontrado não apenas nas constituições iliberais, mas também em textos constitucionais não democráticos. Atribuir a denominação de “constituição” apenas a normas estruturais fundamentais que compreendem os quatro elementos constitucionais essenciais ajuda a evitar o efeito produzido pelo argumento de fachada¹⁰⁴.

Cambridge University Press, 2013. p. 375.

⁹⁶ WALKER, G. The Idea of Nonliberal Constitutionalism. In: SHAPIRO, I.; KYMLICKA, W. (eds.), *Ethnicity and Group Rights*. Nueva York: NYU Press, 1997. p. 169.

⁹⁷ THIO, L.A. Constitutionalism in Illiberal Polities. In: ROSENFELD, M.; SAJÓ, A. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁹⁸ TUSHNET, M. Authoritarian Constitutionalism. Some Conceptual Issues. In: GINSBURG, T.; SIMPSON, A. *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

⁹⁹ Sobre as constituições como expressão de valores, v. GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. Theoretical Perspectives on the Social Foundations of Constitutions. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge University Press: Cambridge, 2013. p. 8 e ss.

¹⁰⁰ HARDIN, R. *Liberalism, Constitutionalism and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 133; HARDIN, R. Why a Constitution? In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 59 e ss.

¹⁰¹ HIRSCHL, R. The Strategic Foundations of Constitutions. In: GALLIGAN, D.; VERSTEEG, M. (Edits.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 167 e ss.

¹⁰² THIO, L.A. Constitutionalism in Illiberal Polities. In: ROSENFELD, M.; SAJÓ, A. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 133, tradução livre.

¹⁰³ NEGRETTO, G. L. Authoritarian Constitution Making. The Role of the Military in Latin America. In: GINSBURG, T.; SIMPSON, A. *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 83.

¹⁰⁴ Em um sentido similar, Aiofe O'Donoghue rejeita “um conceito muito amplo da ordem constitucional como um sistema de

Finalmente, é possível contemplar os quatro elementos constitucionais essenciais em diferentes graus. A concepção de estado de direito, a proteção aos direitos individuais, às instituições democráticas e à separação de poderes são ideais normativos que podem ser institucionalizados e implementados em maior ou menor grau¹⁰⁵. Para os propósitos deste trabalho, é apropriado concebê-los como restrições conceituais mínimas à criação constitucional, no sentido de que, se uma substituição ou uma revisão constitucional elimina um deles, torna-o nulo ou irrelevante, não estará legitimada. Nessa circunstância, a nova constituição ou a revisão da anterior serviriam, apenas, de fachada para uma supressão ou deformação do constitucionalismo (*dismemberment of constitutionalism*)¹⁰⁶. Portanto, não poderia ser considerada como o resultado do exercício do poder de criação constitucional.

4.2 O argumento da competência

Para explicar o argumento da competência, vou me concentrar na promulgação de uma nova constituição. No entanto, o resultado da análise pode ser aplicado *mutatis mutandis* aos demais casos de criação constitucional. A promulgação de uma nova constituição é uma declaração. Uma declaração é um tipo de ato de discurso ilocucionário. Um ato de discurso ilocucionário é um ato que ocorre “quando se diz algo”¹⁰⁷. Agentes que exercem o poder de promulgar uma constituição atribuem validade jurídica a um texto constitucional escrito ao declarar solenemente que promulgam a constituição¹⁰⁸. Um ato de fala declarativo — a declaração de que “Pedro e Ana são agora marido e mulher” — tem sucesso, se, e somente se, mediante essa declaração, Pedro e Ana se tornarem marido e mulher¹⁰⁹. Do mesmo modo, a promulgação de uma constituição é bem-sucedida, se, e somente se, isso efetivamente conduzir à promulgação da constituição.

Os atos discursivos ilocucionários devem satisfazer algumas condições para que suas performances tenham um desempenho bem-sucedido e não defeituoso. Por exemplo, “todos os atos cujo objetivo seja que o ouvinte faça algo — ordens, petições etc. — têm como condição preparatória que o destinatário possa realizar o ato”¹¹⁰. Com relação a essas condições, um agente ou um grupo de agentes somente pode promulgar uma constituição com êxito se for titular do poder de fazê-lo. Portanto, a competência dos agentes é uma condição para a promulgação da Constituição. As declarações têm, pelo menos, uma função de ajuste entre palavra e mundo (*a world-to-word direction of fit*). Seu objetivo é “fazer com que o mundo se ajuste ao conteúdo da declaração”¹¹¹. Não se pode transformar o mundo jurídico por meio da declaração de que uma constituição é válida, se aqueles que a produziram não detinham competência para fazê-lo.

governança [que] simplesmente reduz o constitucionalismo a um mero conjunto de regras organizacionais”. Ver: O'DONOGHUE, A. *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 16, tradução livre.

¹⁰⁵ V., por exemplo, análises interessantes sobre as raízes desses ideais nas constituições islâmicas, em relação à limitação de poder: REINER, G. Models of Institutional Control: The Experience of Islamic Countries. In: GROTE, R.; RÖDER, T. (org). *Constitutionalism in islamic countries: Between upheaval and continuity*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 221 e ss; RÖDER, T. J. The Separation of Powers in Muslim Countries: Historical and Comparative Perspectives. In: GROTE, R.. Sobre a separação de poderes, ver: RÖDER, T. J. (eds.), *Constitutionalism in Islamic Countries. Between Upheaval and Continuity*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 321 e ss.

¹⁰⁶ Richard Albert elaborou o conceito de desmembramento constitucional (“*constitutional dismemberment*”) para se referir a um “esforço deliberado para desmantelar uma ou mais partes constitutivas da constituição” ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *The Yale Journal of International Law*, v. 43, n. 1, 2018. p 2, tradução livre).

¹⁰⁷ AUSTIN, J. *How to do Things with Words*. Oxford: Oxford University Press, 1976, tradução livre.

¹⁰⁸ Sobre atos de fala declarativos, v. SEARLE, J. *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969, pp. 31 e ss; 64 e ss.

¹⁰⁹ Na teoria do discurso, esse fenômeno é chamado de “ponto ilocucionário” BOISVERT, D., & LUDWIG, K. Semantic for Nondeclaratives. In: LEPORE, E.; SMITH, B. C. (eds.). *The Oxford Handbook of the Philosophy of Language*. Oxford: Oxford University Press, 2006, tradução livre.

¹¹⁰ SEARLE, J.; VANDERVEKEN, D. *Foundations of Illocutionary Logic*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. p. 17-18, tradução livre.

¹¹¹ De acordo com Searle, declarações também têm uma função de orientar o ajuste entre palavra e mundo. Em uma declaração bem-sucedida, muda-se o mundo para corresponder ao conteúdo do ato de fala (*word-to-world direction of fit*) apenas porque “representamos a realidade como se estivesse alterada”. SEARLE, J. *Making the Social World*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 12, tradução livre.

Na próxima seção, as propriedades da competência para promulgar uma constituição serão examinadas. Por ora, simplesmente apresentarei o argumento da competência: se para promulgar uma constituição é necessário ter competência, segue-se que, cada vez que o poder de criação constitucional é exercido, deve ser feito dentro dos limites de tal competência. Neste ponto, apesar de suas diferenças, o poder de promulgar e o poder de revisar a constituição compartilham uma característica comum: ambos são limitados¹¹². Eles somente podem ser exercidos, de forma lícita, no âmbito das respectivas competências. Aliás, esse é o caso com relação a todas as demais manifestações do poder de criação constitucional.

De fato, se as ponderações acima estão corretas, então, o argumento do poder constituinte não é uma concepção apropriada sobre o poder de criação constitucional. Ele fracassa por não ser capaz de explicar uma propriedade essencial desse poder: o fato de que se trata de uma competência que somente pode ser validamente exercida dentro de seus limites. O argumento do poder constituinte é certamente plausível para explicar alguns aspectos empíricos do poder de criação constitucional. Nenhum agente que careça de poder político real pode promulgar uma constituição. Todavia, essa concepção ignora que o poder de criação constitucional produz autoridade de natureza jurídica (*legal authority*), isto é, um “poder normativo para mudar as relações normativas de outras pessoas”¹¹³. Esse argumento reduz equivocadamente o poder de criação constitucional a dois fatos: coerção e poder factual. No entanto, não pode extrair de um poder factual o poder normativo para mudar as relações normativas¹¹⁴. Somente um agente dotado da competência normativa para alterar as relações normativas de outras pessoas pode fazê-lo.

Finalmente, há uma conexão conceitual e normativa entre o argumento da competência e o argumento do resultado. Por um lado, o poder de criação constitucional se baseia na competência para promulgar, reformar ou substituir uma constituição que inclua os elementos constitucionais essenciais — e não um conjunto de normas estruturais fundamentais que contenha outros tipos de arranjos institucionais. Portanto, promulgar, reformar ou substituir uma constituição por outro desenho que também possa ser considerado como uma constituição são as únicas ações conceitualmente autorizadas pelo exercício da competência de criação constitucional. Por outro lado, a compreensão de que todas as competências jurídicas são necessariamente limitadas resulta em uma estratégia normativa essencial para proteger os direitos individuais contra possíveis exercícios arbitrários do poder político. Enquanto a liberdade individual é ilimitada, os poderes jurídicos são limitados quanto a seu alcance e objetivos, uma vez que devem promover a proteção dos direitos de terceiros¹¹⁵ e alcançar o bem comum¹¹⁶. Como Hohfeld apontou, para além de seus poderes, indivíduos e autoridades têm uma “deficiência”. Consequentemente, as pessoas são titulares de imunidades, isto é, não se sujeitam a autoridades cujo poder é exercido fora de suas competências¹¹⁷. Da conexão entre o argumento do resultado e o argumento da competência, segue-se que os cidadãos são imunes ao poder de criação constitucional exercido para alcançar objetivos distintos daquele de institucionalizar o constitucionalismo.

Além disso, as competências individuais e coletivas para a criação constitucional também são limitadas. Os cidadãos que participam em referendos constitucionais ou que elegem membros das assembleias constituintes gozam de competência limitada para escolher entre as opções e os candidatos em jogo, de acordo com as regras eleitorais válidas. Por outro lado, as assembleias constituintes têm, por vezes, um mandato definido, que estabelece limitações de índole temática e, em certas ocasiões, temporal, como ocorreu na Colômbia em relação à Assembleia Constituinte de 1991, à qual competia promulgar a Constituição até 4 de

¹¹² Uma questão que permanece sem resposta é quais são as diferenças entre seus limites. Não poderei, contudo, abordar esta questão aqui.

¹¹³ SHAPIRO, S. Authority. In: SHAPIRO, S.; COLEMAN, J. (eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 398, tradução livre.

¹¹⁴ ROUGHAN, N. *Authorities. Conflicts, Cooperation and Transnational Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 24.

¹¹⁵ KANT, I. On the Common Saying: ‘This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice’. In: REISS, H. (Ed.). *Kant: Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. p. 75-76.

¹¹⁶ LOCKE, J. *Two Treatises of Government: Book II*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 357.

¹¹⁷ HOHFELD, N. *Fundamental Legal Conceptions, As Applied in Judicial Reasoning*. Nova Jersey: The Lawbook Exchange, 2010.

julho de 1991. Além disso, o empoderamento das assembleias constituintes é limitado à ação de promulgar uma constituição, com os elementos essenciais já descritos, não alcançando a produção de um texto que produza arranjo institucional de algum outro tipo. Por fim, a natureza limitada das competências jurídicas sujeita-as a controle (*accountability*). As autoridades políticas são responsáveis por exercer os poderes de acordo com seus limites. Por isso, seria paradoxal que o maior poder concebível, isto é, o poder de criação constitucional, pudesse ser considerado um poder isento de responsabilidade política, quando a responsabilização das autoridades é um dos objetivos buscados ao se criar um Estado e um sistema legal, por meio da promulgação de uma constituição¹¹⁸. Os constituintes atuam em nome dos cidadãos¹¹⁹. Conseqüentemente, também devem prestar contas quando ultrapassarem suas competências.

5 O Poder de Criação Constitucional como um Poder Deôntico para Institucionalizar o Constitucionalismo

De acordo com a análise crítica anterior, proporei uma concepção sócio-ontológica alternativa sobre o poder de criação constitucional, que a caracteriza como um poder deôntico limitado, exercido por certos agentes que representam politicamente os cidadãos, aos quais intencional e coletivamente se atribui o *status* de criadores da constituição, para que desempenhem a função de institucionalizar o constitucionalismo.

Essa concepção engloba diversos termos: ontologia social, representantes, *status*, funções, poder deôntico, limitações e reconhecimento intencional coletivo.

5.1 Ontologia social

A ontologia social pertence a um ramo da filosofia analítica que John Searle chamou de “filosofia da sociedade”, cujo objetivo é “o estudo da própria sociedade humana” ou, em outras palavras, “o modo de existência de entidades sociais, tais como governos, famílias, coquetéis, férias de verão, sindicatos, jogos de beisebol e passaportes”¹²⁰. Estudos sobre a natureza das entidades sociais, realizados por Michael Bratman, Margaret Gilbert, Seumas Miller, John Searle e Raimo Tuomela¹²¹, estabeleceram, nas últimas quatro décadas, os princípios fundamentais da ontologia social. Nos últimos anos, filósofos e cientistas sociais discutiram esses princípios¹²², assim como os aplicaram para explicar a estrutura ontológica de uma grande variedade de entidades: desde a comunicação, tecnologia, música, arte, linguagem, emoções e violência, até valores, conceitos de cidadania, direitos humanos, governo, legislação, corporações e outras instituições políticas e jurídicas¹²³.

A ontologia social se baseia na intuição de que as entidades sociais dependem da capacidade que nós, como seres humanos, temos para atuar coletivamente, ou seja, como membros de grupos ou sujeitos plurais.

¹¹⁸ BRAMFORTH, N.; LEYLAND, P. Introduction: Accountability in the Contemporary Constitution. In: BRAMFORTH, N.; LEYLAND, P. (eds.). *Accountability in the Contemporary Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 2 e ss.

¹¹⁹ Sobre o vínculo entre “*accountability*” e a atuação em nome de terceiros, ver: DAVIES, A. C. *The Public Law of Government Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 67.

¹²⁰ SEARLE, J. *Making the Social World*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 5, tradução livre.

¹²¹ BRATMAN, M. *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999; BRATMAN, M. *Shared Agency: A Planning Theory of Acting Together*. Oxford: Oxford University Press, 2013; GILBERT, M. *On Social Facts*. Princeton: Princeton University Press, 1992; MILLER, S. *Social Action: A Teleological Account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001; SEARLE, J. *The Construction of Social Reality*. Nova York: Simon & Schuster, 1995; SEARLE, J. *Making the Social World*. Oxford: Oxford University Press, 2010; TUOMELA, R. *The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance View*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002; TUOMELA, R. *The Philosophy of Sociality*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

¹²² KIRK, L. *The Routledge Handbook of Collective Intentionality*. Londres; Nova York: Routledge, 2017.

¹²³ A versão sócio-ontológica mais refinada do direito é aquela desenvolvida por Scott Shapiro em: SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

Essa habilidade é chamada de sociabilidade¹²⁴. As entidades sociais são epistemologicamente “objetivas”, mas ontologicamente “subjetivas”. Elas não são menos cognoscíveis objetivamente do que objetos naturais e físicos. Não obstante, sua existência depende de mentes humanas e de certas atitudes subjetivas (tais como as intenções) dos agentes envolvidos nas práticas em que se fundam¹²⁵. Por exemplo, o fato de a Lei Fundamental de 1949 ser a atual constituição alemã não é menos cognoscível objetivamente do que o fato de existirem árvores na Floresta Negra. Apesar disso, a sua validade depende de certas atitudes subjetivas e do comportamento de alguns indivíduos relevantes que a reconheçam como a Constituição alemã e concedam-lhe certos *status* e funções¹²⁶.

5.2 Os representantes e as funções associadas ao status

Na perspectiva sócio-ontológica, o poder de criação constitucional é uma instituição social que depende das atitudes subjetivas e das ações de uma pluralidade de indivíduos. Um dos maiores obstáculos ontológicos ao argumento do poder constituinte refere-se ao fato de que ele pressupõe a existência de um superagente coletivo, que ele denomina “o povo” ou “a nação”, ao qual atribui a capacidade de ter uma “vontade”, como Schmitt¹²⁷ apontou. No entanto, no mundo, não há agentes coletivos dotados de uma mente própria e da capacidade de ter vontade. Mesmo que houvesse um agente coletivo chamado “o povo”, ele não teria mente própria. Portanto, frases como “a crença do povo é” ou “a intenção do povo é” são bastante estranhas. Afirmações desse tipo carecem de referência real, já que o “povo” não tem uma mente em que se podem identificar crenças, desejos ou intenções.

A perspectiva sócio-ontológica deixa claro que a elaboração da constituição compreende um conjunto de ações coordenadas e de atos de fala, realizados por múltiplos grupos de indivíduos, e que terá sucesso se, e somente se, certas atitudes subjetivas estiverem presentes nos indivíduos que pertencem a esses grupos. Nesse sentido, quando aludimos a um grupo de pessoas “que faz algo”, queremos dizer que seus membros contribuem individualmente para que esse algo aconteça. Em um cenário básico de uma assembleia constituinte, pelo menos dois grupos estão presentes: os criadores constitucionais e as pessoas.

Os criadores constitucionais correspondem ao pequeno grupo responsável pela redação e, às vezes, pela promulgação da constituição¹²⁸. Eles atuam como representantes do povo. Considerando que nem todos os indivíduos integrantes de uma coletividade podem participar da redação e da promulgação da Constituição — e que poderia até mesmo ser inconveniente que o fizessem — aceita-se que alguns representantes a elaborem e promulguem em nome do povo. No âmbito desse tipo de representação, o povo atua por meio dos criadores constitucionais. Nessas circunstâncias, o ato de uma pessoa ou de um subgrupo conta, equivale e é reconhecido como um ato do grupo que representa¹²⁹.

Kirk Ludwig esboçou um modelo de representação em cinco etapas, o que é útil para os propósitos

¹²⁴ Sobre o conceito de sociabilidade, v. GILBERT, M. *Living Together. Rationality, Sociality and Obligation*. Nova York; Londres: Lahman, Boulder, 1996, p. 6, 263 e ss; GILBERT, M. *Sociality and Responsibility: New Essays in Plural Subject Theory*. Minneapolis: Rowman & Littlefield Publishers, 2000, p. 1 e ss.

¹²⁵ SEARLE, J. *Making the Social World*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1 e ss.

¹²⁶ Lindahl introduz uma visão coletiva intencional do poder constituinte. Sua principal alegação é de que a ordem jurídica “pode ser melhor descrita” como uma “ação coletiva investida de autoridade”. No entanto, seu ponto de vista é muito diferente daquele que apresento neste artigo. LINDAHL, H. Ontology of the Constituent Power. *Constellations*, v. 22, n. 2, 2015. p. 166, tradução livre.

¹²⁷ Zoran Oklopčič realiza uma análise crítica das estratégias políticas — muitas vezes manipuladoras — que podem estar associadas à exploração da crença sobre a existência do povo como entidade coletiva. OKLOPČIČ, Z. Three arenas of struggle: A contextual approach to the constituent power of ‘the people’. *Global Constitutionalism*, v. 3, n. 2, 2015. p. 200.

¹²⁸ Há casos em que as pessoas promulgam a constituição por meio de um referendo ou participam da redação do texto constitucional. Acerca desse último fenômeno, v. BERNAL, C. How Constitutional Crowddrafting can enhance Legitimacy in Constitution-Making?. In: LANDAU, D.; LERNER, H. (Eds.). *Handbook on Comparative Constitution-Making*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017. Para as reflexões que se seguem, usarei um modelo de criação constitucional por meio do qual as pessoas conferem poderes aos criadores da constituição para redigir e promulgá-la em seu nome.

¹²⁹ LUDWIG, K. Proxy Agency in Collective Action. *Noûs*, v. 48, n. 1, 2013. p. 76.

deste texto¹³⁰. Pode-se resumir o modelo de Ludwig nos seguintes termos. “*PA*” corresponde ao exercício da função de representante, “*G*” ao grupo que nomeia o representante e “*A*” à audiência (um indivíduo ou um grupo com o qual “*G*” deverá interagir). A primeira etapa do modelo de Ludwig implica reconhecer que a representação envolve dois acordos. De um lado, os membros de “*G*” concordam uns com os outros e com “*PA*” que “*PA*” agirá no seu interesse. De outro lado, os membros da audiência “*A*” concordam com os membros de “*G*” em reconhecer que “*PA*” age em nome de “*G*”.

A segunda etapa corresponde a ter em conta que, em razão de tais acordos, “*PA*” tem uma função-status particular, como agente autorizado a atuar em nome dos membros de “*G*”¹³¹. Uma pessoa tem essa função-status reconhecida pela comunidade como representante do grupo para determinadas transações sociais¹³². Em razão do acordo entre membros de “*A*” e de “*G*”, “*PA*” é percebido como um representante dos membros de “*G*”. Esse reconhecimento permite que “*PA*” desempenhe sua função.

A terceira etapa é reconhecer que os membros do grupo podem conferir aos representantes uma função-status, observando o que, na ontologia social, se denomina uma regra constitutiva. Uma regra constitutiva constitui um tipo de comportamento, no sentido de que a regra define o comportamento, o qual, efetivamente, ocorre quando a regra é seguida intencionalmente¹³³. Por exemplo, uma regra constitutiva do xadrez cria o comportamento chamado “xeque-mate”, que ocorre quando um jogador intencionalmente coloca o rei do outro jogador “em xeque”, sem que seja possível eliminar essa ameaça. Na representação, o comportamento relevante é empoderar alguém para agir como um representante dos outros. Uma regra constitutiva empodera alguém para que haja em nome dos membros do grupo. Seguindo essa regra, os membros de “*G*” empoderam “*PA*”, reconhecendo-o como seu representante. Essa autorização implica a aceitação por “*G*” de que “*PA*” atuará em seu interesse, e que os atos de “*PA*” lhe serão atribuídos.

O quarto passo está relacionado ao conceito de atuação constitutiva. Esse conceito compreende certas ações individuais por meio das quais um agente, seguindo uma ou mais regras constitutivas, “faz algo que (a) contribui para motivar um tipo de ação coletiva, em razão de ser parcialmente constitutivo dela e (b) é constitutivo de um tipo particular de ação que compõe essa ação coletiva”¹³⁴. Ao expressar concordância com a indicação dos representantes, cada um dos membros do grupo desempenha uma ação individual, que contribui para motivar uma ação coletiva (o empoderamento dos representantes pelo grupo), bem como para constituir tal ação.

No quinto passo, os representantes atuam como tal e tanto o público quanto o grupo que representam reconhecem a sua ação como sendo do próprio grupo representado e não apenas como ato dos representantes.

É possível utilizar as cinco etapas propostas por Ludwig para entender o papel dos criadores da constituição — por exemplo, no contexto de uma assembleia constituinte — como representantes do povo. Para exemplificar as cinco etapas, deve-se entender que “*AC*” se refere a uma assembleia constituinte, “*P*” ao povo, como um grupo que inclui o subgrupo da assembleia constituinte, e que “*A*” se refere à audiência (tanto a nível nacional: o povo, quanto a nível internacional: outros povos, seus governos e instituições internacionais).

Primeira etapa: os membros de “*P*” acordam entre si e com “*AC*” que “*AC*” atuará em seu nome para fazer uma constituição. Isto pode ser denominado: o acordo da representação dos criadores da constituição. Naturalmente, seria muito oneroso exigir nessa etapa o acordo de todos os membros de “*P*”. Eu retornarei a

¹³⁰ O que segue é uma adaptação da construção de Ludwig em: LUDWIG, K. Proxy Agency in Collective Action. *Noûs*, v. 48, n. 1, 2013. p. 89-92.

¹³¹ SEARLE, J. *The Construction of Social Reality*. Nova York: Simon & Schuster, 1995. p. 41.

¹³² LUDWIG, K. Proxy Agency in Collective Action. *Noûs*, v. 48, n. 1, 2013. p. 77.

¹³³ LUDWIG, K. Proxy Agency in Collective Action. *Noûs*, v. 48, n. 1, 2013. p. 77.

¹³⁴ LUDWIG, K. Proxy Agency in Collective Action. *Noûs*, v. 48, n. 1, 2013. p. 85.

esse ponto mais adiante. Entretanto, por ora, utilizarei o conceito de John Austin sobre o “grosso da população” (*the bulk of the people*)¹³⁵, para aludir, nesse caso, a um número relevante de indivíduos cuja concordância é necessária para empoderar o grupo de criadores da constituição.

Segunda etapa: por causa desses acordos, “AC” tem o *status* de criador constitucional para realizar a função de institucionalizar o constitucionalismo em um texto constitucional escrito, na qualidade de representante autorizado de “P”.

Terceira etapa: o grosso de “P” pode conferir a “AC” a função associada ao *status* de criador constitucional, mediante a observância, pelos membros de “P”, de uma regra constitutiva. O conteúdo dessa regra constitutiva é o seguinte: o acordo entre o grosso de “P” e “AC”, para redigir e promulgar a constituição, é entendido como uma autorização, por parte de “P”, para “AC” produzir uma constituição em seu nome.

Quarta etapa: por causa da autorização para “AC” escrever e promulgar uma constituição em nome do povo “P”, “AC” é um representante de “P” para a redação e promulgação da constituição.

Quinta etapa: “AC” redige e promulga a constituição como agente representante de “P” em relação a “A”. Portanto, “A” e “P” reconhecem que o que “AC” faz ou fez deve ser considerado como se “P” fosse aquele que redigiu e promulgou sua constituição.

O papel dos representantes como criadores constitucionais é necessário em uma sociedade de massa, na qual há uma divisão do trabalho. De um ponto de vista normativo, esse papel pode fortalecer a participação democrática, uma vez que exige que os membros de “P” expressem de alguma forma o seu acordo sobre o empoderamento de “AC”. Esse esquema, também, promove a democracia deliberativa, uma vez que encoraja a deliberação em dois níveis. A deliberação entre os membros de “P”, sobre o conteúdo do empoderamento de “AC”, e, ainda, discussões políticas especializadas entre os membros de “AC” sobre o conteúdo da constituição a ser redigida e promulgada em nome de “P”.¹³⁶

5.3 Poderes deônticos

O terceiro elemento da concepção sócio-ontológica do poder de criação de uma constituição é o conceito de poderes deônticos. Com relação a esse conceito, o povo empodera os criadores constitucionais “AC” com o poder deôntico de redigir e promulgar uma constituição.

Um poder deôntico é uma estrutura de relação de poder¹³⁷. O poder deôntico para a criação de uma constituição corresponde a uma estrutura na qual o grosso dos membros de “P” confere autoridade aos criadores constitucionais “AC” para mudar a constituição e, ao fazê-lo, mudar o *status* legal de todos os membros de “P”. Uma vez que os membros de “P” estão sujeitos à constituição, uma mudança constitucional implica uma mudança em seu *status* jurídico. O que é característico do empoderamento para criar uma constituição é que os membros do grosso de “P” reconhecem a competência dos criadores constitucionais para promulgar a constituição e, por sua vez, concordam que todos os membros de “P” estarão sujeitos a essa nova constituição, independentemente dos seus desejos, atuais ou futuros, de obedecer às novas normas constitucionais¹³⁸.

¹³⁵ Austin fala do “grosso dos membros da sociedade” para se referir à população cujo apoio ao soberano é necessária para a validade da lei. AUSTIN, J. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 169, tradução livre.

¹³⁶ Sobre a importância da *expertise* na democracia deliberativa, v. BROWN, M. B. *Expertise and Deliberative Democracy*. Stephen Elstub y Peter McLaverty, *Deliberative Democracy. Issues and Cases*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2014. p. 50, 66-67.

¹³⁷ SEARLE, J. What is an Institution? *Journal of Institutional Economics*, v. 1, n. 1, 2005. p. 11.

¹³⁸ Esta é uma manifestação específica do propósito dos poderes deônticos, consistente em criar razões para ações independentes dos desejos da pessoa. Sobre este aspecto, v. SEARLE, J. What is an Institution? *Journal of Institutional Economics*, v. 1, n. 1, 2005. p. 12.

5.4 Limites

O povo está sujeito a limites conceituais e normativos para empoderar os criadores constitucionais, os quais, por sua vez, sujeitam-se a limites conceituais e normativos para exercer seus poderes deônticos. Como explicado anteriormente, a institucionalização dos elementos constitucionais essenciais é o principal limite conceitual. De acordo com a doutrina, é possível haver outras limitações normativas, geralmente relacionadas à legitimidade processual ou substancial da nova constituição. Esse ponto não será explorado aqui. De qualquer modo, é possível afirmar que essas limitações podem ser derivadas: do respeito ao sistema internacional de direitos humanos, da ampla consolidação das instituições democráticas no âmbito do direito transnacional¹³⁹, do grau de participação democrática no processo de elaboração da constituição e da conformidade com as disposições que regem a mudança constitucional¹⁴⁰, tais como cláusulas pétreas, princípios constitucionais pré-acordados ou o direito supranacional¹⁴¹. A força, o alcance e a eficácia vinculante dessas limitações devem ser analisados em relação a cada sistema jurídico particular, bem como em cada caso específico de substituição e de reforma constitucional¹⁴².

5.5 Reconhecimento intencional coletivo

De acordo com David Dyzenhaus, o conceito de poder constituinte está sujeito ao que denominou “o paradoxo da autoria”. De acordo com esse paradoxo: “para que um povo atue como o autor das formas jurídicas de poder constituído, ele deve existir previamente como autor — entidade com capacidade de autorizar. Entretanto, uma entidade com capacidade para outorgar tal autorização é uma entidade artificial, não apenas um conjunto composto por indivíduos de forma aleatória. Portanto, deve ser juridicamente identificável”¹⁴³.

Esse paradoxo se refere ao conceito de “povo”. Como explicado anteriormente, o povo não pode ser concebido como um superagente coletivo, independente de cada um de seus membros¹⁴⁴. Contudo, “o povo” também é diferente de uma multidão ou de um grupo composto aleatoriamente por um conjunto de pessoas sem qualquer conexão entre si. A concepção sócio-ontológica do poder de criação constitucional proporciona uma saída para o paradoxo da autoria, ao definir o povo como um grupo que capacita os criadores constitucionais para institucionalizar o constitucionalismo por meio de uma constituição escrita.

Três questões surgem aqui. Quem são os membros do povo? Quantos membros do povo devem estar de acordo para produzir um empoderamento bem-sucedido dos criadores constitucionais? E qual é a estrutura do acordo criado entre os membros do povo para empoderar os criadores?

Responder a essas questões implica assumir uma posição conceitual e normativa, cuja idoneidade para avaliar os casos específicos de substituição ou revisão constitucional também é contextual. Contudo, é possível introduzir algumas afirmações gerais de índole conceitual em relação a essas questões. Por exemplo, com relação à pergunta: quem são os membros do povo? Pode-se assumir, *prima facie*, que conceitualmente são

¹³⁹ DIXON, R.; LANDAU, D. Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 3, 2015. p. 630.

¹⁴⁰ DIXON, R.; LANDAU, D. Constraining Constitutional Change. *Wake Forest Law Review*, v. 50, 2015.

¹⁴¹ ROZNAI, Y. The Theory and Practice of ‘Supra-Constitutional’ Limits on Constitutional-Amendments. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 62, n. 3, 2013.

¹⁴² Uma questão distinta é saber se os juízes — geralmente tribunais constitucionais — devem ter poderes para impor essas limitações. Não será possível abordar essa questão aqui.

¹⁴³ DYZENHAUS, D. Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power. *Global Constitutionalism*, v. 1, n. 2, 2012. p. 233-234, tradução livre.

¹⁴⁴ Denis J. Galligan parece defender uma opinião diferente quando afirma: “Por ‘o povo’ refiro-me aos membros de uma sociedade como uma entidade coletiva [...] o povo, em oposição à noção de pessoas individuais” GALLIGAN, D. J. The People, the Constitution, and the Idea of Representation. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 134, tradução livre.

os cidadãos. Como afirmado por Ackerman, as revoluções e substituições constitucionais tendem a ocorrer a partir de uma “adaptação não convencional” de um marco institucional existente¹⁴⁵. O fato de *todos* os cidadãos e *apenas* os cidadãos serem considerados membros do povo é um fato relevante no quadro institucional de todo país. No entanto, tal delimitação do alcance de povo pode ser derrotada por considerações de índole normativa de cada contexto particular. Por exemplo, se o objetivo de uma substituição constitucional é incluir uma minoria, à qual se negou o exercício da cidadania nos processos de discussão política, essa circunstância constitui uma boa razão para considerar os membros de tal minoria como parte do povo, ainda que a ordem jurídica em vigor não os reconheça como cidadãos. Do mesmo modo, se a secessão é o objeto de uma substituição constitucional, pode ser razoável restringir a concepção de povo aos indivíduos que habitam a região que postula separar-se do Estado.

Observações semelhantes poderiam ser tecidas em relação ao número de membros do povo cujo acordo é necessário para um empoderamento bem-sucedido dos criadores constitucionais. Pode-se assumir, *prima facie*, do ponto de vista conceitual, que a concordância do grosso dos cidadãos é necessária. Uma questão conceitual e normativa relevante é: o que significa “o grosso dos cidadãos”? Certamente, esse conceito delineado por Austin expressa uma intuição plausível, a saber, que a validade de uma constituição pressupõe a adesão de um número significativo de membros da sociedade. Uma vantagem do conceito de “o grosso dos cidadãos” reside na sua indeterminação. Nesse sentido, é superior ao conceito de maioria. Assim, pode haver uma constituição cuja validade se baseia na adesão de uma quantidade de cidadãos menor do que a maioria, mas que seja politicamente mais poderosa. Ademais, uma constituição respaldada pela maioria dos cidadãos menos influentes de um país poderia facilmente perder sua validade. Da mesma forma, em relação ao grosso dos cidadãos, um empoderamento exitoso dos criadores constitucionais geralmente requer adesão do grosso dos operadores jurídicos (*legal officials*), que serão responsáveis tanto por implementar, quanto por fazer cumprir a nova Constituição¹⁴⁶.

A questão final é: qual deve ser a estrutura do acordo entre os membros do povo para empoderar os criadores constitucionais? Devido à diversidade de formas de colaboração humana e de expressões de concordância, adesão ou conformidade, a resposta a essa pergunta é altamente complexa. Eu delinearei três argumentos a esse respeito.

Em primeiro lugar, o acordo dos membros do povo em torno do empoderamento dos criadores da constituição é uma ação coletiva intencional de seus membros. Há, pelo menos, duas condições necessárias, que são comuns às explicações sobre ações intencionais coletivas¹⁴⁷. Essas condições são: (1) a ação deve ser realizada por vários agentes individuais que, em conjunto, atuam como um grupo. Em virtude disso, a ação é atribuível ao grupo; (2) os agentes individuais que atuam em conjunto devem fazê-lo de acordo com, e devido a, algumas intenções comuns, que são dotadas de um conteúdo especial. Esse conteúdo pressupõe que o grupo desempenhe uma ação relevante por meio das ações individuais dos seus membros¹⁴⁸.

Em segundo lugar, no caso da criação de uma constituição, os membros do povo podem produzir o empoderamento coletivo dos criadores constitucionais por meio de ações como: a eleição de uma assembleia constituinte extraconstitucional ou o referendo constitucional; ou podem, ainda, participar das deliberações organizadas pelo constituinte acerca do conteúdo da constituição. São essas as classes de ações intencionais individuais que contribuem para a formação da ação coletiva intencional do povo. O conteúdo das intenções comuns dos membros do povo corresponde à concordância de tais membros quanto a conferir poderes aos criadores constitucionais, bem como a sujeitar-se à constituição a ser elaborada e promulgada por eles, desde

¹⁴⁵ ACKERMAN, B. *We the People: Transformations*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000. p. 11-13, tradução livre.

¹⁴⁶ Sobre a importância do acordo pelos oficiais de direito, ver: HART, H. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 116.

¹⁴⁷ Sobre esses elementos e sua relevância para o propósito de explicar a natureza do direito, v. SANCHEZ BRÍGIDO, R. *Collective Intentional Activities and the Law*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 29, n. 2, 2009. p. 305-306.

¹⁴⁸ LUDWIG, *Understanding Collective Action*. Mimeografado. 2016. p. 168.

que ela institucionalize o constitucionalismo. Observada tal condição, a sujeição é aceita independentemente de desejos futuros de obediência ou adesão às novas normas constitucionais.

Em terceiro lugar, a concordância dos membros do povo em relação ao empoderamento para a criação de uma constituição pode ser manifestada *ex-ante* — na votação relacionada à convocação de uma assembleia constituinte — ou *ex post* — ao votar pela aprovação do texto constitucional em um referendo. Pode ser explícito — como nos dois exemplos anteriores de ações *ex ante* e *ex post* — ou implícito. Em relação a essa última possibilidade, a validade de uma constituição pressupõe necessariamente o acordo implícito, *ex post*, do grosso dos operadores jurídicos na implementação e cumprimento da constituição. Assim, essa é uma condição necessária para um exercício bem-sucedido do poder de criação constitucional.

Em síntese, o poder de substituir ou revisar uma constituição é: (i) um poder deôntico e limitado para alterar o status jurídico dos membros do povo; (ii) detido pelos criadores da constituição; (iii) decorrente do — e limitado por — um empoderamento, no qual o grosso do povo, por um lado, designa tais criadores como seus representantes e atribui a eles a função de substituir ou revisar a constituição, e, por outro lado, aceita se submeter à constituição nova ou revisada, desde que os elementos constitucionais essenciais sejam institucionalizados; (iv) os representantes são coletiva e intencionalmente reconhecidos (*ex ante* ou *ex post*, implícita ou explicitamente, pelo grosso do povo e dos operadores legais) como aqueles que têm o *status* de criadores constitucionais, com o fim de exercer a sua função de institucionalizar o constitucionalismo.

Tal estrutura conceitual pode ser usada para obter uma avaliação mais transparente da legitimidade das substituições ou revisões constitucionais. Essa avaliação dependerá dos padrões mais fortes ou mais fracos utilizados para determinar: o número de membros que compõe o conceito de “o grosso do povo”, as características do empoderamento outorgado para a criação de uma constituição, o reconhecimento coletivo intencional dos criadores da constituição, bem como a qualidade da institucionalização do constitucionalismo.

Referências

- ACKERMAN, B. *We the People: transformations*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000.
- AGAMBEN, G. *Homo Sacer*. Stanford: Stanford University Press, 1998.
- ALBERT, R. Nonconstitutional Amendments. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 22, n. 1, 2009.
- ALBERT, R. The Cult of Constitutionalism. *Florida State University Law Review*, n. 39, 2012.
- ALBERT, R. Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude. *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014.
- ALBERT, R. Amendment and Revision in the Unmaking of Constitutions. In: LANDAU, D.; LERNER, H. *Handbook on Comparative Constitution-Making*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?a>> Acesso em: 13 fev. 2017.
- ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *The Yale Journal of International Law*, v. 43, n. 1, 2018.
- ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- ALEXY, R. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, v. 21, n. 3, 2008.
- ANDERSON, G. W. Societal Constitutionalism, Social Movements, and Constitutionalism from Below. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 20, n. 2, 2013.
- ARATO, A. *Post Sovereign Constitution Making: learning and legitimacy*. Oxford University Press: Oxford, 2016.

- ARATO, J. Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations. *Yale Journal of International Law*, v. 38, 2013.
- ATRIA, F. Sobre la soberanía y lo político. *Derecho y humanidades*. v. 12, 2006.
- AUSTIN, J. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- AUSTIN, J. *How to do Things with Words*. Oxford: Oxford University Press, 1976.
- AYALA CORAO, C. M. Venezuela: De la constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007. In: GARZA, J. M. (ed.). *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y Perspectivas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- BANKS, A. M. Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities. *William & Mary Law Review*, v. 46, 2008.
- BARAK, A. Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israeli Law Review*, v. 44, 2011.
- BERNAL, C. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 2, 2013.
- BERNAL, C. Informal Constitutional Change. *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014.
- BERNAL, C. How Constitutional Crowddrafting can enhance Legitimacy in Constitution-Making?. In: LANDAU, D.; LERNER, H. (eds.). *Handbook on Comparative Constitution-Making*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts. In: BÖCKENFÖRDE, E.W. *Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- BODIN, J. *Les six livres de la République*. Paris: Librairie générale française, 1993.
- BOISVERT, D., & LUDWIG, K. Semantic for Nondeclaratives. In: LEPORE, E.; SMITH, B. C. (eds.). *The Oxford Handbook of the Philosophy of Language*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- BRAMFORTH, N.; LEYLAND, P. Introduction: Accountability in the Contemporary Constitution. In: BRAMFORTH, N.; LEYLAND, P. (eds.). *Accountability in the Contemporary Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BRATMAN, M. *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- BRATMAN, M. *Shared Agency. A Planning Theory of Acting Together*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BREWER-CARÍAS, A. R. La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción. *Revista de Derecho Público*, n. 78-80, 1999.
- BREWER-CARÍAS, A. R. *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1999.
- BREWER-CARÍAS, A. R. *Dismatling Democracy in Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- BROWN, M. B. *Expertise and Deliberative Democracy*. Stephen Elstub y Peter McLaverty, *Deliberative Democracy. Issues and Cases*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2014.

- COLÓN-RÍOS, J. I. The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 48, n. 2, 2010.
- COLÓN-RÍOS, J. I. Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia. *Constellations*, v. 18, n. 3, 2011.
- COLÓN-RÍOS, J. I. *Weak Constitutionalism. Democratic legitimacy and the question of constituent power*. Londres y Nueva York: Routledge, 2012.
- COLÓN-RÍOS, J. I. Five Conceptions of Constituent Power. *Law Quarterly Review*, v. 130, 2014.
- COLÓN-RÍOS, J. I. Rousseau, Theorist of Constituent Power. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2016.
- CONTIADES, X. *Engineering Constitutional Change: a comparative perspective on Europe, Canada and the USA*. Londres: Routledge, 2012.
- CONTIADES, X.; FO'TIADOU, A. *Participatory Constitutional Change. The People as Amenders of the Constitution*. Londres: Routledge, 2017.
- CRISAFULLI, V. *Disposizione (e norma)*, XIII *Enciclopedia del Diritto*, 1964.
- CRISTI, R. The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of Chile's 1980 Constitution. *Cardozo Law Review*, v. 21, 1999-2000.
- CRISTI, Renato. The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of Chile's 1980 Constitution. *Cardozo Law Review*, v. 21, n. 5-6, 2000.
- DAVIES, A. C. *The Public Law of Government Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- DIETER, G. The Twilight of Constitutionalism? In: DOBNER, P.; LOUGHLIN, M. (ed.). *The Achievement of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- DIXON, R.; LANDAU, D. Constraining Constitutional Change. *Wake Forest Law Review*, v. 50, 2015.
- DIXON, R.; LANDAU, D. Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 3, 2015.
- DURKHEIM, É. *Le suicide. Étude de sociologie (1897)*. 2. ed. Paris: Les Presses Universitaires de France, 1967.
- DWORKIN, R. *Justice in Robes*. Cambridge Mass: Belknap Press of the Harvard University Press, 2006.
- DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge Mass.: Belknap Press of the Harvard University Press, 2011.
- DYZENHAUS, D. The Question of Constituent Power. In: LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. (eds.). *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- DYZENHAUS, D. Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power. *Global Constitutionalism*, v. 1, n. 2, 2012.
- EISENSTADT, T. A.; LEVAN, A. C.; MABOUDI, T. When Talk Trumps Text: The Democratizing Effects of Deliberation during Constitution-Making, 1974–2011. *American Political Science Review*, v. 109, n. 3, 2015.
- ELKINS, Z.; GINSBURG, T.; MELTON, J. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- FERRER BELTRÁN, J.; MORESO, J. J.; PAPAYANNIS, D. M. *Neutrality and Theory of Law*. Dordrecht: Springer, 2013.
- GALLIGAN, D. J. The People, the Constitution, and the Idea of Representation. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

- GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. Theoretical Perspectives on the Social Foundations of Constitutions. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge University Press: Cambridge, 2013.
- GILBERT, M. *On Social Facts*. Princeton: Princeton University Press, 1992.
- GILBERT, M. *Living Together. Rationality, Sociality and Obligation*. Nova York e Londres: Lahman, Boulder, 1996.
- GILBERT, M. *Sociality and Responsibility: New Essays in Plural Subject Theory*. Minneapolis: Rowman & Littlefield Publishers, 2000.
- HARDIN, R. *Liberalism, Constitutionalism and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- HARDIN, R. Why a Constitution? In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- HART, H. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- HAYEK, F. A. *The Constitution of Liberty*. Londres e Henley: Routledge & Kegan Paul, 1976.
- HERNÁNDEZ, J. A. La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional. *Colombia Internacional*, v. 79, 2013.
- HIMMA, K. E. Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy. In: FREEMAN, Michael; HARRISON, Ross (eds.). *Law and philosophy. Current Legal Issues*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- HIRSCHL, R. The strategic Foundations of Constitutions. In: GALLIGAN, D.; VERSTEEG, M. (Edits.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- HOHFELD, N. *Fundamental Legal Conceptions, as applied in judicial Reasoning*. Nueva Jersey: The Lawbook Exchange, 2010.
- HUTCHINSON, A.; COLÓN-RÍOS, J. I. Constituciones Duraderas – Una Crítica Democrática. *Anuario de Derecho Público*, ed. 1, 2011.
- KALYVAS, A. Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power. *Constellations*, v. 12, n. 2, 2005.
- KALYVAS, A. Constituent Power. *Political concepts: a critical lexicon*. Disponível em: <<http://www.political-concepts.org/constituentpower/>> Acesso em 20 de fev. de 2018
- KANT, I. On the Common Saying: ‘This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice’. In: REISS, H. (ed.). *Kant: political writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- KHOSLA, M. Constitutional Amendment. In: CHOUDHRY, S.; KHOSLA M.; BHANU MEHTA, P. (Edits.), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- KING, P. Neo-Bolivarian Constitutional Design: Comparing the 1999 Venezuelan, 2008 Ecuadorian, and 2009 Bolivian Constitutions. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (Edits.), *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- KIRK, L. *The Routledge Handbook of Collective Intentionality*. Londres e Nova York: Routledg, 2017.
- KLEIN, C.; SAJÓ, A. Constitution-Making: Process and Substance. In: M. ROSENFELD; SAJÓ, A. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- KRISHNASWAMY, S. *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- KUMM, M. Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist law. *International Journal*

- of *Constitutional Law*, v. 14, n. 3, 2016.
- LANDAU, D. The Importance of Constitution-Making. *Denver University Law Review*, v. 89, n. 3, 2011-2012.
- LANDAU, D. Constitution-Making gone wrong. *Alabama Law Review*, 2013.
- LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, v. 47, 2013.
- LAUTENBACH, G. *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- LINDAHL, H. Ontology of the Constituent Power. *Constellations*, v. 22, n. 2, 2015.
- LOCKE, J. *Two Treatises of Government*: Book II. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- LOUGHLIN, M. Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice. In: LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- LOUGHLIN, M. What is Constitutionalisation?. In: DOBNER, P.; LOUGHLIN, M. (eds.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010.
- LOUGHLIN, M. *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- LOUGHLIN, M. Why Sovereignty?. In: RAWLINGS, R.; LEYLAND, P.; YOUNG, A. L. *Sovereignty and the Law. Domestic, European, and International Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- LOUGHLIN, M. The Concept of Constituent Power. *European Journal of Political Theory*, v. 13, n. 2, 2014.
- LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. Introduction. In: LOUGHLIN, M.; WAIKER, N. *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- LUDWIG, K. Proxy Agency in Collective Action. *Noûs*, v. 48, n. 1, 2013.
- LUDWIG, K. *Understanding Collective Action*, manuscrito sem publicar, 2016
- EZCURDIA, Maite. The Concept-Conception Distinction. *Philosophical Issues*, v. 9, 1998.
- MARMOR, A. Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, 2006
- MILLER, L. E. *Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making*. Washington: United States Institute of Peace, 2010.
- MILLER, S. *Social Action: a teleological account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- NATALE, A. A. La reforma constitucional argentina de 1994. *Cuestiones constitucionales*, n. 2, 2000.
- NEGRETTO, G. Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America. *Law and Society Review*, v. 46, n. 4, 2012.
- NEGRETTO, G. L. Authoritarian Constitution Making. The Role of the Military in Latin America. In: GINSBURG, T.; SIMPSON, A. *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- NEGRI, A. *Insurgencies. Constituent Power and the Modern State*. Minneapolis e Londres: University of Minnesota Press, 1999.
- NINO, C. S. El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica. In: BULYGIN, E.; FARRELL, M. D.; NINO C. S., RABOSSI, E. *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.
- O'DONOGHUE, A. *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*. Cambridge: Cambridge University Press,

2014.

OKLOPCIC, Z. Three arenas of struggle: A contextual approach to the constituent power of 'the people'. *Global Constitutionalism*, v. 3, n. 2, 2015.

OKOTH-OGENDO, H. Constitutions Without Constitutionalism: An African Paradox. In: GREENBERG, D.; KATZ, S. N.; WHEATLEY, S. C.; OLIVIERO, M. B. (eds.), *Constitutionalism and Democracy: transitions in the contemporary world*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

PARLETT, W. The Dangers of Popular Constitutional Making. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 38, n. 1, 2012.

RAMÍREZ CLEVES, G. A. *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

RAMÍREZ CLEVES, G. A. El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003. *Revista de Derecho del Estado*, n. 18, 2006.

RAZ, J. Can There Be a Theory of Law?. In: GOLDING, M. P.; EDMUNDSON, W. A. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, 2005.

REINER, G. Models of Institutional Control: The Experience of Islamic Countries. In: GROTE, R.; RÖDER, T. (eds.). *Constitutionalism in islamic countries: between upheaval and continuity*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

RÖDER, T. J. The Separation of Powers in Muslim Countries: Historical and Comparative Perspectives. In: GROTE, R.; RÖDER, T. J. (eds.). *Constitutionalism in Islamic Countries: between upheaval and continuity*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ROSS, A. *On Law and Justice*. Berkeley: University of California Press, 1959.

ROSS, A. On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law. *Mind*, v. 78, n. 309, 1969.

ROUGHAN, N. *Authorities. Conflicts, Cooperation and Transnational Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ROZNAI, Y. The Theory and Practice of 'Supra-Constitutional' Limits on Constitutional-Amendments. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 62, n. 3, 2013.

ROZNAI, Y. The Spectrum of Constitutional Amendment Powers, In: ALBERT, R.; *Xenophon Contiades y Alkeme Fotiadou, The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*. Oxford: Hart Publishing, 2017.

SAUNDERS, C. Separation of Powers and the Judicial Branch. *Judicial Review*, v. 11, n. 4, 2006.

SCHMITT, C. *Verfassungslehre*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1970.

SEARLE, J. *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

SEARLE, J. *The Construction of Social Reality*. Nova York: Simon & Schuster, 1995.

SEARLE, J. What is an Institution? *Journal of Institutional Economics*, v. 1, n. 1, 2005.

SEARLE, J. *Making the Social World*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SEARLE, J.; VANDERVEKEN, D. *Foundations of Illocutionary Logic*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

SELZNICK, P. American Society and the Rule of Law. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, v. 33, 2005.

Sentencia 138, 9 de noviembre (Corte Suprema de Justicia de Colombia 1990).

- SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- SHAPIRO, S. Authority. In: SHAPIRO, S.; COLEMAN, J. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- SHOR, M. The Once and Future Democracy: Argentina at the Bar of Constitutionalism. In: GALLIGAN, D. J.; VERSTEEG, M. (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- SIEYÈS, E.-J. *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?* Paris: Pagnerre: Pagnerre, 1839.
- SOTO BARRIENTOS, F. Asamblea Constituyente: La experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile. *Estudios Constitucionales*, v. 12, n. 1, 2014.
- STACEY, R. Constituent Power and Carl Schmitt's Theory of Constitution in Kenya's Constitution-Making Process. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 3-4, 2011.
- STONE, A. Australia's Constitutional Rights and the Problem of Interpretive Disagreement. *Sydney Law Review*, v. 27, 2005.
- TAMANAHA, B. *On the Rule of Law: history, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- THIO, L.A. Constitutionalism in Illiberal Politics. In: ROSENFELD, M.; SAJÓ, A. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- TUOMELA, R. *The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance View*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- TUOMELA, R. *The Philosophy of Sociality*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- TURNER, C. Transitional Constitutionalism and the Case of the Arab Spring. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 64, n. 2, 2015.
- TUSHNET, M. Authoritarian Constitutionalism. Some Conceptual Issues. In: GINSBURG, T.; SIMPSON, A. *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- TUSHNET, M. Peasants with pitchforks, and toilers with Twitter: Constitutional revolutions and the constituent power. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 3, 2015.
- VENEZUELA, Suprema Corte. *Sentença nº 17*. Data de julgamento: janeiro de 1999. SUPREMA CORTE DA VENEZUELA. Vicepresidente del Congreso de la Republica vs Asamblea (Decreto 25-8-99). Data de Julgamento: 14 out. 1999.
- VENN, A. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Londres: Macmillan, 1939.
- WALDRON, J. Constitutionalism: a Skeptical View. In: CHRISTIANO, T.; CHRISTMAN, J. (eds.). *Contemporary debates in political philosophy*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.
- WALDRON, J. A Rights-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 1, 1993.
- WALKER, G. The Idea of Nonliberal Constitutionalism. In: SHAPIRO, I.; KYMLICKA, W. (eds.). *Ethnicity and Group Rights*. Nueva York: NYU Press, 1997.
- ZACHARY ELKINS, T. G; BLOUNT, J. Does the Process of Constitution-Making Matter? *Annual Review of Law and Social Science*, v. 5, n. 5, 2009.
- ZHANG, Q. A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 4, 2010.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Quem conta como nação? A
exclusão de temáticas LGBTI nas
assembleias constituintes de
Brasil e Colômbia**

**Who counts as nation? The
exclusion of LGBTI issues in the
constituent assembly of Brazil
and Colombia**

Rafael Carrano Lelis

Marcos Felipe Lopes de Almeida

Waleska Marcy Rosa

Quem conta como nação? A exclusão de temáticas LGBTI nas assembleias constituintes de Brasil e Colômbia*

Who counts as nation? The exclusion of LGBTI issues in the constituent assembly of Brazil and Colombia

Rafael Carrano Lelis**

Marcos Felipe Lopes de Almeida***

Waleska Marcy Rosa****

Resumo

As Constituições do Brasil e da Colômbia não previram direitos LGBTI específicos, diferentemente de outras Constituições latino-americanas. Assim, tais direitos foram garantidos judicialmente. Esse fato gera questionamentos a respeito de como a nação foi representada no corpo constituinte. Nesse sentido, o objetivo do artigo é analisar os debates ocorridos nas Assembleias Constituintes brasileira e colombiana a respeito dos direitos LGBTI. Para isso, são analisadas as atas das sessões plenárias das Constituintes, sendo essa uma das limitações da investigação, uma vez que não foram analisadas todas as discussões que ocorreram nas referidas assembleias. Trata-se de pesquisa qualitativa, de caráter exploratório e com suporte na técnica de análise documental. Finalmente, constatou-se uma abordagem apenas incidental dos direitos LGBTI na Constituinte colombiana, com debates escassos, enquanto no Brasil houve uma maior discussão, marcada por argumentos negativos e positivos. A originalidade da pesquisa está na análise de dados pouco explorados pela comunidade acadêmica, sendo possível compreender como a população LGBTI foi representada e retratada no momento de elaboração do documento jurídico de mais alta hierarquia dos ordenamentos.

Palavras-chave: Direitos LGBTI. Orientação Sexual e Identidade de Gênero. Assembleia Nacional Constituinte do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte da Colômbia. Heteronormatividade. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Abstract

The Constitutions of Brazil and Colombia did not include specific LGBTI rights, unlike other Latin American Constitutions. Thus, these rights were guaranteed through the judiciary. This fact raises questions about how the nation was represented in the constituent body. In this sense, the objective of this article is to analyze the debates that took place in the Brazilian and

* Recebido em 31/05/2019
Aprovado em 20/08/2019

** Mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). E-mail: rafael.carrano.lelis@gmail.com

*** Mestrando em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). E-mail: marcosfl.almeida@gmail.com

**** Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Associada da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e membro do corpo permanente do Mestrado em Direito e Inovação, na mesma instituição. E-mail: waleska.ufjf@gmail.com

Colombian Constituent Assemblies regarding LGBTI rights. For this, the minutes of the plenary sessions of the Constituents are analyzed, being this one of the limitations of the investigation, since not all the discussions that took place in the assemblies were analyzed. It was conducted a qualitative research of exploratory character and supported by the documentary analysis technique. Finally, it was noted only incidental approach to LGBTI rights in the Colombian Constituent Assembly, with few debates, while in Brazil there was greater discussion, marked by negative and positive arguments. The originality of the research consists of the analysis of data yet little explored by the academic community, being possible to understand how the LGBTI population was represented and portrayed at the moment of elaboration of the legal document of the highest hierarchical importance.

Keywords: LGBTI Rights. Sexual Orientation and Gender Identity. National Constituent Assembly of Brazil. National Constituent Assembly of Colombia. Heteronation. New Latin-American Constitutionalism.

1 Introdução

As escolhas tomadas durante o processo de redação de uma nova Constituição são dependentes do perfil do grupo responsável pela sua criação. Dessa forma, quanto maior a diversidade entre os membros do corpo constituinte, maiores as chances de que a Constituição seja inclusiva perante as diversas realidades existentes dentro do país.

Com isso, grupos socialmente minoritários e marginalizados, como negros, mulheres, indígenas e pessoas LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexo), tendem a não ser contemplados adequadamente no texto constitucional, visto que, normalmente, ficam alijados do processo de sua elaboração.

Nesse sentido, a autora Ochy Curiel¹ destaca, em especial na realidade latino-americana, a existência de uma heteronação (*heteronación*), de modo que a Constituição consiste em um contrato heterossexual no qual as categorias oprimidas em razão de gênero e de sexualidade não são devidamente representadas. Contudo, mesmo assim, pressupõe-se a sua aceitação para garantia da legitimidade do contrato.

No que se refere à previsão constitucional de direitos às pessoas LGBTI na América Latina, é necessário mencionar as Constituições da Bolívia e do Equador, que preveem, expressamente, a vedação à discriminação com base em orientação sexual e em identidade de gênero. Comumente, os referidos países são enquadrados no fenômeno do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (NCLA). Entretanto, a inexistência de previsão constitucional não obsta o reconhecimento de direitos LGBTI, visto que estes podem ser garantidos judicialmente, como é o caso, principalmente, de Brasil e Colômbia.

Com base nisso, formula-se a seguinte pergunta de pesquisa: por que Brasil e Colômbia, os países mais avançados na jurisprudência constitucional sobre direitos LGBTI, não incorporaram direitos específicos nas suas respectivas Constituições? E, além disso, se chegaram a ser debatidos, como foram tratados os direitos da população LGBTI nas Assembleias Constituintes dos referidos países?

Dado o caráter exploratório da pesquisa, não serão formuladas hipóteses. No entanto, intenta-se, com os resultados do presente trabalho, a indicação de hipóteses para investigações futuras.

Assim, o objetivo geral é compreender e analisar as discussões promovidas no âmbito das Assembleias Constituintes do Brasil e da Colômbia no que tange à previsão de direitos LGBTI em seus textos constitucionais. Como objetivos específicos, apontam-se: delinear a ideia de nação heterossexual, relacionando-a com a ênfase dada à diversidade pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano; verificar a existência de discussões a respeito de direitos LGBTI nas atas das plenárias das Assembleias Constituintes brasileira e

¹ CURIEL, Ochy. *La nación heterosexual: análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013.

colombiana; categorizar os argumentos suscitados nos debates; e estabelecer conexões entre países a partir dos dados obtidos.

A justificativa para o presente trabalho reside na necessidade de compreender as dinâmicas presentes no processo de elaboração de uma nova Constituição, de modo a verificar quão inclusivas são determinadas escolhas tomadas pelo corpo constituinte. Com isso, é possível aferir a abrangência do conceito de nação incorporado no texto constitucional.

Finalmente, para o desenvolvimento da investigação proposta, o artigo será dividido em quatro partes, além da introdução e conclusão. Em um primeiro momento, elencam-se os aspectos atinentes ao marco teórico da heteronação, bem como as questões metodológicas necessárias para a concretização dos objetivos supracitados. Na sequência, será abordada a relação do Novo Constitucionalismo Latino-Americano com os direitos LGBTI. Posteriormente, a terceira e quarta seções tratam dos elementos empíricos referentes à Assembleia Constituinte brasileira e à colombiana, respectivamente.

2 Aspectos teóricos e metodológicos

Em sua obra *La Nación Heterosexual*, Ochy Curiel desenvolve a ideia daquilo que denominou de *heteronación* (heteronação), traçando sua teoria com base na análise do contexto de elaboração e promulgação da Constituição Colombiana de 1991. No entanto, como apontado pela própria autora, embora a investigação tenha se dado no cenário colombiano, “suas análises podem ser aplicadas a qualquer país da América Latina e do Caribe por terem processos parecidos na construção do Estado-nação”². Nesse sentido, a autora conceitua a heteronação estabelecendo

como a nação e sua construção imaginária têm como base fundamental o regime da heterossexualidade, por meio da ideologia da diferença sexual, e esta, por sua vez, nas instituições como a família, o parentesco, a nacionalidade, tudo isso expresso nos pactos sociais que são refletidos em um texto normativo como a Constituição³.

Sendo assim, Curiel se baseia no aporte de teóricas feministas como Monique Wittig e Adrienne Rich para compreender o papel político exercido pelo “regime heterossexual”⁴. Dialogando, também, com pensadores pós-coloniais, além de autores de correntes marxistas, valendo-se, principalmente, do conceito de hegemonia cunhado pelo italiano Antonio Gramsci⁵. Assim, a autora busca compreender qual a relação entre a heterossexualidade, enquanto instituição e regime político, e a construção da nação. Desse modo, ressalta a hegemonia heterossexual do processo constituinte e evidencia o já naturalizado caráter heterossexual “de um texto que pretende representar uma nação inteira”⁶.

Desse modo, partindo da crítica realizada por Wittig⁷ à concepção do contrato social de Rousseau, a autora caracteriza a Constituição Política como sendo um contrato heterossexual, firmado com total ausên-

² No original: “sus análisis pueden ser aplicados a cualquier país de Latinoamérica y El Caribe, por tener procesos parecidos em la construcción del Estado-nación”. CURIEL, Ochy. *La nación heterosexual: análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013. p. 44, tradução nossa.

³ No original: “cómo la nación y su construcción imaginaria tienen como base fundamental el régimen de la heterossexualidad, a través de la ideología de la diferencia sexual, y ésta, a su vez, en las instituciones como la familia, al parentesco, a la nacionalidad, todo ello expresado en los pactos sociales que son reflejados en un texto normativo como la Constitución”. CURIEL, Ochy. *La nación heterosexual: análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013. p. 56, tradução nossa.

⁴ CURIEL, Ochy. *La nación heterosexual: análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013.

⁵ GRAMSCI, Antonio. *El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*. México: Juan Pablo Editor, 1975.

⁶ No original: “de un texto que pretende representar una nación entera”. CURIEL, Ochy. *La nación heterosexual: análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013. p. 38.

⁷ WITTIG, Monique. *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*. Barcelona: Egalesm, 2006.

cia de representação de categorias oprimidas em virtude de gênero e sexualidade, mas que pressupõe sua aceitação para garantir legitimidade ao contrato. Nesse sentido, aponta que

a partir da análise de povo, de representação e das formas em que se fez este pacto social, que exige um significado de contrato simbólico, a partir da crítica que faz Monique Wittig ao contrato social de Rousseau, mostro como a Constituição Política de 1991, como lei suprema da nação, foi produto de um pacto entre as diferentes forças políticas partidárias, fundamentalmente constituídas por homens com privilégios de classe e raça, os quais, para além de suas diferenças políticas, coincidiram em garantir o caráter heterossexual da nação, o que aqui chamarei de “um contrato heterossexual”⁸.

Dessa forma, a unidade da categoria imaginária de nação é forjada por grupos políticos hegemônicos em razão de gênero, classe, raça e sexualidade, apoiados no regime heterossexual, que estabelecem um pacto social que se propõe representativo de uma nação inteira, não obstante não tenha contado com a participação efetiva, entre outras, de mulheres e pessoas LGBTI. Nesse sentido, ainda que algumas mulheres tenham participado do processo constituinte (enquanto a ausência LGBTI era total), elas não possuíam as mesmas condições políticas que os homens de acordar e consentir com o referido contrato, uma vez que sua exclusão histórica e o machismo estrutural existente nas sociedades latino-americanas impediam sua paridade de participação, provocando o contentamento com previsões de direitos ainda impregnados da lógica do regime heterossexual⁹.

É importante frisar que, na lógica delineada por Curiel, o regime heterossexual sujeita não só as pessoas LGBTI, mas também as próprias mulheres não LGBTI, uma vez que tal regime se sustenta na diferenciação entre os gêneros, posicionando a mulher de forma subalterna em relação ao homem, dentro do relacionamento heterossexual. Desse modo, faz parte do referido regime a submissão da mulher, o que seria incompatível com sua atuação política na esfera pública, já que suas atividades somente seriam concebíveis no âmbito privado, voltadas à satisfação de seu marido¹⁰.

Sendo assim, não somente o pacto constituinte se caracteriza como uma ficção política, uma vez que pressupõe que todos os membros do grupo do povo e da nação estão de acordo com as normas estabelecidas, mas também a própria ideia de nação e do sujeito coletivo da nação se baseia em uma ilusão. Isso porque o sujeito coletivo já é construído de forma excludente, a partir da predominância dos grupos hegemônicos compostos por homens, brancos, heterossexuais e cisgêneros, enquanto os grupos dominados são tidos por representados independentemente de sua vontade. Nesse sentido, presume-se que as constituições são representativas de todo o povo e de toda a nação, quando na verdade se trata de um pacto firmado, apenas, entre grupos hegemônicos.

A partir disso, a autora questiona se, realmente, pode-se entender que houve consentimento ao texto constitucional dessa parcela da população, que teve um nível extremamente baixo (quando não inexistente) de participação. Desse modo, indaga, ainda, quem entraria na inteligibilidade de povo soberano ou de nação, a partir dos quais e em nome de quem foi promulgado o texto constituinte¹¹. Assim, pergunta-se: as pessoas LGBTI, as mulheres e as pessoas não hegemonicamente racializadas contam como nação? Estariam elas

⁸ No original: “a partir del análisis de pueblo, de representación y de las formas en que se hizo este pacto social, que cobra un significado de contrato simbólico, desde la crítica que le hace Monique Wittig al contrato social de Rousseau, muestro cómo la Constitución Política de 1991, como ley suprema de la nación, fue producto de un pacto entre las diferentes fuerzas políticas partidarias, fundamentalmente constituidas por hombres con privilegios de clase y raza, quienes, más allá de sus diferencias políticas, coincidieron en garantizar un carácter heterossexual de la nación, lo que aquí llamaré ‘un contrato heterossexual’”. CURIEL, Ochy. *La nación heterossexual: análisis del discurso jurídico y el régimen heterossexual desde la antropología de la dominación*. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013. p. 42, tradução nossa.

⁹ CURIEL, Ochy. *La nación heterossexual: análisis del discurso jurídico y el régimen heterossexual desde la antropología de la dominación*. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013.

¹⁰ CURIEL, Ochy. *La nación heterossexual: análisis del discurso jurídico y el régimen heterossexual desde la antropología de la dominación*. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013.

¹¹ CURIEL, Ochy. *La nación heterossexual: análisis del discurso jurídico y el régimen heterossexual desde la antropología de la dominación*. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013.

abarcadas pela ideia de povo soberano?

Dessa forma, o presente trabalho parte da ideia construída acima, que compreende o processo constituinte como o estabelecimento de um contrato heterossexual, que forja uma heteronação, para realizar a leitura das discussões relativas à inclusão de proteção contra a discriminação de pessoas LGBTI nas constituições do Brasil e da Colômbia. Ademais, adota-se, na análise dos textos, a abordagem descrita por Curiel como antropología da dominação (*antropología de la dominación*), que “consiste em desvelar as formas, maneiras, estratégias, discursos que vão definindo certos grupos sociais como ‘outros’ e ‘outras’ a partir de lugares de poder e dominação”¹². Nessa linha, diante da ausência de constituintes com identificação LGBTI, pretende-se analisar os discursos proferidos pelos parlamentares a partir da compreensão de que tais discursos são formas de construção das identidades LGBTI enquanto outros estranhos. E, justamente por isso, são discursos permeados pelo estabelecimento de estereótipos irrealis e pela utilização de argumentos falaciosos no debate acerca da constitucionalização ou não da proteção de pessoas LGBTI.

Para tanto, após a coleta dos dados, que será descrita de forma detalhada nas seções que seguem, procedeu-se ao seu estudo por meio do método de análise qualitativa de documentação empírica proposto por Mario Cardano, que se divide em três etapas. São elas: segmentação, qualificação e individuação das relações. A segmentação se refere ao estabelecimento de marcadores, “cuja função consiste na identificação de segmentos relativamente homogêneos para submeter à comparação no interior dos materiais empíricos”¹³.

Mais adiante, a etapa da qualificação é conceituada por Cardano como a “atribuição de uma ou mais propriedades a um determinado segmento da documentação empírica, úteis à sua caracterização”¹⁴. Desse modo, a técnica permite que se aprofunde a dimensão de análise do documento por meio de sua maior especificação. Portanto, para a qualificação dos segmentos, utilizou-se a chamada *template analysis*, proposta por Nigel King¹⁵. O método consiste na composição de grades analíticas a partir da caracterização de cada uma das propriedades identificadas para possibilitar sua comparação. A utilização da *template analysis* pode se dar a partir de duas abordagens principais: indutiva, sendo a grade composta por meio do observado na análise do material, ou dedutiva, por meio da qual se encaixa o encontrado no documento analisado a categorias definidas previamente. Na presente pesquisa, adotou-se uma abordagem indutiva, estabelecendo-se as categorias de análises a partir do contato com os dados e as variáveis encontradas.

Por último, a individuação das relações consiste na análise a partir da comparação das qualificações. Ou, ainda, por meio da separação de determinada qualificação para análise. Sendo assim, nessa última etapa, realizou-se a análise por meio do exame cruzado das qualificações e, também, dos casos desviantes, destringindo a sua distinção com relação aos demais.

Finalmente, é essencial destacar que este artigo descreve um estudo de direito constitucional comparado. Nesse sentido, conforme distinção apontada por Dário Moura Vicente, conduziu-se uma microcomparação ou comparação institucional¹⁶. Trata-se de hipótese na qual se investiga a abordagem dada por determinado ordenamento a um problema jurídico específico (nesse caso, a proteção de pessoas LGBTI na ordem constitucional), em contraste à possibilidade de exame das características gerais do sistema jurídico como um todo, quando se fala em macrocomparação. Por outro lado, no que diz respeito à metodologia de direito comparado, privilegiou-se aquela que busca compreender as causas de determinada situação jurídica, sendo aferida a partir do exame dos registros das assembleias constituintes de cada país.

¹² No original: “consiste en develar las formas, maneras, estrategias, discursos que van definiendo a ciertos grupos sociales como ‘outros’ y ‘outras’ desde lugares de poder y dominación”. CURIEL, Ochy. *La nación heterosexual: análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013. p. 28, tradução nossa.

¹³ CARDANO, Mario. *Manual de pesquisa qualitativa: a contribuição da teoria da argumentação*. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 273.

¹⁴ CARDANO, Mario. *Manual de pesquisa qualitativa: a contribuição da teoria da argumentação*. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 293.

¹⁵ KING, Nigel. Doing template analysis. In: SYMON, Gillian; CASSEL, Catherine. *Qualitative methods in organizational research: core methods and current challenges*. London: Sage Publications, 2012. p. 426-450.

¹⁶ VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2016.

Nesse sentido, seguindo o método comparativo, a observância de outras três etapas é imprescindível: “a) a delimitação do objeto da comparação a realizar; b) a análise dos termos a comparar; e c) a identificação, numa síntese comparativa, das semelhanças e diferenças entre esses termos e das respectivas causas”¹⁷. Sendo assim, delimitou-se a comparação definindo a análise das motivações da ausência de previsão constitucional expressa de direito específicos da população LGBTI, nos contextos constituintes de Brasil e Colômbia. Nesse sentido, os itens jurídicos a serem comparados se constituem a partir das discussões identificadas nos anais, referentes, especificamente, a questões ligadas à orientação sexual e à identidade de gênero.

Em sua proposta de adaptação do direito comparado tradicional à comparação constitucional, José Afonso da Silva frisa que o método comparatista deve seguir as fases de conhecimento, compreensão e comparação¹⁸. Em todas elas, destaca o proeminente papel ocupado pela análise contextual. Nesse sentido, descreve o que chama de hermenêutica contextual “que se refere à exploração da influência do contexto sobre o sentido da Constituição”¹⁹. Assim, identifica a importância do contexto enquanto fator externo (extratexto) essencial à compreensão das normas constitucionais. Nesta investigação, o contexto tem especial relevância, considerando a tentativa de determinação das causas da exclusão de direitos e não de sua previsão.

3 Direitos LGBTI no novo constitucionalismo latino-americano

O fenômeno do Novo Constitucionalismo Latino-Americano representa uma transformação constitucional sem precedentes na região. Nesse sentido, é importante sua diferenciação do chamado *neoconstitucionalismo*. Isso porque, enquanto o neoconstitucionalismo expressa uma corrente doutrinária de teoria do direito (mais do que de teoria da constituição), o NCLA se materializou fora do ambiente acadêmico, partindo da reivindicação dos movimentos sociais²⁰. Também, por isso, as assembleias constituintes presenciaram debates sobre questões antes ignoradas pelas casas legislativas e diplomas normativos da região, principalmente no plano constitucional. Em virtude disso, alguns autores apontam a preocupação com a legitimidade democrática na construção constitucional como uma das principais características do NCLA²¹.

Não obstante, conforme destacado anteriormente, essa legitimidade encontrou sérios limites, principalmente no que se refere a uma representação efetiva, que supere as amarras impostas pelo regime heterossexual. De fato, é possível se identificar uma melhora progressiva no que diz respeito à participação popular e à efetiva legitimidade dos processos constituintes, quando bem observados os distintos países latino-americanos. É também por esse motivo que, embora se reconheça, sem grandes dificuldades, Bolívia e Equador como os maiores representantes do referido movimento, há grandes divergências no que diz respeito ao marco inicial do novo constitucionalismo.

Nesse sentido, Pastor e Dalmau entendem que a Constituição Brasileira de 1988 somente poderia ser caracterizada como neoconstitucionalista, devido a certa carência de legitimidade democrática no processo constituinte, em virtude da ainda forte influência de parlamentares ligados aos regimes ditatoriais prece-

¹⁷ VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 38-39.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 41.

²⁰ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* Valencia: Universidad de Valencia, 2010.

²¹ Nesse sentido, ver: VIEIRA, José Ribas *et al.* Impasses e alternativas em 200 anos de constitucionalismo latino-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 122-132, jul./dez. 2013. PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* Valencia: Universidad de Valencia, 2010. TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direitos fundamentais e constituição: as respostas do neoconstitucionalismo europeu e do novo constitucionalismo latino-americano. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (orgs.). *Direitos e democracia no novo constitucionalismo latino-americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 45-51. SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

dentos. Sendo assim, apontam, de modo mais incisivo, as experiências de Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador como sendo aquelas integrantes do NCLA²².

Por outro lado, há diversos autores que consideram a Constituição Brasileira como o marco inicial que teria dado origem ao que hoje se identifica como NCLA. Nessa linha, destacam que, embora não haja coincidência integral de algumas das características mais despojadas observadas nas constituições posteriores, a Carta brasileira possui suficientes elementos de ruptura com a tradição constitucional anterior para que seja compreendida dentro de um novo movimento, sobretudo no que diz respeito à significativa expansão de direitos²³.

A esse respeito, esta investigação adota a perspectiva dos ciclos constitucionais, proposta por Raquel Yrigoyen Fajardo²⁴. Estabelecendo como ponto de partida a garantia de direitos aos povos indígenas e o reconhecimento da diversidade cultural, a autora estabelece três diferentes ciclos constitucionais nos quais enquadra as recentes transformações no cenário latino-americano. O primeiro ciclo se refere ao chamado constitucionalismo multicultural e está compreendido entre os anos de 1982-1988. Nessa categoria, dentre os países latinos, estariam as constituições da Nicarágua, Guatemala e Brasil. Sua característica principal seria a emergência de novas demandas indígenas e sua consequente inclusão no texto constitucional, juntamente ao reconhecimento da diversidade cultural e ao estabelecimento de direitos indígenas específicos.

Por sua vez, o segundo ciclo, o do constitucionalismo pluricultural, abarca os anos de 1989-2005, englobando os textos constitucionais de Colômbia, México (reforma de 1992), Paraguai, Perú, Bolívia (de 1994 e 2004), Argentina (reforma de 1994), Equador (de 1998) e Venezuela. Nessa segunda classificação, a inserção de nação multiétnica e multicultural, bem como a redefinição do caráter do Estado (reconhecendo-o como pluricultural), somam-se às características apontadas com relação ao ciclo anterior.

Por último, tem-se o ciclo do constitucionalismo plurinacional, do período de 2006-2009, representado pelas constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009. Nesse último ciclo, observa-se uma ruptura mais radical e transformadora. Desse modo, ele é marcado pelo reconhecimento dos povos indígenas enquanto “nações originárias ou nações com autodeterminação ou livre determinação”²⁵. Assim, os povos indígenas recuperam seu poder de autogoverno, reconhecido agora pelo próprio Estado, a partir da refundação do Estado como um pacto entre diferentes povos.

Desse modo, consideramos não somente a Constituição Colombiana, mas também a brasileira como integrante da corrente do novo constitucionalismo. Assim, compreende-se que a investigação conduzida se refere à identificação de características em comum do NCLA.

²² PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, v. 25, p. 7-29, 2010. PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada? Valencia: Universidad de Valencia, 2010. PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Presentación: aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. *El nuevo constitucionalismo en América Latina: memorias del encuentro internacional El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 09-44. PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Gaceta Constitucional*, v. 48, p. 307-328, 2011.

²³ AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: AVRITZER, Leonardo et al. *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 19-42. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo democrático na América Latina. *Revista Vox*, Reduto, v. 01, p. 01-14, jan./jun. 2015.

²⁴ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la decolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 139-159.

²⁵ No original: “naciones originarias o nacionalidades con autodeterminación o libre determinación”. FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la decolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 139-159. p. 9, tradução nossa.

Superadas as divergências de categorização e identificada a referência de classificação das constituições, é importante a identificação da relação entre o NCLA e a proteção das pessoas LGBTI. Como um todo, diversas são as características apontadas do NCLA. Em síntese geral de atributos mais específicos, Leonardo Avritzer destaca o exercício de um novo papel pelo poder judiciário; a ampliação das formas de participação, sobretudo a partir de mecanismos democráticos de participação popular direta e indireta; e a grande ampliação de direitos previstos no texto constitucional, com destaque para aqueles de grupos historicamente oprimidos e que não encontravam tutela do ordenamento jurídico²⁶.

Essa expansão dos direitos é, sem dúvida, um dos traços que possuiria maior potencial de atingir, positivamente, a população LGBTI. Isso porque assim se estabilizou a garantia e o *status* de sujeito de direito a outras identidades subalternas da região, como mulheres, negros e indígenas. Nesse sentido, Streck e Oliveira ressaltam que se tratam de constituições “com alta carga inovadora, rompendo padrões arraigados, emancipadoras de povos tradicionalmente oprimidos, postos à margem do debate público”²⁷. Embora a mera ampliação de direitos não baste para a alteração estrutural do cenário de desigualdades, sendo necessária uma profunda reforma das instituições liberais que foram mantidas praticamente intactas nas alterações constitucionais promovidas, como aponta Gargarella²⁸, tal ampliação não deve ser menosprezada. Desse modo, é importante a identificação dos direitos LGBTI nessa ampliação no contexto latino-americano.

Nesse sentido, é comum que se aponte e valorize o marco da diversidade nas constituições do NCLA²⁹, ou, ainda, a ampliação do conceito de cidadania nessas novas conformações constitucionais³⁰. Todavia, tanto a diversidade quanto a ampliação da cidadania continuam atuando de forma limitada no novo constitucionalismo, encontrando, na tutela das pessoas LGBTI, uma de suas principais barreiras. Principalmente amparadas no regime heterossexual, as subversões de gênero e sexualidade ainda se mostram como tabus quase intransponíveis aos poderes hegemônicos constituintes.

A respeito disso, destaca-se que apenas as constituições de Equador e Bolívia possuem previsão de direito específico de pessoas LGBTI desde sua promulgação, enquanto a Constituição Mexicana passou a contar com uma menção, adicionada por emenda no ano de 2011. Sob essa perspectiva, Equador e Bolívia apresentam vedação expressa à discriminação com base em orientação sexual e em identidade de gênero. Por outro lado, a carta mexicana proíbe o tratamento discriminatório motivado por “preferências sexuais”. Ademais, o texto boliviano consagra a garantia do exercício de direitos sexuais e reprodutivos. Por fim, a Constituição equatoriana ainda prevê a tutela do direito de “escolha” livre e segura da orientação sexual, além de impor o dever de respeito e reconhecimento pelos equatorianos da orientação e identidade sexual e de assegurar a liberdade estética. Os demais textos não possuem qualquer previsão de direitos específicos a essas pessoas³¹. Nessa linha, é possível observar um certo aprimoramento da proteção à medida que se avançou nos ciclos constitucionais.

Diante disso, percebe-se que foram poucos os processos constituintes no NCLA que abarcaram as pessoas LGBTI, mesmo assim, de forma precária, com escassa previsão de direitos. Em contraste, Brasil e

²⁶ AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 19-42.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Reflexões sobre o novo constitucionalismo latino-americano. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Direitos e democracia no novo constitucionalismo latino-americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 119-144. p. 119.

²⁸ GARGARELLA, Roberto. Latin american constitutionalism: social rights and the “Engine Room” of the Constitution. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, Notre Dame, v. 4, n. 1, p. 8-18, 2014.

²⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo latino-americano 2: rupturas – diversidade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 28, p. 10-19, jan./abr. 2016.

³⁰ BELLO, Enzo. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 7, n. 1, p. 49-61, jan./abr. 2015.

³¹ LELIS, Rafael Carrano. *Em busca das cores latino-americanas: uma análise da proteção constitucional dos direitos LGBTIs na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Colômbia se destacam como os dois países mais avançados na proteção constitucional desses direitos pela via judicial, não obstante a ausência de direitos positivados, diferentemente da Argentina, que obteve avanços por meio de legislação ordinária³².

Desse modo, a presente investigação busca compreender quais motivos levaram à não inclusão de direitos LGBTI específicos nas constituições dos países que hoje contam com o maior índice protetivo no nível constitucional, em virtude de importantes decisões do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e da Corte Constitucional Colombiana. A proteção pela via do poder judiciário, caracterizada a partir do fenômeno da judicialização de demandas políticas, algo inerente às constituições com pauta alargada de direitos³³, embora importante, caracteriza-se como precária, tendo em vista a menor segurança jurídica, quando comparado ao texto positivo.

Assim, a identificação dos fatores que levaram à exclusão desses direitos, seja por argumentos contrários ou pela ausência de debates relativos à temática, torna-se essencial para compreender os motivos e o contexto em que se deu a constituinte e a participação das pessoas LGBTI nesse processo. É o que se pretende fazer nas seções seguintes.

4 Os direitos LGBTI na Assembleia Nacional Constituinte Brasileira de 1987-88

Embora a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 (ANCB) contasse com uma maioria de parlamentares conservadores ou do chamado “centrão”, o texto que dela resultou, a Constituição de 1988, mostrou-se, em grande medida, progressista. Isso se deveu a uma série de fatores institucionais e conjunturais, que possibilitaram que setores da esquerda explorassem determinadas previsões regimentais para costurar enunciados mais progressistas e aliados a seus ideais³⁴. Contudo, tais estratégias não foram suficientes para que obtivessem êxito na consagração de direitos às pessoas LGBTI, especialmente a vedação à discriminação com base em orientação sexual, principal pleito daqueles que representaram o movimento na Constituinte.

Desse modo, partiu-se à análise dos registros dos anais³⁵ da Constituinte, com a intenção de compreender os argumentos utilizados para impedir a positivação de direitos LGBTI no texto constitucional brasileiro.

Para a seleção dos debates pertinentes a serem analisados, utilizou-se da busca por palavras-chave nas atas das seções. Inicialmente, as palavras definidas para busca foram: orientação sexual; identidade de gênero; sexualidade; sexual; gay; lésbica; travesti; transexual; homossexual; bissexual; homofobia; transfobia; e sexuais. Após o contato inicial com os dados, incluiu-se, dentre os termos de busca, a palavra “homossexualismo”, devido à percepção de seu uso frequente pelos parlamentares, não obstante seu caráter pejorativo, já configurado à época. Destaca-se que, embora alguns dos termos escolhidos possam parecer anacrônicos para a época examinada, optou-se pela definição de um leque amplo de termos, ainda que já prevendo a completa ausência de alguns, para que nenhuma discussão relevante fosse perdida.

Desse modo, os termos acima enumerados foram buscados em cada uma das atas de plenário, das comissões e das submissões, na ordem em que foram descritos. A partir do que se encontrou, foram extraídos os

³² CORRALES, Javier. Understanding the uneven spread of LGBT rights in Latin America and the Caribbean, 1999-2013. *Journal of Research in Gender Studies*, New York, v. 7, n. 1, p. 52-82, 2017.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 23-32, 2012.

³⁴ PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

³⁵ Disponíveis em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em: 20 jan. 2019.

debates pertinentes ao tema desta pesquisa, juntamente do seu contexto, tendo as discussões sido separadas de acordo com a comissão ou subcomissão temática à qual pertenciam ou de acordo com as datas das atas, quando se referiam às discussões do plenário. Quando sistematizados em um só documento, os trechos extraídos somaram cerca de setenta páginas que diziam respeito, exclusivamente, a questões afetas à temática LGBTI (principalmente LGB, como será apontado).

Tendo em vista o grande volume de dados encontrados e a necessidade de seu tratamento cuidadoso, optou-se por, nesta etapa da investigação, examinar apenas as discussões travadas nas plenárias, por se entender que elas seriam mais fidedignas a uma visão geral do pensamento dos constituintes, uma vez que as sessões eram compostas, potencialmente, por todos os parlamentares constituintes. Ademais, esperava-se que os argumentos utilizados já tivessem passado por algum nível de reflexão e aprimoramento, uma vez que, conforme previsão regimental, as discussões e elaborações textuais se iniciaram nas subcomissões temáticas, que repassaram seus anteprojetos às comissões, tendo todos sido apreciados também pela Comissão de Sistematização, antes da entrega final do projeto de constituição ao plenário da ANCB³⁶.

Como se sabe, até antes da legislatura que se iniciou em 2019, o Brasil havia tido apenas dois representantes no congresso nacional que se identificavam publicamente como LGBTI, sendo eles Jean Wyllys e Clodovil Hernandez, ambos se identificando como homossexuais cisgêneros, embora apenas o primeiro deles tenha efetivamente lutado por pautas representativas da população LGBTI³⁷. Em contrapartida, conclui-se que não participou da ANCB nenhuma pessoa LGBTI, ao menos no que diz respeito à publicização da identidade. Tal fator torna propício que se realize a análise dos dados a partir da perspectiva da antropologia da dominação, proposta por Ochy Curriel³⁸. Trata-se, portanto, de compreender os argumentos e as discussões como travadas entre pessoas não LGBTI, moldando as identidades LGBTI como outros não integrantes do espaço deliberativo. Tal abordagem é essencial para a percepção dos argumentos proferidos, mesmo por aqueles defensores dos direitos dessa população, bem como nas influências que isso pode ter tido no resultado final.

O exame dos anais, de forma geral, indicou que a discussão relativa a direitos LGBTI se restringiu, majoritariamente, à inclusão ou não da vedação à discriminação com base em orientação sexual (ou variações do mesmo termo, como comportamento sexual, opção sexual etc.). Não por coincidência, essa foi a principal aposta feita pelo movimento homossexual institucionalizado no âmbito da Constituinte. Desse modo, o único representante homossexual a falar em nome da causa em audiência pública na ANCB³⁹, João Antônio de Souza Mascarenhas, integrante da organização Triângulo Rosa, apontou essa como a demanda básica objetivada pelo movimento.

Contudo, não se pode deixar de notar que a definição de apenas essa reivindicação essencial não incluiria uma proteção constitucional contra discriminação a pessoas travestis, transexuais e transgêneros⁴⁰. Ocorre,

³⁶ PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

³⁷ CORRALES, Javier. *LGBT rights and representation in Latin America and the Caribbean: the influence of structure, movements, institutions, and culture*. University of North Carolina: LGBT Representation and Rights Initiative, 2015.

³⁸ CURIEL, Ochy. *La nación heterosexual: análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013.

³⁹ João Mascarenhas participou de audiências em duas subcomissões diferentes, sendo elas: a Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais; e a Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias.

⁴⁰ Ainda que não se utilizassem, necessariamente, os mesmos termos, já se observava, à época, a diferenciação entre pessoas trans (especialmente as travestis) e homossexuais. Nesse sentido, destaca-se a seguinte passagem, marcada pela transfobia, do discurso do representante do Triângulo Rosa em uma das subcomissões da Constituinte: “É comum fazerem uma falsa identificação entre o homossexual e o travestiprostituto. O Jornal do Brasil, que é um dos jornais mais respeitados do País, põe assim: ‘Operação pudor: polícia prende prostitutas e travestis’. Em seguida, vem no corpo da notícia onde os travestis já não são mais travestis. Primeiro eles não eram travestis, eram travestisprostitutos. Realmente, a qualificação deles não era importante. No caso, era a prostituição, não o fato deles se vestirem de mulher. Prostitutas, continuam no corpo da notícia, como prostitutas. E os travestis-prostitutos passam a ser, pura e simplesmente, os homossexuais. O leitor desavisado lê aquilo e termina pensando que homossexual é travesti-prostituto. O que é uma coisa horrorosa”. Em: BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. Atas da Subcomissão dos Negros, Populações

porém, que, como aponta a historiografia especializada, ainda ao final dos anos oitenta, o movimento hoje caracterizado como LGBTI possuía uma conformação com escassa diversidade, compondo-se, majoritariamente, de pessoas homossexuais cisgêneras e, em geral, focalizando nas demandas de liberação sexual privilegiadas por homens gays brancos. Desse modo, a representação trans no próprio movimento organizado que obtinha visibilidade era extremamente baixa, devido, entre outros, a fatores endógenos excludentes das próprias organizações⁴¹. Nesse sentido, as principais demandas (em nível organizacional-institucional) da década foram traçadas e encabeçadas por dois grupos de predominância homossexual, o Triângulo Rosa e o Grupo Gay da Bahia, sendo elas: a campanha pela retirada da *homossexualidade* do Código de Classificação de Doenças do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS), que foi alcançada em 1985; e a inclusão da proibição de discriminação por orientação sexual no novo texto constitucional, demanda que não obteve êxito⁴².

Sendo assim, após a análise de todos os trechos selecionados referentes às atas de plenário, os argumentos encontrados foram segmentados em duas seções: argumentos positivos (ou favoráveis), com relação ao pleito de inclusão de orientação sexual; e argumentos negativos (ou contrários), com relação às demandas específicas do movimento veiculadas à época. Posteriormente, cada uma das segmentações foi qualificada a partir da categorização indutiva dos diferentes tipos de argumentos encontrados. Daqueles argumentos classificados como *positivos* derivaram duas categorias, conforme disposição na Tabela 01 (que inclui exemplos para as categorias de argumentos estabelecidas), qualificadas como *defesa geral* e *defesa específica*.

Tabela 01 - Tipos de Argumentos Positivos

Categoria	Exemplo
Defesa Geral	<p>“O SR. NILSON GIBSON (PMDB – PE Pronuncia o seguinte discurso.): – Sr. Presidente, Sr^{as} e Srs. Constituintes, presto, inicialmente, minhas homenagens às mulheres Constituintes eleitas para redigirem a nova Carta política a ser aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte [...]. Todavia, deixando de lado os acontecimentos históricos da luta pela libertação da mulher, registro que as conhecidas minorias brasileiras nunca estiveram tão ativas politicamente. Mulheres (tratadas como minoria, do ponto de vista político), negros, índios, paraplégicos, homossexuais, idosos, grupos ecológicos e esotéricos das mais diferentes linhas estão mobilizados suprapartidariamente para trazer suas contribuições à Constituinte. Em comum, esses setores trarão à Assembléia Nacional Constituinte sugestões pela [sic] quais lutarão: o fim das classificações discriminatórias e o princípio da igualdade entre todos os brasileiros. [...] os homossexuais, [pedem] liberdade de opção sexual”⁴¹ (grifo nosso).</p>

Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Ata da 8ª Reunião Ordinária Realizada em 29 de abril de 1987. p. 101. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c_Subcomissao_Dos_Negros_Populacoes_Indigenas.pdf.

⁴¹ FACCHINI, Regina. *Sopa de letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 1990*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

⁴² SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.

Categoria	Exemplo
Defesa Específica	<p>O SR. JOSÉ GENOÍNO (PT – SP. Sem revisão do orador): [...] A nossa proposição refere-se exatamente ao inciso III do art. 3º que diz. “III – promover a superação dos preconceitos de raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação.” Queremos acrescentar “orientação sexual”, e há uma confusão em relação à orientação sexual. Muitos Constituintes afirmam que a Carta Constitucional está orientando a opção sexual. Não é verdade! O que nós estamos colocando aqui é que aquelas pessoas que façam diferentes opções sexuais, movidas por uma determinada orientação, não sofram discriminação [...]. Quero entrar na questão crucial e sei que esta questão certamente colocará objeção à votação dessa emenda: é no que diz respeito ao problema do homossexualismo. Mas é bom deixar bem claro que se nós não colocarmos orientação sexual não estaremos combatendo um preconceito que existe em relação aos heterossexuais, aos homossexuais e aos bissexuais.”²² (Grifo nosso)</p>
<p>1 BRASIL. <i>Anais da Assembleia Nacional Constituinte</i>. Atas de Plenário. Ata da 29ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 9 de março de 1987. p. 13. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N002.pdf. 2 BRASIL. <i>Anais da Assembleia Nacional Constituinte</i>. Atas de Plenário. Ata da 189ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 28 de janeiro de 1988. p. 422. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N011.pdf.</p>	

Foram compreendidos na categoria *defesa geral* aquelas intervenções realizadas pelos constituintes que falavam em favor da proteção ou reconhecimento de direitos de grupos oprimidos (via de regra caracterizados pelos parlamentares como “minorias”) de maneira abrangente, não focalizando em uma temática específica, mas incluindo algum termo que remetesse a pessoas LGBTI. Foi esse o tipo de argumento mais recorrente, dentre os positivos, nas discussões no plenário. De forma geral, foi utilizado pelos constituintes para frisar o importante passo que se dava com a nova constituição na proteção desses grupos ou, ainda, ressaltar os casos históricos de discriminação e de ausência de amparo legal a tais grupos. É o que se vê em alguns exemplos destacados:

O SR. VLADIMIR PALMEIRA (PT – RJ. Sem revisão do orador): [...] Nós queremos que, nesta Constituição, **se tomem medidas efetivas contra a discriminação**, seja de raça, de cor, de religião, de classe ou de **orientação sexual**. Não é mais possível, simplesmente, um bom parágrafo, dizendo que não é recomendável a discriminação. Nós queremos uma alteração profunda, com a penal nação [*sic*] daqueles que violem o princípio legal. Queremos que se estabeleça uma punição efetiva para aqueles que insistem em discriminar, de qualquer forma que seja⁴³. (Grifo nosso).

A SRA. BENEDITA DA SILVA (PT – RJ. Sem revisão da oradora): [...] Na visão de contribuir para a construção de uma sociedade pluralista e democrática, é fundamental garantir a liberdade de organização e expressão independentemente de “nascimento, etnia, raça, cor, sexo, trabalho, religião, **orientação sexual**, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física mental ou sensorial e qualquer particularidade ou condição social”, conforme reza o art. 1º do nosso anteprojeto e seus parágrafos⁴⁴. (Grifo nosso).

⁴³ BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. Atas de Plenário. Ata da 47ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 8 de abril de 1987. p. 179. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N003.pdf>.

⁴⁴ BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. Atas de Plenário. Ata da 88ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em

Conforme observado, trata-se de uma menção que não tem por intuito, propriamente, argumentar em favor da manutenção ou inclusão de direitos LGBTI. Desse modo, ainda que uma lembrança importante, não colabora, de forma direta, para a concretização da previsão constitucional. Tendo sido a aparição mais recorrente nas atas de plenário, identifica-se que a pauta talvez não tenha sido elencada como prioridade, nem mesmo entre os progressistas. Como será visto, apenas uma vez se levantou um argumento de defesa específica⁴⁵.

A respeito dessa questão, destaca-se a importância do fator da representação, não somente enquanto elemento de garantia de uma legitimidade real do processo constituinte, conforme apontado por Ochy Curiel⁴⁶, mas, essencialmente, enquanto dimensão de efetivação de justiça. É nesse sentido que Nancy Fraser ressalta que a representação, em sua faceta político-comum, é imprescindível para a adequada veiculação de demandas por redistribuição e reconhecimento, integrando uma dimensão autônoma da própria justiça⁴⁷.

Por outro lado, os argumentos de *defesa específica* foram utilizados para classificar aquelas intervenções voltadas exclusivamente ao reconhecimento de direitos LGBTI. No caso em questão, à defesa da inclusão do termo orientação sexual no rol de discriminações vedadas constitucionalmente. Conforme anteriormente ressaltado, sua aparição nas atas de plenário se deu apenas uma vez, a partir de fala do constituinte José Genoíno (PT-SP) em defesa de sua proposta de Emenda Aditiva nº 1225, que objetivava a inclusão do termo orientação sexual no artigo terceiro da Constituição⁴⁸. É de sua fala que se retirou o exemplo elencado na Tabela 01. Na ocasião, o proponente realizou engenhosa argumentação, tentando traçar, entre outros argumentos, uma correlação entre o termo e uma proteção a figuras religiosas, muito provavelmente buscando dissuadir aqueles constituintes que frequentemente se apegavam a argumentos também religiosos para negar a possibilidade de inserção do termo no texto constitucional. É o trecho que se destaca:

O que nós estamos colocando aqui é que aquelas pessoas que façam **diferentes opções sexuais**, movidas por uma determinada orientação, não sofram discriminação. O padre e a freira, por exemplo, recebem uma determinada **orientação sexual**. Isto é uma **orientação sexual**. Eles não podem ser discriminados. **O celibatário faz uma opção sexual**, recebe uma **orientação sexual**, portanto, não pode ser discriminado⁴⁹. (Grifo nosso).

Não é possível inferir se o constituinte seguiu tal linha de argumentação consciente dos equívocos da correlação traçada (efetivamente atuando de forma estratégica) ou se realmente entendia como pertinente a comparação. O certo é que, mesmo na defesa da positivação do referido direito, cometeram-se diversos equívocos, como no trecho destacado, com relação aos significados, vivências e expectativas das próprias pessoas LGBTI. Trata-se, certamente, de uma das consequências da ausência de representação LGBTI na constituinte, não somente de uma representação descritiva (por presença), mas também substantiva (por agenda) de forma devidamente informada. Em seguida, o parlamentar continuou sua defesa evidenciando as formas de discriminação contra homossexuais no Brasil à época, o que justificaria a necessidade de positivação dessa proteção específica. Entretanto, não obstante seus esforços, a emenda aditiva foi rejeitada com 317 votos contrários, 130 favoráveis e 14 abstenções⁵⁰.

23 de junho de 1987. p. 517-518. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N005.pdf>.

⁴⁵ Tal análise se refere apenas à participação em plenário, uma vez que houve importantes defesas específicas nas comissões e subcomissões realizadas por diferentes constituintes, em especial José Genoíno (PT-SP), Benedita da Silva (PT-RJ) e José Paulo Bisol (PMDB-RS).

⁴⁶ CURIEL, Ochy. *La nación heterosexual: análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013.

⁴⁷ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, v. 77, p. 11-39, 2009.

⁴⁸ BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. Atas de Plenário. Ata da 189ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 28 de janeiro de 1988. p. 422. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N011.pdf>.

⁴⁹ BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. Atas de Plenário. Ata da 189ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 28 de janeiro de 1988. p. 422. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N011.pdf>.

⁵⁰ BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. Atas de Plenário. Ata da 189ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 28 de janeiro de 1988. p. 423. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N011.pdf>.

Passada a breve análise dos argumentos positivos, segue-se ao exame dos posicionamentos negativos, que se mostraram mais numerosos e variados no plenário. Assim, a Tabela 02 evidencia as categorias estabelecidas para as diferentes justificações apontadas pelos parlamentares em sua recusa à previsão de direitos LGBTI.

Tabela 02 - Tipos de Argumentos Negativos

Categoria	Exemplo
Base Religiosa	<p>“ELIEL RODRIGUES (PMDB – PA. Pronuncia o seguinte discurso): [...] Como Engenheiro Civil e membro da Igreja Evangélica “Assembléia de Deus” [...] Estamos empenhados em trabalhar num espírito de solidariedade cristã, unido aos demais de mesmo ideal, na busca dos altos interesses e necessidades do Povo brasileiro. Dentro dos princípios contidos nas Sagradas Escrituras, propomo-nos apresentar diretrizes que promovam o bem-estar social, político, moral e espiritual da nacionalidade brasileira, norteados pelos parâmetros da justiça, do juízo e da equidade [...] Pretendemos uma legislação em que a paternidade e a maternidade se tornem algo de responsabilidade, tanto perante Deus como ante a sociedade, contribuindo para reduzir o problema do menor abandonado e da delinqüência juvenil. Daí a nossa preocupação de que se devem tomar medidas contrárias a atual prática do amor livre e do homossexualismo, pelos visíveis prejuízos que causam a toda a sociedade, como é o caso da recente epidemia da AIDS. [...] feliz é a nação cujo Deus é o Senhor”.³ (grifo nosso)</p>
Repugnância	<p>“O SR. CONSTITUINTE VALMIR CAMPELO (PFL – DF. Pronuncia o seguinte discurso): [...] Sr. Presidente, entre tantos assuntos a serem tratados na lei maior, todos de grande importância para a organização política do País, acredito que devemos focalizar com especial carinho o título que trata da Ordem Social e, dentro dele, o capítulo referente à família, ela que é célula básica da sociedade. [...] Nesse vagar pelas ruas e pelas praças misturam-se ao que há de pior na sociedade, a começar pelos homossexuais e prostitutas, habituais frequentadores da noite.”²⁴ (Grifo nosso)</p>

Categoria	Exemplo
Consequencialismo Falacioso	<p>“O SR. SALATIEL CARVALHO (PFL – PE. Pronuncia o seguinte discurso): [...] A inclusão da expressão “Orientação Sexual” na alínea “f” inciso III, art. 12, passa a estabelecer a garantia constitucional aos portadores e praticantes de qualquer impulso, tendência ou inclinação sexual. Permitir que tal expressão seja mantida no texto do Projeto é, no mínimo, contribuir para uma Constituição contraditória, já que consideramos fundamental e básico a nova Carta Constitucional ser precisa e clara nos dispositivos que defenderão a moral, os bons costumes e a família. Que tipo de impulso, tendência ou inclinação sexual visa garantir o referido Projeto? A contradição a que nos referimos vai resultar na cobertura legal que terão os portadores de desvios ou taras sexuais, os quais terão um preceito constitucional que poderá ser invocado para justificar comportamentos sexuais anormais, porém definidos como inclinação ou tendência sexual. Sem dúvida, esta situação vai gerar confronto com as leis destinadas a punir a prática de aberrações e desvios, que poderão, inclusive, gerar a violência sexual e os conseqüentes malefícios. É sabido que a inclusão do termo “Orientação Sexual” atende à solicitação dos grupos homossexuais. Se o parágrafo pretende garantir constitucionalmente o homossexualismo, já é falho por garantir uma anormalidade sexual, que, mesmo sendo uma realidade, não deve receber garantia constitucional explícita. Como pessoa humana os homossexuais serão contemplados com o princípio constitucional da igualdade perante a lei. Somos, portanto, pela supressão do termo “Orientação Sexual”, o que evitará ambigüidades na interpretação da nova lei, que aspiramos seja também concisa e definitiva. Era o que tinha a dizer, Sr. Presidente.”⁵ (grifo nosso)</p>
3	BRASIL. <i>Anais da Assembleia Nacional Constituinte</i> . Atas de Plenário. Ata da 23ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 24 de fevereiro de 1987. p. 529. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N001.pdf .
4	BRASIL. <i>Anais da Assembleia Nacional Constituinte</i> . Atas de Plenário. Ata da 76ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 03 de junho de 1987. p. 81. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N005.pdf .
5	BRASIL. <i>Anais da Assembleia Nacional Constituinte</i> . Atas de Plenário. Ata da 141ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 18 de agosto de 1987. p. 96-97. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N008.pdf .

Como se observa, a maior frequência das manifestações negativas ocasionou, também, sua diferenciação em mais classificações, dessa vez sendo qualificadas em três diferentes categorias: *base religiosa*, *repugnância* e *consequencialismo falacioso*.

O primeiro deles, também o mais frequente, engloba as declarações que se embasaram em elementos

de matriz religiosa (dogmas, textos bíblicos etc.) para negar a proteção constitucional a homossexuais por meio da condenação de suas práticas sexuais. Todas as manifestações desse tipo foram realizadas com base, exclusivamente, em crenças cristãs. Algo irônico, quando se considera que foi a mesma Assembleia Constituinte que consagrou a laicidade estatal por meio do reconhecimento da liberdade de crença e exercício de cultos religiosos, consoante art. 5º, VI, da atual Constituição brasileira. Além disso, observou-se que os grupos religiosos foram aqueles mais empenhados (e articulados) na retirada do termo orientação sexual do texto final e seus argumentos enfocavam sua moral religiosa sob perspectiva universal, como se devesse ser aplicada a todos, como nos exemplos abaixo:

ELIEL RODRIGUES (PMDB – PA. Pronuncia o seguinte discurso.): Sr. Presidente, Srs. Constituintes. Ceio [sic], sinceramente, que estamos todos empenhados na solução dos diversos problemas que se abatem sobre a nossa querida Pátria. **Urn [sic] deles, bem recente é relativo à AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida)**, doença ainda sem cura, que já registrou mais de 1.300 casos no Brasil, a partir de 1982. [...] Assim sendo, é dos mais louváveis e oportuno o propósito do Ministério da Saúde, em combater esse flagelo, numa luta sem fronteiras, ao qual todos devemos unir-nos. **Achamos, contudo, que, como cristãos devemos ter uma palavra que aborde mais profundamente o assunto, buscando seu fundamento e raízes**, para erradicá-lo. Com isso estaremos contribuindo em benefício da população brasileira, trazendo-lhe ao conhecimento que a origem dessa enfermidade resulta de um inteiro **desvirtuamento dos princípios naturais e salutareis, estabelecidos por Deus, para o relacionamento sexual da raça humana**. Tão sério é esse **desvio do comportamento normal humano**, em suas origens, que Deus, já nos primórdios da História, teve de intervir, destruindo, entre outras, as cidades de Sodoma e Gomorra, por suas extremadas devassidões. É, portanto, com sobeja razão que, divinamente inspirado, o apóstolo São Paulo, escrevendo sua epístola aos cristãos romanos, assim se expressa: [...] ‘E, semelhantemente, também os varões, deixando o uso natural da mulher, **se inflamaram sua sensualidade uns para com os outros, varão com varão**, comentendo [sic] torpeza e recebendo em si mesmos a recompensa que convinha ao seu erro [...] Os quais, conhecendo a justiça de Deus (que **são dignos de morte os que tal coisa praticam**), não somente as fazem, mas também consentem aos que as fazem.’ [...] É meu intuito, portanto, ao ocupar novamente a tribuna desta assembléia, conclamar os ilustres constituintes para que, ao elaborarmos nossa Carta Magna, busquemos **dotá-la de princípios morais, não tolerando a prática do homossexualismo e do sexo livre**, pelos males que trazem em seu bojo, entre eles a terrível AIDS. Creio que; neste pronunciamento, Sr. Presidente, **estamos representando o sentimento e a consciência de milhões de cristãos brasileiros**, [...] apesar de sua etiologia biológica, essa doença degenerativa tem conotação maligna. Infelizmente **se caracteriza ela como um mal necessário, um mal de reparação moral**, um castigo da própria natureza vilipendiada, pois tudo que alguém semear também colherá.⁵¹ (Grifo nosso)

O SR. JOÃO DE DEUS ANTUNES (PDT RS. Sem revisão do orador.): – Sr. Presidente, Srs. Constituintes: Assomamos a esta tribuna para manifestar a nossa **alegria pelo fato desta Assembléia Nacional Constituinte contar, desde ontem, com um exemplar da Bíblia Sagrada**. [...] Quando a **imoralidade assume papel de destaque no seio da nossa sociedade**, quando grupos satânicos e perversos disseminam veneno sobre nossos jovens, através do nudismo, **homossexualismo**, revistas pornográficas, Je Vous Salue Marie, Teledeum, e tantas outras perversidades que pervertem o sentido humano, **nós damos Graças a Deus por vermos os cristãos unidos na sua fé**, ainda que existam diferenças nos nossos pontos de vista, políticos ideológicos, estamos convictos de que, na palavra de Deus, o homem encontra a bússola que norteia seus verdadeiros ideais na direção do Espírito Santo de Deus.⁵² (Grifo nosso)

O SR. SALATIEL CARVALHO (PFL – PE. Pronuncia o seguinte discurso.): [...] Outra questão polêmica enfrentamos na Comissão da Ordem Social, que tratou das minorias e onde os **homossexuais reivindicaram a legalização dos seus movimentos e direitos na futura Constituição**. Esta é uma batalha que ainda não terminou. Apesar do nosso veemente protesto, também registrado pela imprensa, os **membros da Comissão votaram favoravelmente aos interesses dos homossexuais**, ficando no

⁵¹ BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. Atas de Plenário. Ata da 29ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 09 de março de 1987. p. 07-08. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N002.pdf>.

⁵² BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. Atas de Plenário. Ata da 40ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 26 de março de 1987. p. 326. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N002.pdf>.

texto do anteprojeto a garantia constitucional para o exercício de qualquer **comportamento sexual**. [...] Mais do que nunca vamos precisar das orações dos evangélicos de todo o Brasil. [...] A nossa estratégia é agregar à bancada evangélica outros Constituintes não evangélicos e formarmos um bloco para votarmos unido [sic] em defesa das questões de maior relevância para que possamos garantir uma Constituição limpa e justa, baseada nos princípios cristãos e que possa honrar a Nação brasileira, bem como garantir ampla liberdade para que o Evangelho continue sendo pregado com todo o vigor.⁵³ (Grifo nosso)

O encontrado reforça o fato de as religiões de matriz cristã serem historicamente conservadoras com relação a questões de diversidade sexual e de gênero, caracterizadas por diversos casos de intolerância com relação a pessoas LGBTI. Essa realidade permanece se manifestando de forma institucionalizada, ainda no Brasil de hoje, no qual a chamada “Frente Parlamentar Evangélica” continua atuando de forma conjunta e contrária a quaisquer projetos voltados à proteção de indivíduos LGBTI⁵⁴.

Avançando na análise, a segunda categoria de justificações foi nomeada com inspiração naquilo que Martha Nussbaum caracteriza como *politics of disgust* (política da repugnância), a partir da qual descreve prática de completa aversão e repulsa a comportamentos e pessoas homossexuais. Segundo a autora, trata-se de uma forma de negação da humanidade completa desses indivíduos⁵⁵. Nesse sentido, embora também a maioria das argumentações de base religiosa apontassem para uma repugnância dos parlamentares com relação aos indivíduos LGBTI, essa categoria abarcou aquelas falas que expressavam sua repulsa de forma autônoma, sem vinculação a posicionamentos religiosos.

Trata-se, nesses casos, de expressão da homofobia em seu modo irracional (afetivo ou psicológico), conforme categorizado pelo argentino Daniel Borrillo. Segundo o autor, tal manifestação se caracteriza pela condenação à homossexualidade, sendo vista como um “sentimento de medo, aversão e repulsa”⁵⁶ por gays e lésbicas, tratando-se de uma “verdadeira manifestação emotiva, do tipo fóbico, comparável à apreensão que pode ser experimentada em espaços fechados (claustrofobia) ou diante de certos animais (zoofobia)”⁵⁷. Essa forma se contrasta com a homofobia cognitiva (ou social), marcada pela tentativa de perpetuação da diferenciação entre homo e heterossexuais, que se materializa na negação de direitos a esses indivíduos, ainda que não possuam aversão pública a eles⁵⁸. Exemplos dessa segunda forma, mais sofisticada, não apareceram de forma explícita nas discussões de plenário (embora a negação de direitos esteja, obviamente, sempre vinculada aos casos de repugnância), mas foram frequentes, sobretudo, nos debates das comissões e subcomissões. Nesse sentido, repetiram-se falas de constituintes que indicavam não possuir preconceitos contra homossexuais, mas que acreditam ser um exagero a previsão constitucional de direitos.

Ainda nessa categoria de argumentos, foram reiteradas expressões, também, de transfobia pelos parlamentares constituintes. Nesse sentido, destacam-se duas falas, abordando o mesmo fato:

O SR. FRANCISCO ROLLEMBERG: [...] Ontem nos foi apresentado um grupo de **homossexuais masculinos**, envelhecidos, encanecidos, a injetarem-se para criar seios, ampliar nádegas, tornar braços roliços, rostos mais arredondados, para praticarem o **homossexualismo** como profissão [...] Precisamos encontrar uma maneira de orientar os nossos filhos, orientar os nossos jovens, orientar esta geração que está nascendo, está crescendo e vai gerir, conduzir os destinos do Brasil de amanhã. Isto só poderemos fazer se mantivermos a libertinagem afastada da liberdade e da democracia, e cuidarmos de dar aos nossos meninos a educação necessária, básica, moral, religiosa e a **orientação sexual**, no seu momento

⁵³ BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. Atas de Plenário. Ata da 101ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 15 de julho de 1987. p. 301-02. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N006.pdf>.

⁵⁴ VITAL, Christina; LOPES, Paulo Victor Leite. *Religião e política: uma análise da atuação dos parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012.

⁵⁵ NUSSBAUM, Martha C. *From disgust to humanity: sexual orientation and constitutional law*. New York: Oxford University Press, 2010.

⁵⁶ BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016. p. 24.

⁵⁷ BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016. p. 24.

⁵⁸ BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016.

oportuno.⁵⁹ (Grifo nosso)

O SR. JESUS TAJRA: [...] Ontem, chegava eu de São Paulo à meia-noite, sem sono, e liguei a televisão, que estava no canal correspondente à TVS. A cena era a que o Constituinte Nelson Aguiar se referia, com uma particularidade grotesca. Lá estavam os **homossexuais a ensinar como colocar silicone no corpo, um deles, inclusive, fazendo a demonstração. Com uma seringa e uma agulha perfurava o bico do peito de um deles que se chamavam, entre si, de ela.** Era tão chocante, tão repugnante, que imediatamente mudei o canal, pois tornou-se insuportável aquela cena grotesca.⁶⁰ (Grifo nosso)

Embora não se possa definir uma identidade (seja como travesti, seja como transexual) às pessoas descritas pelos parlamentares, uma vez que a identidade, nesses casos, pressupõe a autoidentificação do indivíduo, pode se afirmar que se trata de expressões de gênero não-binárias e não-cisgêneras. Desse modo, seu enquadramento enquanto homossexuais invisibiliza vivências que são mais específicas e sofrem outros tipos de opressão, somando-se à “extensa série de percepções estereotipadas negativas e de atos discriminatórios contra homens e mulheres transexuais e travestis” e de expressão de medo ou ódio com relação às pessoas trans, que caracterizam, em conjunto, práticas transfóbicas⁶¹.

Os exames desses argumentos nos levam, mais uma vez, à importância da representação. Não obstante sejam sempre essenciais, conforme já apontando, os exercícios de representação, tanto descritiva quanto substantiva, nesse caso, parece importante ressaltar um efeito ocasionado, sobretudo, pela representação descritiva. Trata-se, tal modalidade, daquela representação exercida por pessoas que sejam efetivamente LGBTI, podendo ser caracterizada, também, como representação passiva, simbólica ou por presença. Conforme aponta Andrew Reynolds, em ampla investigação empírica realizada sobre o tema, a maior presença de legisladores LGBTI publicamente assumidos nos parlamentos tem relação direta com o avanço na aprovação de propostas legislativas voltadas a essa população. O autor ressalta que a presença de pessoas gays, lésbicas, bissexuais ou trans, nas casas legislativas, possui um efeito transformativo nas ações, visões e votos de parlamentares heterossexuais e cisgêneros. Isso porque a convivência com indivíduos LGBTI aumenta sua empatia com relação ao grupo, pois torna mais próximas suas realidades, que deixam de ser vivências de “outros abstratos”. É o que o autor identificou como “familiaridade por presença”⁶².

Nesse sentido, ainda que não seja garantia, a presença de constituinte LGBTI poderia ter colaborado para a mudança de visão dos parlamentares e talvez evitado a grande frequência de argumentos de repugnância, senão contribuído para a aprovação da inclusão do termo orientação sexual no texto constitucional.

Adiante, o último tipo de argumento negativo encontrado foi caracterizado como *consequencialista falacioso*. Essa categoria representa discursos proferidos por parlamentares que tentavam, de forma alarmista, indicar falsas decorrências da constitucionalização da vedação à discriminação com base em orientação sexual. Nesse sentido, os parlamentares alegaram que tal positividade levaria à legalização de “perversões sexuais” no Brasil, abrindo espaços para diversas práticas, como pedofilia e abusos sexuais, em virtude da suposta indefinição do termo “orientação sexual”. Tal atitude se assemelha ao uso que Jeffrey Weeks deu à ideia “pânico moral” enquanto mecanismo utilizado para delimitação das políticas sexuais (“*shaping of sexual politics*”)⁶³, o qual Gayle Rubin interpretou como caracterizando o “momento político do sexo, durante o qual atitudes

⁵⁹ BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. Atas de Plenário. Ata da 119ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 02 de agosto de 1987. p. 27. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N007.pdf>.

⁶⁰ BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. Atas de Plenário. Ata da 119ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 02 de agosto de 1987. p. 30. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N007.pdf>.

⁶¹ JESUS, Jaqueline Gomes de. Transfobia e crimes de ódio: assassinatos de pessoas transgênero como genocídio. In: MARANHÃO, F.; ALBUQUERQUE, Eduardo Meinberg de (orgs.). *(In)visibilidade trans 2: história agora*, v. 16, n. 2, p. 101-123, 2013. p. 106.

⁶² REYNOLDS, Andrew. Representation and rights: the impact of LGBT legislators in comparative perspective. *American Political Science Review*, Cambridge, v. 107, n. 02, p. 259-274, 2013.

⁶³ WEEKS, Jeffrey. *Sex, politics and society: the regulation of sexuality since 1800*. London: New York: Routledge, 2012. p. 19.

difusas são canalizadas na forma de ação política e, a partir disso, de transformação social”⁶⁴. Assim, ainda que o conceito de pânico moral procure englobar situações sociais mais amplas, as atitudes dos parlamentares constituintes, em sua cruzada contra os direitos homossexuais, podem ser compreendidas sob o prisma de uma expressão localizada de pânico moral, atuando diretamente sobre as dissidências sexuais, a partir da recriminação de seus comportamentos. Nesse sentido, destaca Rubin que “mesmo quando se reconhece que uma atividade é inofensiva, ela pode ser proibida com base na alegação de que ‘leva’ a algo muito pior”⁶⁵. É o que embasa a lógica desse último grupo de argumentos.

Por fim, dentre as falas proferidas na plenária da Assembleia Constituinte Brasileira, ainda merece destaque uma declaração realizada por um dos constituintes do PFL:

O SR. MÁRIO ASSAD (PFL – MG. Pronuncia o seguinte discurso): [...] desse povo pelo qual já passou em julgado os textos do anteprojeto escrito sob o seu atento acompanhamento, **avalizado por fidedignos representante [sic] dos** trabalhadores e dos empresários, dos profissionais liberais e dos funcionários civis e militares; dos professores de escolas públicas e privadas; dos bancários e banqueiros; dos comerciários e dos comerciantes; dos operários e dos industriais; das mulheres, dos negros, dos **homossexuais**.⁶⁶ (Grifo nosso).

Como se vê, o constituinte pretende fazer crer que, a partir da mera participação em audiência pública de apenas *um* ativista gay, em somente duas subcomissões, o texto constitucional (que nem mesmo incluiu aquilo pelo qual tal ativista advogou em sua intervenção) estaria aprovado e legitimado pelos “homossexuais”. Mais uma vez, vê-se, de forma latente, a necessidade, para manutenção de hegemonia, de legitimação do pacto social pelos grupos não hegemônicos e não representados. Isso porque a manutenção dessa hegemonia se constrói, justamente, a partir da submissão, exploração e falsa inclusão dos conjuntos oprimidos. Tenta-se, assim, caracterizar o texto constitucional resultado do pacto hegemônico, heterossexual e cisgênero, enquanto representante de toda nação, falsamente indicando que as pessoas LGBTI estariam abarcadas nesse ideal de nação.

5 Os direitos LGBTI na Assembleia Nacional Constituinte Colombiana de 1991

Em julho de 1991, foi promulgada a Constituição Política da Colômbia, fruto do trabalho da Assembleia Nacional Constituinte Colombiana (ANCC), em substituição à Constituição de 1886. A convocação da ANCC decorreu de pressão popular, em especial por parte do movimento estudantil que incentivou a população a depositar a “sétima cédula”, como meio de se manifestar favoravelmente à convocatória da ANCC, nas urnas referentes às eleições municipais de março de 1990. Em virtude dessa iniciativa, por meio do decreto legislativo nº 927 de 3 de março de 1990, o presidente Virgílio Barco determinou que, no dia das eleições presidenciais de 1990, também fosse votada a possibilidade de instalação da ANCC⁶⁷. Ressalta-se que o referido decreto foi declarado constitucional pela Corte Suprema de Justiça em 24 de maio de 1990, e as eleições ocorreram três dias depois. Apurado o resultado, verificou-se que 5.236.863 de votos, o que equivale a 88% do total, foram favoráveis à convocatória da ANCC⁶⁸.

As eleições para a ANCC foram realizadas em dezembro de 1990, sendo registrada a participação de

⁶⁴ RUBIN, Gayle. *Políticas do sexo*. São Paulo: Ubu Editora, 2017. p. 109.

⁶⁵ RUBIN, Gayle. *Políticas do sexo*. São Paulo: Ubu Editora, 2017. p. 110.

⁶⁶ BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. Atas de Plenário. Ata da 98ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 09 de julho de 1987. p. 169-70. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N006.pdf>.

⁶⁷ CAMARGO, Sergio Roberto Matias. La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Diálogos des saberes*, Bogotá, n. 44, p. 29-44, ene./jun. 2016.

⁶⁸ GUEVARA, Andrés Dávila Ladrón de. *Democracia pactada: el Frente Nacional y el proceso constituyente de 1991 en Colombia*. Lima: Institut Français D'études Andines, 2002.

3.710.557 eleitores, o que representa, apenas, 27,1% do potencial eleitoral⁶⁹. Foram eleitos 70 constituintes, e, em razão de acordos de paz posteriores ao início da ANCC, quatro ex-guerrilheiros também se tornaram membros da assembleia, apesar de apenas dois deles possuírem direito a voto. Apenas quatro constituintes eram mulheres⁷⁰. Destaca-se que nenhum grupo logrou maioria absoluta na ANCC, visto que, com 25 representantes, o Partido Liberal Colombiano foi o que obteve maior representação, enquanto os indígenas, com 2 representantes, obtiveram o menor número⁷¹. Todavia, 44 constituintes eram integrantes de partidos políticos convencionais (Liberais e Conservadores), logo, as forças políticas tradicionais foram dominantes na ANCC⁷².

Foi adotado um modelo descentralizado de condução da ANCC, de modo que havia ausência inicial de projetos, deixando espaço para que, durante as deliberações, fossem apresentadas propostas de diversas iniciativas⁷³. A ANCC foi dividida em cinco comissões permanentes temáticas, além de uma codificadora, cuja missão era sistematizar as discussões e as alterações sugeridas⁷⁴.

Inicialmente, foi realizado o levantamento dos debates realizados no âmbito das comissões, porém, para preservar o paralelismo com relação ao Brasil, apenas as discussões da plenária serão objeto de análise. Nesse sentido, faz-se necessário mencionar que suas reuniões ocorreram em diversos momentos durante o ano de 1991: durante o mês de fevereiro, a plenária promoveu a instalação da ANCC, bem como a formulação do seu regulamento; de maio a meados de junho, foi realizada a primeira rodada de debates dos trabalhos desenvolvidos pelas comissões; e, ao final de junho a 4 de julho, data da promulgação da nova Constituição, realizou-se a última rodada de debates. Todas as atas desses períodos serão analisadas, perfazendo um total de 68 documentos, disponíveis no *site* da *Biblioteca Virtual del Banco de la República*.

Inicialmente, por meio de mecanismos de pesquisa, verificou-se quais atas apresentavam termos que têm relação direta com a temática do presente trabalho, quais sejam: *orientación sexual; identidad de género; sexualidad; sexual; gay; lesbiana; travesti; transexual; homosexual; bisexual; homofobia; transfobia; sexuales; transgénero; homosexualismo*. Tais expressões consistem na versão em espanhol daquelas utilizadas na seção referente ao Brasil.

Antes de expor os resultados, é necessário ressaltar que, aparentemente, as atas encontradas são documentos digitalizados, de modo que, nem sempre, havia o reconhecimento de caracteres. Com isso, apesar de as atas conterem algum termo, poderia acontecer de os mecanismos de busca não identificarem a sua presença. Todavia, nas ocasiões em que essa situação aconteceu, a utilização dos termos mais genéricos, como “*sexual*”, “*sexuales*” e “*sexualidad*”, facilitou a detecção das ocorrências relevantes. A utilização de palavras-chave genéricas também fez com que expressões sem pertinência com a temática do trabalho fossem encontradas, como é o caso de “*abuso sexual*” e “*relaciones sexuales*”, cuja análise foi descartada. Outra dificuldade encontrada foi a mera reprodução das falas dos constituintes, sem que as atas indicassem quem foi o responsável por elas.

No que tange aos resultados, foram encontradas pouquíssimas ocorrências, apenas nos dias 3, 28 e 29 de junho de 1991.

A primeira se referia à discussão sobre administração da justiça e a necessidade de garantia dos direitos

⁶⁹ GUEVARA, Andrés Dávila Ladrón de. *Democracia pactada: el Frente Nacional y el proceso constituyente de 1991 en Colombia*. Lima: Institut Français D'études Andines, 2002.

⁷⁰ CAYCEDO, Claudia Hurtado. *La marcha LGBT: para ampliar el canon de la ciudadanía con las diversidades sexuales*. 2010. Dissertação (Mestrado em Estudios Culturales) – Facultad de Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2010. p. 24.

⁷¹ CURIEL, Ochy. *La nación heterosexual: análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013.

⁷² CAYCEDO, Claudia Hurtado. *La marcha LGBT: para ampliar el canon de la ciudadanía con las diversidades sexuales*. 2010. Dissertação (Mestrado em Estudios Culturales) – Facultad de Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2010. p. 22.

⁷³ HENAO, Néstor Raúl Correa. El proceso constituyente: el caso colombiano. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, n. 91, p. 23-38, 1990.

⁷⁴ GUEVARA, Andrés Dávila Ladrón de. *Democracia pactada: el Frente Nacional y el proceso constituyente de 1991 en Colombia*. Lima: Institut Français D'études Andines, 2002.

humanos, bem como a aplicação das teorias jurídicas contemporâneas, a respeito do crime ser um fato típico, ilícito e culpável:

Mas esta é uma sociedade hipócrita, esta é uma sociedade anticristã, que quando se fala ou quando se cometem delitos, certas pessoas se insensibilizam, não reagem, não se comovem, é uma sociedade anticristã, se os mortos forem os delinquentes sem justa causa, se forem os anciãos, se forem os mendigos, se forem os **homossexuais**, se forem as prostitutas, se forem os anistiados, se forem os que pertencem aos movimentos políticos de esquerda ou de oposição, a sociedade se insensibiliza e por isso temos a criminalidade que temos neste momento, por isso um grande criminólogo Lasañe (sic) dizia que cada sociedade tem a criminalidade que merece e nos disseram em uma administração passada de más recordações para os colombianos, dissimulavam, dissimulavam os crimes, as violações de direitos humanos, com o argumento infame e miserável de que, se havia violações de direitos humanos por parte das autoridades, os delinquentes também violavam, como se a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os pactos internacionais e políticos tivessem sido escritos como código moral para os particulares, quando, na verdade, eram exclusivos para os governos e para as autoridades⁷⁵. (Grifo nosso).

Assim, o constituinte denuncia a visão que considera os homossexuais como uma categoria inferior, levando à negação do seu *status* de sujeitos de direitos humanos. O debate subsequente não abordou tal apon-tamento, limitando-se às discussões relativas à *Procuraduría General de la Nación* e à *Defensoría de los Derechos*, uma vez que suas respectivas regulamentações constituíam o objeto central do debate.

A segunda ocorrência trata da possibilidade de se reconhecer o casamento homoafetivo, conforme cita-ção integral da fala proferida por um constituinte:

Senhor Presidente, não sei como tratar este assunto, mas creio que devo tratar agora porque mais tarde facilmente pode ser dito que não posso sustentar nada verbalmente, como acabamos de aprovar algo em que vejo uma inconsistência, vejo um assunto que pode ser delicado, no artigo 24 que acabam de distribuir diz toda pessoa tem o direito de formar livremente uma família, eu não sei que frase, por não ter o resto do artigo à mão, se substitui o projeto que foi apresentado pela Quinta Comissão sobre direitos da família e que é fundamentalmente diferente, não sei se substitui porque fala da constituição de uma família e o fato de aprovar o artigo 24, o fato de aprovar... eu considero que há necessidade de falar desse tema porque não se pode ocultar a primeira frase de um artigo que pode vir depois, ou poderia ter desaparecido o artigo, Senhor Presidente, desculpe-me, Senhor Presidente, mas não creio que seja prudente, sem conhecer o texto completo votar esse artigo que permite a constituição de famílias **homossexuais**, desculpe-me mas deve ser falado assim com clareza.⁷⁶ (Grifo nosso).

⁷⁵ No original: “Pero es que esta es una sociedad hipócrita, esta es una sociedad anticristiana, que cuando se habla o cuando se cometen delitos, en ciertas personas se insensibiliza, no reacciona, no se conmueve, es una sociedad anticristiana, si los muertos fueron los delinquentes sin justa causa, si fueron los ancianos, si fueron los mendigos, si fueron los homosexuales, si fueron las prostitutas, si fueron los amnistiados, si fueron los que pertenecen a movimientos políticos de izquierda o de oposición, la sociedad se insensibiliza y por eso es por lo que tenemos la criminalidad que tenemos hoy en este momento, por eso un gran criminólogo Lasañe (sic) decía que cada sociedad tiene la criminalidad que se merece y entonces nos dijeron en una administración pasada de ingrato recuerdo para los colombianos, disimulaban los crímenes, las violaciones de los derechos humanos, con el argumento infame y miserable que es que si de parte de las autoridades había violación de los derechos humanos los delinquentes también los violaban, como si la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los pactos internacionales y políticos hubieran sido escritos como código moral para los particulares, cuando lo cierto fué, que fué exclusivamente para los gobiernos y para las autoridades”. COLÓMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. *Informe de la sesión de la plenaria del día 3 de junio de 1991*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente, 1991. p. 33-34. Disponível em: <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll28/id/158/rec/224>. Acesso em: 05 abr. 2019.

⁷⁶ No original: “Señor Presidente, no sé cómo tratar este asunto, pero creo que debo tratarlo ya porque más tarde fácilmente se me puede decir que no puede sustentarse verbalmente nada, según acabamos de aprobar resulta que veo una inconsistencia veo un asunto que puede ser delicado, en el Artículo 24 que acaban de distribuir dice toda persona tiene derecho a formar libremente una familia, esa frase no sé, por no tener el resto del articulado a la mano si reemplaza el proyecto que fue presentado por la Comisión Quinta sobre derechos de la familia y que es fundamentalmente diferente, no sé si lo reemplaza porque habla de la Constitución de una familia y el hecho de aprobar el artículo 24, el hecho de aprobar .. sí yo considero que hay necesidad de hablar de este tema porque no se puede ocultar que es una primera frase de un artículo que puede venir después, o pudo haber desaparecido el artículo y además Señor Presidente, excúseme Señor Presidente pero yo no creo que sea prudente, sin conocer el articulado completo votar este artículo que permite la constitución de familias entre homosexuales, excúseme pero debe hablarse así con claridad”. COLÓMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. *Informe de la sesión de la plenaria del día 28 de junio de 1991*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente, 1991. p. 86. Disponível em: <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll28/id/52/rec/219>. Acesso em: 05 abr. 2019.

Como se pode perceber, a fala não se refere a uma discussão que estava sendo realizada naquele momento. Consistiu, na verdade, na vontade de o constituinte esclarecer um dispositivo antes do fim do prazo para alterações. Com isso, a sua fala não suscitou um debate, visto que outras questões estavam sendo resolvidas. Mais tarde, no mesmo dia, outro membro da ANCC tentou elucidar o assunto:

[...] a preocupação do doutor Benitez foi uma preocupação da Quinta Comissão, que, ao estabelecer a liberdade para formar família sem especificar qual o tipo, pode ser interpretado que qualquer gênero de família pode ser formado, creio que o critério da Comissão Codificadora foi não restringir esse conceito, eu fiz a advertência de que na Quinta Comissão havíamos feito algumas observações sobre isso, e a intenção foi saudável, foi não amarrar a família somente ao caso do matrimônio, porque existem famílias de pais e filhos, há família com filhos adotivos, há famílias que se formam de outras maneiras, então...⁷⁷.

Tal assunto foi retomado na última ocorrência encontrada, referente ao dia 29 de junho de 1991.

[...] artigo 43, toda pessoa tem direito de forma livremente uma família. Primeiro, a família é o núcleo fundamental da sociedade e se constitui por vínculos jurídicos ou naturais. Segundo, o Estado garante a proteção integral da família, a lei poderá estabelecer o patrimônio familiar inalienável e impenhorável. Terceiro, as relações familiares se fundamentam no mútuo respeito, na igualdade entre os cônjuges e na identidade de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

[...]

— Faço uma pergunta simplesmente. Ouvi que essa substitutiva começa com uma frase que já foi retirada pelo próprio doutor Augusto Ramírez Ocampo, então.

— Sim, eu vejo muita contradição, doutor Augusto.

— Estou confuso, porque primeiro foi retirado, que é algo que tem alguma relação com o **homossexualismo** e agora reaparece a mesma frase, não sei como será.

— Vamos ver, vamos ver.

— Senhor Presidente, então os proponentes a eliminam?

— Não tem nada a ver com **homossexualismo**, honorável Delegada.

— Sobre votação, somente votação.

— Observar que falta o essencial, que é a expressão um homem e uma mulher. Obrigado, senhor Presidente⁷⁸. (Grifo nosso).

Dessa forma, verifica-se que houve um esforço em garantir que a instituição do casamento não fosse aplicável a casais homossexuais. A intenção era retirar a vagueza do dispositivo constitucional, pois, a prin-

⁷⁷ No original: “ahora bien la preocupación del doctor Benitez fue una preocupación de la Comisión Quinta, que al establecer la libertad para formar familia sin especificar qué tipo de familia puede interpretarse que puede formarse cualquier género de familia, creo que el criterio de la Comisión Codificadora fue no restringir ese concepto, yo hice la advertencia de que ya en la Comisión Quinta habíamos hecho algunas observaciones sobre eso, y la intención fue sana, fue no amarrar la familia solamente en el caso del matrimonio, porque hay familia de padres e hijos hay familia con hijos adoptivos, hay familias que se forman de otras maneras, entonces...”. COLÔMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. *Informe de la sesión de la plenaria del día 28 de junio de 1991*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente, 1991. p. 150. Disponível em: <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll28/id/52/rec/219>. Acesso em: 05 abr. 2019.

⁷⁸ No original: “artículo 43, toda persona tiene derecho de formar libremente una familia. Primero la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y se constituye por vínculos jurídicos o naturales Segundo, el Estado garantiza la protección integral de la familia, la ley podrá establecer el patrimonio familiar inalienable e inembargable. Tercero, las relaciones familiares se fundamentan en el mutuo respeto, en la igualdad entre los cónyuges y en la identidad de derechos y deberes de los padres en relación a los hijos. [...] - Hago una pregunta simplemente. Oí que esa substitutiva, empieza con una frase que ya fue retirada por el mismo doctor Augusto Ramírez Ocampo, entonces. - Si, yo veo mucha contradicción doctor Augusto - Estoy confundido, porque primero la retiró, que es algo que tiene alguna relación con el homosexualismo, y ahora vuelve a aparecer la misma frase no sé qué será. - A ver, a ver. - Señor Presidente ¿Entonces la eliminan los proponentes? - No tiene nada que ver con el homosexualismo, Honorable Delegada. - Sobre votación, sólo votación - Para observar que ahí falta lo esencial, que es la expresión un hombre y una mujer gracias Señor Presidente”. COLÔMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. *Informe de la sesión de la plenaria del día 29 de junio de 1991*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente, 1991. p. 59-61. Disponível em: <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll28/id/85/rec/221>. Acesso em: 05 abr. 2019.

cípio, toda pessoa possuía direito de formar livremente uma família. Em razão disso, a redação final foi a seguinte:

Artigo 42. A família é o núcleo fundamental da sociedade. Constitui-se por vínculos naturais ou jurídicos, pela decisão livre de um homem e uma mulher de contrair matrimônio ou pela vontade responsável de conformá-la.⁷⁹

O texto promulgado da Constituição Colombiana solucionou a indeterminação anterior, de modo que a família ficou restrita à união entre um homem e uma mulher. Contudo, apesar dessa delimitação, tal conceito de família recebeu diversas interpretações por parte da Corte Constitucional Colombiana. A tendência é ampliá-lo para que outras formas de vida em comum possam ter direitos inicialmente exclusivos da instituição familiar⁸⁰.

Tendo em vista o reduzido número de ocorrências e o baixo desenvolvimento dos debates, não há como estabelecer categorias argumentativas como foi feito na análise da Constituinte brasileira. Ainda assim, podem ser traçadas algumas conclusões acerca da ANCC.

Primeiramente, com relação aos direitos LGBTI, registra-se a existência de argumentos positivos, caracterizados por serem, apenas, uma defesa geral e superficial, e negativos, cuja justificação não é possível de ser apreendida. Em segundo, verifica-se como o debate fica limitado ao casamento homoafetivo, não sendo abordados outros direitos LGBTI, tampouco foi discutida a possibilidade de vedação da discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. Por fim, foi possível perceber como as referências feitas pelos constituintes eram, apenas, aos homossexuais, isto é, a orientação sexual foi inserida no debate, enquanto a identidade de gênero permaneceu invisibilizada.

Nesse sentido, Claudia Caycedo⁸¹ aponta uma “etnização” do conteúdo da diversidade, de modo que, durante a ANCC, as discussões acerca desse assunto ficaram restritas aos aspectos étnicos, com preponderância para a população indígena. Assim, além da população LGBTI, outros grupos minoritários, como mulheres e negros, não receberam a devida atenção durante os debates constituintes.

Por fim, destaca-se, tal como apontado por Ochy Curiel, a partir de sua análise da ANCC, que há uma predominância de homens com privilégios de classe, raça e sexualidade, fazendo com que a Constituição seja moldada com base na heteronormação.

6 Considerações finais

O estudo dos processos de elaboração de uma nova constituição tem um importante papel histórico, pois revela a dinâmica existente entre as forças políticas atuantes. Com isso, é possível compreender determinadas escolhas que foram incorporadas no texto constitucional e que, a partir de então, passam a nortear todo o ordenamento jurídico.

Como foi possível perceber, as Assembleias Constituintes brasileira e colombiana foram compostas por indivíduos que não contemplavam a pluralidade de suas respectivas populações, de forma que o pacto constitucional foi construído, majoritariamente, por grupos hegemônicos. Consequentemente, a diversidade foi

⁷⁹ No original: “Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. COLÔMBIA. *Constitución Política de Colombia*. 1991. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 10 maio 2019.

⁸⁰ CAMARGO, Rosa Elizabeth Guío. El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Studiositas*, Bogotá, v. 4, n. 3, p. 65-81, dez. 2009.

⁸¹ CAYCEDO, Claudia Hurtado. *La marcha LGBT: para ampliar el canon de la ciudadanía con las diversidades sexuales*. 2010. Dissertação (Mestrado em Estudios Culturales) – Facultad de Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2010. p. 29.

restringida, mas, mesmo assim, foi pressuposta a representação de setores aliados desse processo.

No Brasil, os direitos LGBTI foram objeto de discussão, recebendo tanto argumentos positivos quanto negativos. Com relação aos primeiros, foram identificadas defesas gerais de grupos oprimidos e outras voltadas, especificamente, para a população LGBTI. No que tange aos argumentos negativos, em razão da sua expressividade numérica, foram divididos em três categorias: base religiosa; repugnância; e consequencialismo falacioso.

Na Colômbia, por sua vez, o debate acerca dos direitos LGBTI se deu apenas de forma incidental. Foram feitas menções à população, contudo a maioria teve uma conotação negativa, visto que se buscava garantir que o matrimônio não seria aplicável a casais homossexuais.

Apesar das diferenças, ambos os casos guardam uma semelhança: a ausência de pessoas abertamente LGBTI no corpo constituinte. Esse fato explica a limitação dos debates e, por conseguinte, a não previsão de direitos específicos nos textos constitucionais, que se alicerçam na ideia de heteronormatividade.

Desse modo, os problemas inicialmente levantados encontram duas respostas possíveis. Em primeiro lugar, a falta de representatividade LGBTI nas Assembleias Constituintes, em suas facetas descritiva e substantiva, pode ter sido um fator determinante para a ausência de previsão de direitos específicos. Por outro lado, e ainda diretamente conectado à razão anterior, o tratamento dado à temática LGBTI demonstrou grande desconhecimento da matéria pelos constituintes. Nesse sentido, identificou-se, também, que os principais posicionamentos contrários à positividade desses direitos se embasavam em argumentos de moralidade, na maioria dos casos ligados a tradições religiosas, externalizando discursos extremamente homofóbicos e transfóbicos por parte dos constituintes.

Sendo assim, concluiu-se que, mais uma vez, o preconceito histórico existente contra a população LGBTI impediu não somente a sua integração e participação efetiva nos processos constituintes, mas também serviu de suporte à sua completa exclusão dos novos textos constitucionais. Assim, reforça-se a necessidade de políticas de combate à discriminação contra pessoas LGBTI que extrapolem o campo jurídico e trabalhem, desde cedo, a eliminação do preconceito por políticas públicas multidisciplinares, voltando-se, principalmente, para a educação.

Referências

- AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. *In: AVRITZER, Leonardo et al. O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 19-42.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- BELLO, Enzo. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 7, n. 1, p. 49-61, jan./abr. 2015. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.05>. Acesso em: 21 fev. 2019.
- BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp
- CAMARGO, Rosa Elizabeth Guío. El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Studiositas*, Bogotá, v. 4, n. 3, p. 65-81, dez. 2009. Disponível em: <https://re->

pository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/573/1/Stud_4-3_A07_guiio-camargo-.pdf. Acesso em: 24 maio 2019.

CAMARGO, Sergio Roberto Matias. La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. *Dialógos des saberes*, Bogotá, n. 44, p. 29-44, ene./jun. 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5823638>. Acesso em: 08 maio 2019.

CARDANO, Mario. *Manual de pesquisa qualitativa: a contribuição da teoria da argumentação*. Petrópolis: Vozes, 2017.

CAYCEDO, Claudia Hurtado. *La marcha LGBT: para ampliar el canon de la ciudadanía con las diversidades sexuales*. 2010. Dissertação (Mestrado em Estudios Culturales) – Facultad de Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2010.

COLÔMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. *Informe de la sesión de la plenaria del día 28 de junio de 1991*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente, 1991. Disponível em: <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll28/id/52/rec/219>. Acesso em: 05 abr. 2019.

COLÔMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. *Informe de la sesión de la plenaria del día 29 de junio de 1991*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente, 1991. Disponível em: <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll28/id/85/rec/221>. Acesso em: 05 abr. 2019.

COLÔMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. *Informe de la sesión de la plenaria del día 3 de junio de 1991*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente, 1991. Disponível em: <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll28/id/158/rec/224>. Acesso em: 05 abr. 2019.

COLÔMBIA. *Constitución Política de Colombia*. 1991. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 10 maio 2019.

CORRALES, Javier. *LGBT rights and representation in Latin America and the Caribbean: the influence of structure, movements, institutions, and culture*. University of North Carolina: LGBT Representation and Rights Initiative, 2015. Disponível em: https://globalstudies.unc.edu/files/2015/04/LGBT_Report_LatAm_v8-copy.pdf. Acesso em: 10 jan. 2019.

CORRALES, Javier. Understanding the uneven spread of LGBT rights in Latin America and the Caribbean, 1999-2013. *Journal of Research in Gender Studies*, New York, v. 7, n. 1, p. 52-82, 2017. Disponível em: <https://addletonacademicpublishers.com/contents-jrgs/990-volume-7-1-2017/2968-understanding-the-uneven-spread-of-lgbt-rights-in-latin-america-and-the-caribbean-1999-2013>. Acesso em: 20 nov. 2018.

CURIEL, Ochy. *La nación heterosexual: análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013.

FACCHINI, Regina. *Sopa de letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 1990*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la decolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 139-159.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, v. 77, p. 11-39, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n77/a01n77.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

GARGARELLA, Roberto. Latin american constitutionalism: social rights and the “Engine Room” of the Constitution. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, Notre Dame, v. 4, n. 1, p. 8-18, 2014. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol4/iss1/3/>. Acesso em: 30 out. 2018.

GRAMSCI, Antonio. *El materialism histórico y la filosofía de Benedetto Croce*. México: Juan Pablo Editor, 1975.

GUEVARA, Andrés Dávila Ladrón de. *Democracia pactada: el Frente Nacional y el proceso constituyente de 1991 en Colombia*. Lima: Institut Français D'études Andines, 2002.

HENAO, Néstor Raúl Correa. El proceso constituyente: el caso colombiano. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, n. 91, p. 23-38, 1990. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5568206>. Acesso em: 09 maio 2019.

JESUS, Jaqueline Gomes de. Transfobia e crimes de ódio: assassinatos de pessoas transgênero como genocídio. In: MARANHÃO, F.; ALBUQUERQUE, Eduardo Meinberg de (orgs.). *(In)visibilidade trans 2: história agora*, v. 16, n. 2, p. 101-123, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/281321251_Transfobia_e_crimes_de_odio_Assassinatos_de_pessoas_transgenero_como_genocidio. Acesso em: 20 maio 2019.

KING, Nigel. Doing template analysis. In: SYMON, Gillian; CASSEL, Catherine. *Qualitative methods in organizational research: core methods and current challenges*. London: Sage Publications, 2012. p. 426-450.

LELIS, Rafael Carrano. *Em busca das cores latino-americanas: uma análise da proteção constitucional dos direitos LGBTIs na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo democrático na América Latina. *Revista Vox*, Reduto, v. 01, p. 01-14, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.fadileste.edu.br/revistavox/ojs-2.4.8/index.php/revistavox/article/view/72>. Acesso em: 25 fev. 2019.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo latino-americano 2: rupturas – diversidade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 28, p. 10-19, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2016/02/DIR-28-01.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019.

NUSSBAUM, Martha C. *From disgust to humanity: sexual orientation and constitutional law*. New York: Oxford University Press, 2010.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* Valencia: Universidad de Valencia, 2010. Disponível em: http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Rube%C2%A6%C3%BCn-Marti%C2%A6%C3%BCnez-Dalmaq.-Se-puede-hablar-de-un-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-como-corrente-doctrinal-sistematizada.pdf. Acesso em: 30 mar. 2019.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Presentación: aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. *El nuevo constitucionalismo en América Latina: memorias del encuentro internacional El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 09-44. Disponível em: <https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011>. Acesso em: 30 mar. 2019.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, v. 25, p. 7-29, 2010. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222977001.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Gaceta Constitucional*, v. 48, p. 307-328, 2011.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

REYNOLDS, Andrew. Representation and rights: the impact of LGBT legislators in comparative perspective. *American Political Science Review*, Cambridge, v. 107, n. 02, p. 259-274, 2013. Disponível em: <https://www>.

cambridge.org/core/journals/american-political-science-review/article/representation-and-rights-the-impact-of-lgbt-legislators-in-comparative-perspective/E24FDB19C4F65129822660667C8442D2. Acesso em: 19 jan. 2019.

RUBIN, Gayle. *Políticas do sexo*. São Paulo: Ubu Editora, 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Reflexões sobre o novo constitucionalismo latino-americano. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (orgs.). *Direitos e democracia no novo constitucionalismo latino-americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 119-144.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direitos fundamentais e constituição: as respostas do neoconstitucionalismo europeu e do novo constitucionalismo latino-americano. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (orgs.). *Direitos e democracia no novo constitucionalismo latino-americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 45-51.

VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2016.

VIEIRA, José Ribas *et al.* Impasses e alternativas em 200 anos de constitucionalismo latino-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 122-132, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.04>. Acesso em: 30 mar. 2019.

VITAL, Christina; LOPES, Paulo Victor Leite. *Religião e política: uma análise da atuação dos parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012. Disponível em: https://br.boell.org/sites/default/files/publicacao_religiao_e_politica_chris_vital_e_paulo_victor_14mar_webfinal.pdf. Acesso em: 20 nov. 2018.

WEEKS, Jeffrey. *Sex, politics and society: the regulation of sexuality since 1800*. London: New York: Routledge, 2012.

WITTIG, Monique. *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*. Barcelona: Egales, 2006.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

Em defesa da participação:

Análise da iniciativa popular para alteração da Constituição no Brasil e no Equador

In defense of participation:

Popular initiative for amendment of the Constitution in Brazil and Ecuador

Iana Aló Cardoso Ribeiro

Lílian Márcia Balmant Emerique

** Possui graduação pela Universidade Estácio de Sá - UNESA (2008). Atuou como advogada e residente jurídico na Procuradoria da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2010 - 2012). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (Niterói, Rio de Janeiro) - PPGDC/UFF - (Abril de 2011 - Abril de 2013) Linha de pesquisa: Teoria e história do Direito Constitucional e Direito Constitucional Internacional e Comparado. Desenvolveu sua dissertação de mestrado sobre o tema do Novo Constitucionalismo Latino-americano (Democracia: Da promessa teórica e dogmática à experiência do poder no Equador) em conjunto com a Universidad Andina Simón Bolívar sede Equador como pesquisadora visitante (Novembro de 2012 - Fevereiro de 2013). Mestre em Ciências Políticas pela FLACSO (Faculdade Latino-americana de Ciências Sociais) sede Equador, onde atuou como bolsista e desenvolveu sua dissertação sobre os mecanismos de participação cidadã na Constituição equatoriana, dando ênfase a “silla vacía”. Atuou como professora substituta de Direito Internacional Público na Universidade Federal do Rio de Janeiro UFRJ, (2017- 2018). Atualmente é professora de Direito Constitucional e Internacional na Universidade Estácio de Sá (UNESA) e doutoranda em Direito pelo PPGD/UFRJ (2018-2022/ Teorias Jurídicas Contemporâneas Linha de pesquisa I: Sociedade, Direitos Humanos e Arte onde desenvolve a tese sobre democracia e participação no Novo Constitucionalismo Latino-Americano (NCLA). Participa como pesquisadora no laboratório INPODDERALES/UFRJ e no NIDH/ UFRJ. Dedicar-se a pesquisas voltadas para a América Latina na área do Direito, das Ciências Sociais e Políticas, trabalhando também com estudo do idioma espanhol e com traduções (Espanhol - Português / Português - Espanhol). E-mail : ilanaaloribeiro@gmail.com.

*** Pós-doutorado em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (Portugal - 2007), Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1996) e Mestrado em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade Nova de Lisboa - especialização em “Globalização e Ambiente” (2010). Equivalência (revalidação do diploma) do Doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa (Portugal - 2008). Professora e pesquisadora na área de Direito, Ciência Política e Relações Internacionais. Encontra-se mencionada na relação on line dos pesquisadores de ponta fluminenses entre os Jovens Cientistas no Nosso Estado - Rio de Janeiro (FAPERJ - 2007). Professora Associada da Faculdade de Direito e Coordenadora-Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail : lilamarcia@gmail.com.

Em defesa da participação: Análise da iniciativa popular para alteração da Constituição no Brasil e no Equador*

In defense of participation: Popular initiative for amendment of the Constitution in Brazil and Ecuador

Ilana Aló Cardoso Ribeiro**

Lílian Márcia Balmant Emerique***

Resumo

O presente artigo tem como objetivo ampliar a discussão sobre o horizonte da democracia participativa analisada sob o ângulo da iniciativa popular para reformas constitucionais no Brasil (Propostas de Emenda à Constituição – PEC) e no Equador, problematizando sobre os obstáculos no desenho constitucional que, muitas vezes, dificultam ou inviabilizam a concretização do poder popular. Nesse sentido delimitar o Brasil como de tradição neoconstitucionalista e enquadrar o Equador no que se intitula novo constitucionalismo latino americano (NCLA) revelam acentuadamente a diferença entre esses desenhos constitucionais. A discussão é pertinente uma vez que o art. 60 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) não faz menção, em termos expressos, à possibilidade de iniciativa popular como instrumento para ativar o processo legislativo reformador da Constituição. Em contrapartida, os artigos 103, 441 e 442 da Constituição da República do Equador (CRE/2008) aludem, expressamente, a tal modalidade para reforma constitucional, ostentando, portanto, um acento mais democrático e amigável da participação no seu desenho constitucional. Concluímos que o desenho constitucional tem relevância para a abertura para a participação popular nos processos de reforma constitucional. Entretanto, a estrutura de organização do poder tem potencial para exercer influência cruzada para a manutenção tradicional do poder e, assim, permitir o comprometimento da matriz do constitucionalismo democrático. Diante desse risco, operamos em defesa do poder popular.

Palavras-chave: iniciativa popular; propostas de emendas constitucionais; Constitucionalismo Democrático; poder popular; reforma constitucional.

Abstract

The present article has with purpose to broaden the discussion about the horizon of participatory democracy analyzed from the angle of popular initiative for the presentation of proposals for constitutional reforms in Brazil (Proposals for Amendment to the Constitution) and in Ecuador, problema-

tizing on the obstacles in the constitutional design that, often, make difficult or impossible an achievement of popular power. In this sense, to delimit Brazil as a neoconstitutionalist tradition and to frame Ecuador in what is called New Latin American Constitutionalism (NCLA), markedly distinguishes between these constitutional designs. The discussion is pertinent since the art. 60 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CRFB / 88) doesn't mention in express terms the possibility of popular initiative as an instrument to activate the reforming legislative process of the Constitution. On the other hand, Ecuador brings mention express of the modality of possibility in articles 103, 441 and 442 of the Constitution of the Republic of Ecuador (CRE / 2008), having a more democratic and friendly tone of participation. We conclude that popular participation is an important element in the configuration of democratic constitutionalism, but it is necessary to look at the historically pre-existing power structure organized for the maintenance of such power, which makes us operate in defense of popular power.

Keywords: popular initiative; proposals for constitutional amendments; Democratic Constitutionalism; popular power; constitutional reform.

1 Introdução

As ideias esboçadas neste artigo figuram na noção fundante do Constitucionalismo Democrático, ou seja, partem da concepção de que o constitucionalismo, acionado pelas revoluções liberais, inaugurou os processos originadores das Constituições Democráticas e permitiu a hegemonia do poder constituinte, como referência única de legitimidade admitida para o avanço de sociedades democráticas, rumo ao Novo Constitucionalismo Democrático.

A doutrina liberal do poder constituinte encontra atualização no metaconceito de poder constituinte e poder constituído, entendendo que a potencialidade da soberania popular é absoluta, pois, caso contrário, haveria negação do fundamento democrático da sociedade constituída. Portanto, o Poder Constituinte tem seu fundamento primeiro assentado na democracia, por meio da qual opera o rito de passagem da potencialidade teórica para a condição de projeto político, convertendo-se em potência criadora da multidão na busca por emancipação.

E nesse sentido, o ponto de partida da nossa análise situa-se no constitucionalismo democrático e, com esse acordo base, analisaremos o instituto da participação popular especificamente em relação à alteração da Constituição. Para tanto, primeiramente, traremos um panorama geral da participação popular no constitucionalismo democrático, para, então, tratar do tema central do presente estudo que são os aspectos relativos à participação popular para propostas de alteração constitucional.

Utilizamos o método comparado para, no marco do constitucionalismo democrático, comparar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), enquanto Constituição desenhada num processo de redemocratização da sociedade brasileira, firmado sob uma natureza axiológica, própria da concepção neoconstitucionalista, e a Constituição da República do Equador (CRE/2008), formada sob o fundamento do chamado novo constitucionalismo latino americano (NCLA), baseado, dentre outros aspectos, no fortalecimento democrático via participação popular.

Defendemos, portanto, o poder que emana do povo e salientamos que existem limitações que podem inviabilizar a concretização desse poder. E, assim, se torna também necessário reconhecer a inter-relação entre política, Constituição e democracia em seus respectivos contextos a partir da redemocratização (terceira onda de democracia)¹ a recair sobre a América Latina, para a implementação desse modelo ante as

¹ Conceito cunhado por autores como Huntington, O'Donnell e Schmitter quando trabalham o tema de transições democráticas. As transições são o "lapso temporal que se estende entre um regime político e outro". Já a onda de democratização pode ser considerada "um conjunto de transições de um regime não democrático a outro democrático, que ocorrem em um determinado período de

particularidades político-sociais, culturais e jurídicas de cada Estado.

2 Participação popular no constitucionalismo democrático

O poder de reforma constitucional, na concepção tradicional (poder constituinte constituído) seria exercido pelos representantes (legisladores ordinários), ao invés do povo, ou seja, se afastaria da natureza política e, em seu lugar, haveria uma orientação de natureza jurídica, visto que a reforma seria envolvida pelos seus próprios procedimentos. Esse mecanismo resultaria no cancelamento da função legitimadora da soberania, mencionada mais acima.

Na perspectiva do constitucionalismo com essência teórica democrática, a soberania não pode ser subtraída das mãos do povo, sob pena de perder a legitimidade fundante. As iniciativas populares de reformas constitucionais manifestam vontades populares, são democráticas e legitimadoras. Assim, cabe arrematar que

muchas Constituciones reconocen formalmente la soberanía popular, verdadero pilar de la construcción teórica del constitucionalismo democrático, sin que este reconocimiento tenga implicación plena en el marco de la legitimidad, sin que el pueblo tenga capacidad de iniciativa de reforma constitucional, sin que se prevea referéndum constituyente y sin que sea necesaria la aprobación popular de las reformas constitucionales implementadas desde el poder constituido. No podemos hablar, materialmente, de soberanía popular en estos casos, sino de una soberanía ficticia, sobre el papel (MARTÍNEZ DALMAU, 2014, p. 133).

Se observamos os movimentos constitucionais latino-americanos, podemos inferir que as Constituições do Chile (1980), do Brasil (1988) e a reforma da Constituição Argentina (1994)² pautaram-se no objetivo de redemocratização da sociedade e perfilharam seus horizontes de compreensão mais aproximados das projeções do neoconstitucionalismo, pois a partir delas se vislumbra um conjunto de teorias que pretendem descrever o processo de constitucionalização dos sistemas jurídicos contemporâneos com um traço distintivo marcante adotado por um modelo constitucional: o denominado “*modelo axiológico de Constituição como norma*” (POZZOLLO, 2003, p. 56). Vemos também a “defesa e proteção de um rol de direitos individuais voltados às garantias das liberdades; os limites à atuação do Estado e o controle da ação dos governantes”. (ROCHA E BARBOSA, 2015, p. 117)

O neoconstitucionalismo, de inspiração europeia do pós-guerra, propugna um modelo de Constituição marcado pela presença de princípios e de normas de direitos fundamentais que, por constituírem a positivação (expressão normativa) de valores da comunidade, são caracterizadas por seu denso conteúdo normativo de caráter axiológico, que tende a influenciar todo o ordenamento jurídico e vincular a atividade pública e privada (DO VALE, 2007, p. 34).

Então, é possível observar que o *neo* e o novo constitucionalismo se distanciam desde o seu nascimento, passando pelos contextos históricos e políticos, e seus respectivos marcos normativos e filosóficos. Sintetiza Lilian Balmant Emerique sobre os traços do neoconstitucionalismo:

o neoconstitucionalismo identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas tanto no âmbito dos Estados, como também do direito constitucional, em meio as quais assinala-se: a) como marco histórico: a gênese do Estado constitucional de direito, cuja consolidação ocorreu ao longo das últimas décadas do

tempo e que superam significativamente as transições em direção oposta durante esse mesmo período”. Para maior aprofundamento no tema O'Donnell, G., Schmitter, P. y Whitehead, L. (Comps.) (1994) *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*. Barcelona: Paidós. E Huntington. S. (1994) *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*. Madrid: Paidós.

² Em relação à Constituição Argentina de 1994, trata-se, em verdade, de uma reforma, visto que esta foi constituída pela assembleia constituinte em primeiro de maio de 1853, reformada pela convenção nacional ADHOC dia 25 de setembro de 1860 e possui as reformas dadas pelas convenções de 1866, 1898, 1957 e 1994.

século XX; b) como marco filosófico: o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e a dimensão axiológica; c) como marco teórico: o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da constituição e o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional. (BALMANT EMERIQUE, 2009, p. 359).

O pano de fundo de compreensão da CRFB/88 foi permeado pelos postulados do paradigma neoconstitucionalista, entendido como um conjunto formado por uma multiplicidade de juízos pelos quais se pretende sobrepujar o legalismo estrito do positivismo normativista. O marco desse modelo pode ser divisado na ascensão dos valores, no reconhecimento da normatividade dos princípios e na importância adjudicada aos direitos fundamentais. São dados dessa renovação teórica, filosófica e prática no Direito: o pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses. Contudo, o direito constitucional e a Teoria da Constituição particularmente têm possibilidades e limites, assim, “*os otimismo exagerados sofrem da enfermidade de um olhar muitas vezes desconectado ou não completamente integrado e crítico em relação ao complexo universo social*” (BALMANT EMERIQUE, 2016, p. 684).

O alcance do neoconstitucionalismo como ponto de inflexão para análise da CRFB/88 encontra maiores limitações para extrair contornos aprofundados da democracia participativa, neste aspecto o novo constitucionalismo é mais promissor, uma vez que a democracia participativa constitui um dos seus pilares, conforme veremos a seguir. Em poucas linhas, resumiremos os aportes do neoconstitucionalismo e as aproximações no modelo constitucional brasileiro de 1988, faremos o mesmo esforço sintético para a análise do novo constitucionalismo e seus aportes na Constituição equatoriana de 2008.

O referencial histórico do novo constitucionalismo latino americano (NCLA) está situado no ressurgimento do poder constituinte para refundar o Estado *desde abajo*, pautado em uma epistemologia do Sul como sustenta Boaventura de Souza Santos.³ O seu alicerce teórico se sustenta sobre a revolução emancipatória depositada nas mãos do povo, o nacional, o membro do Estado-nação, historicamente excluído do processo de aplicação e produção do Direito. As constituições do novo constitucionalismo propugnam cosmovisões diversificadas, constituindo Estados Plurinacionais, em que se observa o pluralismo jurídico autêntico, sustentado por princípios como *Sumak Kawsay* ou *suma qamaña* (bem-viver) e *Pachamama* (mãe terra).⁴ Assim, “*las cosmovisiones indígenas influyen en la nueva técnica legislativa el cambio de perspectiva. El mundo ya no se ve con los ojos antropocéntricos, sino biocéntricos*”. (PERRA, 2017, p.185).

Nessas condições, emergem novos Estados plurinacionais, pautados no pluralismo jurídico e na reinterpretação de diversos conceitos, que vão além do reconhecimento constitucional. São conceitos que promovem uma ressignificação do direito e da justiça, por meio de inovações jurídicas e políticas (WOLKMER, 2011, p.11).

A Constituição equatoriana é um exemplo desses movimentos emancipadores de luta e a representação constitucional do novo constitucionalismo como demonstra Ramiro Ávila Santamaria

si se lee la Constitución del Ecuador, en ella encontramos tres reivindicaciones que corresponden a tres movimientos emancipadores. En la parte dogmática de la Constitución encontramos los derechos de libertad, que reivindicaron los movimientos libertarios, como la autonomías y las libertades; están los derechos sociales, que reivindicaron los movimientos obreros y campesinos fuertemente influenciados por el marxismo, como el derecho a la salud y educación; y están los derechos culturales, que reivindicaron los movimientos indígenas y feministas, como la no discriminación y el respeto a la diversidad. Todas

³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

⁴ O conceito de *bien vivir* é um conceito com acepções distintas culturalmente. Por isso, aqui utilizaremos conceito inicial de Fernando Huanacuni Mamani no artigo Buen Vivir / Vivir Bien Filosofia, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas: “*Definición de Vivir Bien: El concepto del vivir bien desde los diferentes pueblos originarios se va complementando con las experiencias de cada pueblo. Según la ideología dominante, todo el mundo quiere vivir mejor y disfrutar de una mejor calidad de vida. De modo general asocia esta calidad de vida al Producto Interior Bruto de cada país. Sin embargo, para los pueblos indígenas originarios, la vida no se mide únicamente en función de la economía, nosotros vemos la esencia misma de la vida.*”

estas reivindicaciones han tenido detrás personas que han sufrido históricamente formas de opresión, y eso no se puede despreciar. Sería un error enorme decir que lo liberal no tiene sentido cuando ha sido un avance enorme en la historia y en el pensamiento; pero creo que es un error igualmente enorme pensar que solo lo liberal y lo individual es lo que tiene que reivindicarse. Esta perspectiva me parece errada y miope, restrictiva e inadecuada (ÁVILA, 2012, p. 21).

Destacam-se quatro elementos formais comuns do novo constitucionalismo latino americano: a) O seu conteúdo inovador (originalidade); b) Relevante extensão dos artigos (amplitude); c) Capacidade de conjugar elementos tecnicamente complexos em uma linguagem acessível (complexidade); d) Ativação do poder constituinte do povo ante qualquer mudança constitucional (rigidez).

O novo paradigma a perpassar a ordem constitucional é a participação, ou seja, a linha a unir a teoria constitucional do constitucionalismo latino-americano está fundada na participação cidadã como direito.⁵ Ou seja, diz respeito ao direito de cada um dos cidadãos de participar na direção dos assuntos públicos, votar e ser eleito em eleições periódicas, baseadas no sufrágio universal, justas e limpas (democracia representativa). Além disso, participar dentro do marco de processos democráticos baseados no consentimento do povo, garantidores do efetivo gozo da liberdade de expressão, reunião pacífica e associação, qualquer seja a forma de constituição ou do governo que adote determinado Estado (democracia participativa).

Se entendermos que os poderes constituídos extraem sua legitimidade do poder constituinte democraticamente impellido pela multidão criadora, por conseguinte, aquele que pode mais (povo – titular do poder constituinte) condiciona a esfera de poder e a ação daquele que pode menos (poderes constituídos), e não o oposto. O protagonista da democracia e o principal destinatário das políticas conduzidas pelos seus representantes é o próprio povo. Na ótica da democracia participativa, o que atinge a todos concerne a todos.

Portanto, o caminho do constitucionalismo democrático visa arredar a possibilidade de ações impróprias dos poderes constituídos, cujo simples risco de exasperar suas funções e desfalcara força dos titulares do poder constituinte deve ser encarado como grave agressão. Assim, é indispensável à atuação da soberania popular reconduzindo ao povo — único legitimado desde sua origem — o poder fundado em bases democráticas, mediante o qual se baliza o Estado e as suas instituições.

Por isso, o constitucionalismo democrático prima por ser um modelo cuja legitimidade recai sobre a soberania popular. Esta não pode ser reconduzida aos representados, a legitimidade depende da participação popular e somente esta torna legítima as reformas constitucionais. Com base nessas premissas democráticas, o NCLA notabiliza os instrumentos de participação popular e os tornam os canais autênticos e apropriados para proceder às reformas constitucionais. Inclusive, afastando qualquer possibilidade reformadora não submetida ao crivo popular, por entender que os instrumentos participativos servem para acentuar a democracia em vários níveis.

Assim, um dos objetivos principais desse movimento é recompor a relação entre soberania e governo e, por isso, a democracia participativa se destaca para alcançar esse objetivo. Tradicionalmente a principal forma de participação dos cidadãos na política é a eleição de seus representantes, sem prejuízo da importância do voto como mecanismo essencial de participação, em uma democracia moderna não se deve restringir a participação do cidadão ao fato de sufragar temporalmente. O cidadão deve delegar a outro o exercício de uma função pública, pelo voto, mas deve manter a sua capacidade de incidir, permanentemente, na execução dessa função.

⁵ Vide disposição na Constitución de la República del Ecuador: Art. 95 - “Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.” (Grifo nosso).

Apesar de concordarmos que “o voto consiste, talvez, na expressão máxima da participação política numa democracia”, a democracia não começa e nem termina no voto, uma vez que o sufrágio, apesar de ser um elemento democrático importante, não é a única maneira de se efetuar a participação cidadã (CLETO, 2015, p.57). Existem outros níveis de participação intimamente relacionados com o exercício da cidadania, ultrapassando a representação política e incidindo diretamente na qualidade de vida da população. O aprofundamento da democracia ocorre quando se reconhece a necessidade de maior participação popular nos processos de tomada de decisão do Estado. Assim, origina-se a democracia participativa.

La salud política de un país depende del nivel de participación de sus ciudadanos en acciones sociales y políticas. Pero tal participación se desprende de la presencia de ciertos elementos o factores que garanticen su existencia. Entre estos factores se encuentran la inclusión social y política, la cultura política, la educación y opinión informada del ciudadano, el contacto con ideas y disfrute de libertad, la calidad de vida, el buen gobierno y una sociedad civil activa y organizada. (OROZCO, 2000, p.2).

Por isso, a democracia é mais que uma forma de governo, é a busca permanente de espaços de participação e de aceitação das diversidades, o pluralismo e o respeito aos direitos do outro, por meio da constante procura por acordos ou consensos. É a orientação em direção a um sistema que busca o compromisso com os direitos humanos e o exercício da cidadania, exigindo direitos e cumprindo obrigações, além de uma efetiva participação política para perseguir o bem-estar da população. Por isso, será sempre um sistema em permanente construção, uma ordem política a ser aperfeiçoada com o tempo.

A participação popular, portanto, deve ser entendida como “*todas as práticas políticas e sociais através das quais a cidadania possa incidir sobre alguma dimensão daquilo que é público*” (PARÉS, 2009, p. 17). O autor destaca que a participação se realiza de diferentes maneiras e a incidência na esfera pública pode ocorrer por meio da: informação, comunicação, consulta, deliberação e decisão. Mas o autor exclui as duas primeiras como formas de participação, porque estas consistem no predomínio de “*uma lógica de relação unidirecional entre a administração pública e os cidadãos, em consequência, fazem com que estes não possam incidir na tomada de decisões públicas*” (PARÉS, 2009, p. 17).

Podemos compreender a participação a partir de duas perspectivas, uma institucional (Estado) e outra popular (atores). A perspectiva institucional se traduz na forma pela qual os cidadãos podem incidir na tomada de decisões do Estado utilizando-se dos mecanismos de participação descritos no ordenamento jurídico, como: as audiências públicas, os conselhos consultivos, os orçamentos participativos etc.

Desde outra perspectiva, isto é, a partir dos atores sociais, a participação pode se realizar por meio de formas não convencionais de fazer política, caracterizadas pela participação intensiva da cidadania, que, em geral, entram em contradição com a política institucional. São participações nas quais o Estado não possui a liderança, porque esta pertence à sociedade civil, tal como nos protestos, nas manifestações e nas organizações sociais.

Por conseguinte, a participação inclui dois aspectos, o institucional (perspectiva estatal) e o popular (perspectiva dos atores). Por um lado, cumpre avaliar se o Estado propicia meios institucionais para a participação, isto é, mecanismos de participação cidadã, e, por outro, cumpre verificar se os atores, histórica e/ou culturalmente, tomam parte.

Quanto a isso, se destaca o esforço do NCLA em trazer mecanismos de participação para o ordenamento jurídico desses países, muitos deles inéditos como as revogatórias de mandato (*recall*) na Venezuela, Bolívia e Equador e a *silla vacía*⁶ (cadeira vazia) no Equador. Outros meios institucionais viabilizadores da participação, dentre outros, são: a iniciativa popular normativa, consulta popular (*lato sensu*) audiências públi-

⁶ Art. 101 (CRE) – Las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados serán públicas, y en ellas existirá la silla vacía que ocupará una representante o un representante ciudadano en función de los temas a tratarse, con el propósito de participar en su debate y en la toma de decisiones.

cas, *veedurías*⁷, assembleias, associações populares, conselhos consultivos, observatórios e demais instâncias que promovam a cidadania.⁸ Este artigo se circunscreve a análise da iniciativa popular para reforma constitucional.

3. Aspectos da participação popular para propostas de alteração constitucional: Equador e Brasil

A seguir, passaremos a analisar como o Equador e o Brasil disciplinaram a iniciativa popular, especialmente no que concerne às propostas para alteração das suas respectivas constituições.

3.1. Equador

A Constituição da República do Equador (2008) apresenta um sistema complexo de participação cidadã constituído pela participação local, regional e nacional, esse sistema figura a partir do Título IV intitulado “Participação e organização do poder” (art. 95 ao art. 107, com especial destaque para o art. 103) e nos art. 441, 442 e 443, a Constituição faz menção aos processos de Reforma Constitucional. Posteriormente, ocorreu à regulamentação desses dispositivos constitucionais com a edição de legislações infraconstitucionais: Lei Orgânica de Participação Cidadã (art. 13 ao art. 18 – 2010), a matéria também tem seu procedimento tratado na Lei Orgânica Eleitoral e de Organizações Políticas da República do Equador – Código da Democracia (art. 187 ao art. 192 – 2009) e na Lei Orgânica de Garantias Jurisdicionais e Controle Constitucional (art. 99 ao art. 106 – 2009).

A iniciativa popular nesse país não se refere, somente, à criação, reforma ou derrogação de normas jurídicas ordinárias, a Constituição equatoriana prevê a alteração ou reforma Constitucional por meio de iniciativa popular.⁹ Assim, a Constituição do Equador e a Lei Orgânica de Participação Cidadã preveem três modalidades de alteração à Constituição promovida pelos cidadãos: uma delas é a emenda Constitucional¹⁰

⁷ Sem tradução para o português. Uma definição aproximada seria uma espécie de fiscal do povo, cidadãos que participariam diretamente da fiscalização do setor público. Exemplo: Art. 208 – Serán deberes y atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, además de los previstos en la ley: 2 – Establecer mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público, y coadyuvar procesos de veeduría ciudadana y control social.

⁸ Art. 100 (CRE) – En todos los niveles de gobierno se conformarán instancias de participación integradas por autoridades electas, representantes del régimen dependiente y representantes de la sociedad del ámbito territorial e cada nivel de gobierno, que funcionarán regidas por principios democráticos.

⁹ Art. 103 (CRE) – Sección cuarta – Democracia directa.

Art. 103 - La iniciativa popular normativa se ejercerá para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa. Deberá contar con el respaldo de un número no inferior al cero punto veinte y cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente. [...]

Para la presentación de propuestas de *reforma constitucional* se requerirá el respaldo de un número no inferior al uno por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. En el caso de que la Función Legislativa no trate la propuesta en el plazo de un año, los proponentes podrán solicitar al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular, sin necesidad de presentar el ocho por ciento de respaldo de los inscritos en el registro electoral. Mientras se tramite una propuesta ciudadana de reforma constitucional no podrá presentarse otra (Grifo nosso).

¹⁰ Art. 441 (CRE) – Capítulo terceiro – Reforma de la Constitución.

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.* (Grifos nossos).

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.

pelo referendo por iniciativa popular, a outra, é a reforma constitucional parcial¹¹ por iniciativa popular e, ainda, há a assembleia constituinte¹² provocada por iniciativa popular.

a) *Emenda constitucional* – esta ferramenta cabe nas situações em que a alteração constitucional pretendida tem impacto de menor grau, isto é, não implica em mudanças substanciais. Os cidadãos, com respaldo de pelo menos 8% (oito por cento) das pessoas inscritas no registro nacional, poderão propor a emenda Constitucional de um ou vários artigos da Constituição, sempre que não se alterarem os seguintes limites materiais: *i*) a estrutura da lei fundamental; *ii*) o caráter e os elementos constitutivos do Estado; *iii*) não se estabeleça restrições a direitos e garantias; *iv*) não se modifique o procedimento de reforma Constitucional.¹³

b) *Reforma parcial da Constituição* – esse instrumento é utilizado quando a modificação que se pretende é mais profunda e altera os elementos constitutivos ou a estrutura do Estado. Por meio da iniciativa popular, qualquer cidadão pode propor, perante a Assembleia Nacional, reforma parcial da Constituição, respeitados os seguintes limites materiais: *i*) não versar sobre restrição de direitos e garantias constitucionais; *ii*) não modificar o procedimento de reforma da própria Constituição. Para isso, se necessitará do respaldo de, pelo menos, 1% (um por cento) dos cidadãos inscritos no registro eleitoral nacional.¹⁴ Depois da apreciação da Corte Constitucional, tal reforma parcial tem de ser tratada pela Assembleia Nacional em dois debates no transcurso de 90 dias, para ser ratificada mediante referendo com a metade mais um dos votos válidos.

c) *Assembleia Constituinte* – esse mecanismo garante o direito dos cidadãos de conformar uma Assembleia Constituinte quando a situação existente não encontre resposta às exigências da sociedade política. A tal Assembleia é permitido fazer uma reforma constitucional total, portanto, esta é a via mais rigorosa, visto que somente pode ser iniciada mediante uma consulta popular de onde se deve indicar cada passo do processo eleitoral. Nesse sentido, a Assembleia deve ser solicitada pelo Presidente da República, 2/3 da Assembleia Nacional ou 12 % dos eleitores (CRE – art. 444). Não aprofundaremos aqui esse modo de alteração, porque a este se segue a preparação de uma nova constituição.

¹¹ Art. 442 (CRE) – a *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. (Grifos nossos).

La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates. El segundo debate se realizará al menos noventa días después del primero. El proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de los cuarenta y cinco días siguientes. Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación.

¹² Art. 444 (CRE) – la asamblea constituyente sólo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.

¹³ Ley Orgánica de Participación Ciudadana (Ecuador). Ley s/n. – Capítulo Segundo *De la reforma constitucional por iniciativa popular*. Art. 13 – *enmienda constitucional a través de referéndum por iniciativa popular – la ciudadanía, con el respaldo de al menos el ocho por ciento (8%) de las personas inscritas en el registro electoral nacional, podrá proponer la enmienda de uno o varios artículos de la Constitución, mediante referéndum, siempre 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.* (Grifos nossos)

¹⁴ Ley Orgánica de Participación Ciudadana (Ecuador). Ley s/n. – Art. 14 – *Reforma constitucional parcial por iniciativa popular – Por iniciativa popular, la ciudadanía podrá presentar ante la Asamblea Nacional propuestas de reforma parcial de la Constitución que no supongan una restricción a los derechos y garantías constitucionales, ni modifiquen el procedimiento de reforma de la propia Constitución; para ello, deberá contar con el respaldo de, al menos, el uno por ciento (1%) de las ciudadanas y los ciudadanos inscritos en el registro electoral nacional. El procedimiento será el señalado en la Constitución.* (Grifos nossos).

*Procedimento*¹⁵ (*aspectos ou limites formais*)¹⁶ – o procedimento para as modalidades de reformulações da Constituição se iniciam com o envio da proposta à Corte Constitucional para que esta indique a qual dos procedimentos previstos constitucionalmente a proposta corresponde.¹⁷ Esse trâmite caracteriza-se como

¹⁵ Procedimiento para emenda e reforma constitucional no Equador conforme previsão na legislação infraconstitucional – LEY ORGANICA DE PARTICIPACION CIUDADANA (2010)

Capítulo Segundo – De la reforma constitucional por iniciativa popular

Art. 15 – tramitación – La iniciativa de enmienda constitucional a través de referéndum y el proyecto de reforma constitucional parcial por iniciativa popular, previa la recolección de firmas, deben ser enviados a la Corte Constitucional para que se indique cuál de los procedimientos previstos en la Constitución corresponde.

El Consejo Nacional Electoral, para la tramitación de la propuesta popular de reforma constitucional, seguirá el mismo procedimiento previsto para la iniciativa normativa popular en lo que tiene que ver con la admisión, requisitos, plazos y demás aspectos afines.

Art. 16 – participación de las promotoras y los promotores en el debate parlamentario – Las ciudadanas o los ciudadanos que propongan la reforma Constitucional tendrán derecho a su participación activa, directa o mediante representación, en el debate del proyecto, tanto en las sesiones de las comisiones como en el pleno de la Asamblea Nacional.

Art. 17 – plazo y solicitud de consulta popular – La Asamblea Nacional deberá tratar la propuesta popular de reforma constitucional en el plazo máximo de un año contado desde la fecha en que fuera notificada por el Consejo Nacional Electoral. Si la propuesta de reforma constitucional no se tramitara en ese plazo, las proponentes y los proponentes podrán solicitar al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular, sin necesidad de volver a presentar el respaldo del uno por ciento (1%) de las personas inscritas en el registro electoral nacional.

El Consejo Nacional Electoral convocará a consulta popular en el plazo de siete días y la consulta se realizará máximo en los sesenta días posteriores. Mientras se tramite una propuesta ciudadana de reforma constitucional, no podrá presentarse otra.

Art. 18 – obligatoriedad – la reforma constitucional aprobada mediante referéndum o consulta popular será de obligatorio e inmediato cumplimiento. En caso de desacato de lo aprobado, la ciudadanía podrá demandar la revocatoria del mandato de las integrantes y los integrantes de la Asamblea Nacional o la destitución de la autoridad pública responsable. En el primer caso, no se requerirá cumplir el requisito de recolección de firmas.

¹⁶ Procedimiento para emenda e reforma constitucional no Equador conforme previsão na legislação infraconstitucional – LEY ORGANICA ELECTORAL Y DE ORGANIZACIONES POLITICAS DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR CODIGO DE LA DEMOCRACIA (2009)

CAPITULO CUARTO Iniciativa Popular

SECCION PRIMERA *Enmienda Constitucional*

Art. 187 – la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral podrá proponer la enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, 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. El trámite a seguir será el establecido para la consulta popular.

SECCION SEGUNDA *Reforma Constitucional*

Art. 188 – ante la Asamblea Nacional se podrán presentar propuestas de iniciativa ciudadana para la reforma parcial de la Constitución, que no supongan una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral nacional.

Art. 189 – una vez recibida la propuesta por la Asamblea Nacional o el órgano correspondiente, remitirá en el término de setenta y dos horas la propuesta al Consejo Nacional Electoral para que verifique la autenticidad de los respaldos presentados. El Consejo Nacional Electoral dispondrá de un término máximo de siete días para emitir su dictamen. En caso de que el número de firmas fuera insuficiente o existieran inconsistencias, el Consejo Nacional Electoral notificará a las y los proponentes para que, de así considerarlo, completen las firmas o subsanen los errores. Las y los proponentes o sus delegados podrán acudir también ante el Tribunal Contencioso Electoral para solicitar que el Consejo Nacional Electoral recuente las firmas.

Art. 190 – si los proponentes cumplieran el requisito de respaldos exigidos, el Consejo Nacional Electoral notificará a la Asamblea Nacional y a partir de la recepción de la notificación empezará a correr el plazo de un año para que se trate el proyecto de reforma constitucional.

Art. 191 – quienes propongan la reforma constitucional o iniciativa popular normativa participarán, mediante representantes, en el debate del proyecto en el órgano correspondiente.

Art. 192 – en el caso de que la Asamblea Nacional no trate la propuesta en el plazo de un año, las y los proponentes podrán solicitar al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular, sin necesidad de presentar el ocho por ciento de respaldo de los inscritos en el registro electoral. Si la Corte Constitucional expresa su conformidad, el Consejo Nacional Electoral convocará en el plazo de siete días y la Consulta se realizará máximo en los sesenta días posteriores. Mientras se tramite una propuesta ciudadana de reforma constitucional no podrá presentarse otra. (Grifos nossos).

¹⁷ LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL (2009)

Capítulo IV Control constitucional de las enmiendas y reformas constitucionales

Sección Primera – modalidades de control constitucional

Art. 99 – modalidades de control constitucional – *para efectos del control constitucional de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales, la Corte Constitucional interviene a través de los siguientes mecanismos: 1. Dictamen de procedimiento. 2. Sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referendo. 3. Sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales.*

“*Dictamen de procedimiento*” previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (art. 99 a 101), pelo qual a Corte Constitucional está obrigada a se manifestar sobre o processo aplicável quando a iniciativa provenha da cidadania e antes de iniciar a coleta das assinaturas necessárias para a convocatória do referendo ou para apresentação à Assembleia Nacional.

Cumprida a etapa de controle prévio da medida de alteração pretendida, e uma vez definido pela Corte o procedimento a ser obedecido, se seguirá a coleta de assinaturas ou o referendo, conforme o caso. Terminada essa etapa, a proposta seguirá tramitando no Conselho Nacional Eleitoral com o mesmo encaminhamento previsto para a criação, reforma ou derrogação de normas jurídicas ordinárias (Lei Orgânica de Participação Cidadã – art. 15).

Os cidadãos propositores da reforma terão o direito de participar ativamente, de maneira direta ou mediante representação, no debate do projeto, tanto nas sessões das comissões, como no pleno da Assembleia Nacional. E essa proposta tem o prazo de um ano para ser apreciada. Se a Função Legislativa não tratar da proposta nesse prazo, os proponentes poderão solicitar ao Conselho Nacional Eleitoral a convocação de consulta popular, sem necessidade de apresentar 8% (oito por cento) de respaldo dos inscritos no registro eleitoral necessário para requerer a consulta. Mas, enquanto tramita uma proposta cidadã de reforma constitucional não se poderá apresentar outra (Lei Orgânica de Participação Cidadã – art. 16 e 17 e Lei Orgânica Eleitoral e de Organizações Políticas da República do Equador – Código da Democracia – art. 191 e 192 - 2009).

Se a reforma constitucional propugnada for aprovada, será obrigatório e imediato o seu cumprimento.

Sección Segunda – *Control constitucional del procedimiento de proyectos de enmienda o reforma a la Constitución.*

Art. 100 – remisión de proyecto normativo — *todo proyecto de enmienda o reforma constitucional debe ser enviado a la Corte Constitucional para que indique cuál de los procedimientos previstos en la Constitución corresponde, de acuerdo en los siguientes casos:* 1. Cuando la iniciativa provenga de la Presidenta o Presidente de la República, antes de expedir el decreto por el cual se convoca a referendo, o antes de emitir el decreto por el cual se remite el proyecto a la Asamblea Nacional; 2. *Cuando la iniciativa provenga de la ciudadanía, antes de dar inicio a la recolección de las firmas requeridas para la respectiva convocatoria a referendo o para la presentación a la Asamblea Nacional;* 3. Cuando la iniciativa provenga de la Asamblea Nacional, antes de dar inicio al proceso de aprobación legislativa. En todos los casos se deberá anexar un escrito en el que se sugiera el procedimiento a seguir, y las razones de derecho que justifican esta opción.

Art. 101 – *contenido del dictamen* – el dictamen de la Corte Constitucional deberá indicar cuál de los procedimientos previstos en el Capítulo Tercero del Título IX de la Constitución debe seguirse para tramitar el proyecto normativo, y las razones de derecho que justifican esta decisión. Para tal efecto, se tendrán en cuenta las siguientes reglas: 1. Cualquier proyecto normativo que tenga por objeto o efecto restringir el alcance de los derechos y garantías constitucionales fundamentales o modificar el régimen procedimental de reforma a la Constitución, sólo podrá tramitarse de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 444 de la Constitución, a través de la convocatoria a una Asamblea Constituyente; 2. Cuando el proyecto normativo no encuadre en el supuesto del numeral anterior, se tramitará de acuerdo con el procedimiento para las enmiendas o reformas constitucionales, según sea el caso.

Sección Tercera – control constitucional de la convocatoria a referendo.

Art. 102 – control constitucional de convocatorias a referendo – cuando la enmienda, reforma o cambio constitucional se tramite a través de un referendo, existirá un control constitucional previo de la respectiva convocatoria.

Art. 103 – alcance del control constitucional – la Corte Constitucional efectuará un control formal de la convocatoria a referendo. En el desarrollo de este control, la Corte Constitucional verificará al menos: 1. El cumplimiento de las reglas procesales para la realización de la convocatoria; 2. La competencia en el ejercicio del poder de reforma a la Constitución; y, 3. La garantía plena de la libertad del elector, y en particular, el cumplimiento de las cargas de claridad y lealtad.

Art. 104 – control constitucional de los considerandos que introducen la pregunta [...]

Art. 105 – control constitucional del cuestionario [...]

Sección Cuarta – control constitucional de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales

Art. 106 – *control posterior de enmiendas, reformas y cambios constitucionales* – las enmiendas, reformas y cambios constitucionales podrán ser demandados ante la Corte Constitucional, de acuerdo con las siguientes reglas: 1. Las enmiendas y reformas que se tramitan a través de un referendo, pueden ser demandadas únicamente por vicios de procedimiento ocurridos con posterioridad a la convocatoria respectiva; 2. Las enmiendas que se tramitan a través de la Asamblea Nacional, pueden ser demandadas por vicios de forma y procedimiento en su trámite y aprobación. El examen de los vicios formales incluye el análisis de la competencia de la Asamblea Nacional para reformar la Constitución; 3. El examen de los vicios formales incluye el análisis de la competencia para reformar la Constitución; 4. Las reformas que se tramitan a través de la Asamblea Nacional pueden ser demandadas por vicios de procedimiento en su trámite y aprobación; 5. Los cambios constitucionales realizados a través de una Asamblea Constituyente pueden ser demandados por vicios de forma y procedimiento, de conformidad con las reglas determinadas por la misma Asamblea; y, 6. En cualquiera de los casos anteriores, la demanda de inconstitucionalidad debe ser interpuesta dentro de los treinta días siguientes a su entrada en vigencia. (Grifos nossos).

Em caso de incumprimento, os cidadãos poderão requerer a revogação do mandato dos integrantes da Assembleia Nacional ou a destituição da autoridade pública responsável (Lei Orgânica de Participação Cidadã – art. 18).

Encerrado os trâmites próprios para alteração constitucional e uma vez procedida à emenda ou reforma parcial da Constituição, a Corte Constitucional ainda poderá atuar com o controle repressivo ou sucessivo de constitucionalidade (Lei Orgânica de Garantias Jurisdicionais e Controle Constitucional – art. 99 e 106). Devido ao Princípio da Supremacia Constitucional o controle da reforma constitucional é a medida de defesa desta frente às intenções que objetivam promover sua vulnerabilidade. Nesse ponto, a Corte Constitucional tem a competência de interpretar e qualificar os modelos de reforma constitucional estabelecidos e verificar se respeitam os limites formais e materiais, para poder emitir um parecer que garanta a supremacia constitucional.

A Corte Constitucional, ao efetuar o controle de constitucionalidade de uma proposta reformadora, deve considerar que esse poder não deve ser limitado, apenas, ao âmbito procedimental, pois aceitaria que a Assembleia Nacional poderia mudar o que considerasse necessário na normativa constitucional, sempre e quando se cumprisse com o procedimento agravado estipulado na Constituição. Dessa forma, também se deve considerar, dentro da análise, os limites materiais de tal modificação, posto que “además de establecer el quien y el cómo se debe decidir, se determina *el qué se puede o no se puede decidir, y qué no se puede dejar de decidir por cualquier mayoría*” (JARAMILLO, 2013, p. 313).

Segundo Ávila (2008, p. 43), o fato de o órgão legislativo poder reformar a Constituição, sem que seja o povo equatoriano que aprove tal modificação mediante referendo, se converte num “*un paso atrás en respecto a los avances en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. De allí la necesidad de que para reformar la Constitución sea requisito sine qua non, que los ciudadanos manifesten su aceptación popular a través del referéndum.*”

Apesar de reconhecermos o avanço existente na Constituição e na legislação infraconstitucional equatoriana no sentido de prever, expressamente, a possibilidade de iniciativa popular para a reformulação constitucional *desde abajo*, sinalizamos para possibilidade de esvaziamento ou de interposição de obstáculos provenientes da disposição prevista no art. 443 da Constituição equatoriana, relativa ao controle prévio de constitucionalidade, pelo qual se indica que: “*La Corte Constitucional calificará cual de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso.*”

Não obstante as constituições do NCLA e, em particular, a Constituição equatoriana possuírem um desenho constitucional traçado sob a arquitetura da democracia participativa em muitos quadrantes da estruturação do Estado, esta, ainda, encontra obstáculos para ser plenificada devido à instituição de medidas de mediação entre o exercício do poder popular e o exercício do poder constituído (Executivo, Legislativo ou Judiciário), que diluem a sua força e que, muitas vezes, cumprem mais um papel simbólico de legitimação do poder do povo. Não são raras às vezes em que tais instrumentos são cooptados no seu uso pelo(s) grupo(s) dominante(s) do poder para extrair ganhos políticos, corroborando a crítica feita por certos autores à democracia participativa como democracia de tipo plebiscitária ou mesmo cesarista, em vez de ser um dado efetivo de edificação da democracia radical.

De acordo com RAMÍREZ-NÁRDIZ (2016, p. 370-376), a democracia participativa pode dar uma contribuição efetiva para a melhoria democrática em distintos pontos: ampliação da comunicação entre governantes e governados; aumento da participação dos cidadãos; aumento da formação dos cidadãos; identificação mais intensa do cidadão com a comunidade da qual faz parte; revitalização da democracia como modelo político; maior base popular para as decisões tomadas pelos poderes públicos; melhoria da imagem dos políticos e dos partidos políticos. De outra sorte, os problemas da democracia participativa seriam: populismo (democracia plebiscitária); simplificação da democracia; impossibilidade material (a menos que se recorra aos meios informáticos); a falta de controle; a atração do representativo sobre o participativo.

Conclui RAMÍREZ-NÁRDIZ (2016, p. 383) que a democracia participativa, em si mesma, não tem o

condão de melhorar ou piorar a democracia nos países do NCLA, os resultados dependerão da aplicação dos instrumentos participativos, conforme os mecanismos sejam regulados e com quais objetivos. Portanto, tanto há potencialidade positiva como negativa, de acordo com o uso dado. Inclusive, a democracia participativa pode melhorar a democracia representativa mediante ações movidas para corrigir alguns dos seus problemas, como a desconexão entre governantes e governados ou a falta de implicação da maior parte dos cidadãos em assuntos públicos. Muito embora se reconheçam falhas e problemas da democracia representativa (RAMÍREZ-NÁRDIZ, 2010, p. 233).

Por conseguinte, há um ganho efetivo em relação à democracia participativa no desenho constitucional equatoriano de 2008, referentes à iniciativa popular para proposta de reformas constitucionais. Contudo, perduram certas amarras potencialmente capazes de subverter o sentido democrático constitucional, na medida em que entregam o poder popular ao povo com uma mão e o tomam de volta com a outra, ao retornar esse poder para deliberações e impugnações provenientes dos poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário).

3.2. Brasil

A Constituição brasileira de 1988 (CRFB/88) foi construída sob a aspiração de retomada democrática e alçada para instituir um *Estado Democrático* (preâmbulo) após os anos de regime autoritário, firmou o compromisso expresso pela assembleia constituinte de constituir-se em *Estado Democrático de Direito* (art. 1º). Nesse traçado se materializa o alicerce primeiro, e também último, de toda e qualquer instituição tecida na categoria de poder constituído.

Em essência, a apreciação sobre todo o texto constitucional, a sua interpretação e aplicação não podem se separar da potência criadora da multidão, expressa, democraticamente, pelo poder constituinte, autêntico, político e originário.

Baseada nessa premissa democrática, a Constituição brasileira de 1988 consagrou o modelo de democracia semidireta (participativa), para subsidiar uma democracia arraigada na participação, alocando os temas mais relevantes sob o acompanhamento direto da multidão criadora, a quem foi adjudicada a possibilidade de participar do processo legislativo via iniciativa popular, além de dar respostas às indagações formalizadas por meio do plebiscito e do referendo (art. 14).

No que diz respeito à soberania popular, a CRFB/88 no mesmo artigo 14, *caput*, dispõe que ela será exercida pelo sufrágio universal, por meio do voto direto e secreto. Os governantes e titulares do poder, tanto do executivo como do legislativo, são todos eleitos diretamente por voto. Os instrumentos de democracia indireta, do modelo representativo, são complementares e interconectados com a democracia direta. Desse modo, a democracia, no seu significado mais pleno, toma contorno na edificação do Estado brasileiro.

A Iniciativa popular para Propostas de Emendas Constitucionais (PEC) no desenho constitucional brasileiro é um ponto que desperta debates doutrinário, porque tal prerrogativa seria importante para o fortalecimento da soberania popular. Entretanto, não há previsão expressa nem na Constituição, nem na Lei 9.709/98, sobre essa possibilidade. Inclusive, ambos os diplomas normativos utilizam, em seus dispositivos, a expressão “*projeto de lei*”, e, em nenhum momento, se reportam à expressão “*projeto de emenda constitucional*”.

A emenda constitucional por iniciativa popular era prevista no Projeto de Constituição apresentado pela Comissão de Sistematização em seu art. 74: “*A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: {...} § 2º – de iniciativa popular, nos termos previstos nesta constituição.*” Todavia, tal previsão foi derrubada no plenário da Assembleia Nacional Constituinte, excluindo, expressamente, tal instrumento do texto (AFONSO DA SILVA, 2011, p. 63).

Assim, o art. 60 da CRFB/88, ao regular os trâmites para a aprovação de emenda constitucional, silen-

ciou quanto à possibilidade de apresentação de propostas por iniciativa popular, o que abre caminho para se debater a viabilidade da ampliação do rol de legitimados para incluir o povo, sendo tal discussão relevante para a concretização da soberania popular.

Há, na constituição brasileira de 1988, a previsão do instituto da iniciativa popular legislativa. Na esfera federal¹⁸, a figura da iniciativa popular foi disciplinada no § 2º do art. 61, na esfera estadual¹⁹ no artigo 27, § 4º e na esfera municipal²⁰ no art. 29, XIII, respectivamente. Nas duas últimas situações, a CRFB/88, em observância ao princípio federativo, conferiu às entidades federativas autonomia para regulamentar a iniciativa popular.

Somente após dez anos da promulgação da Constituição brasileira de 1988, foi promulgada uma lei infra-constitucional para regular a iniciativa popular, qual seja, a Lei 9.709/98, que cuidou de tal instituto apenas nos artigos 13 e 14, deixando a disciplina do processo legislativo que dá seguimento à iniciativa popular sob os auspícios do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.²¹

O uso das iniciativas populares é restringido pelo fato de a Constituição estabelecer um acervo amplo de matérias de iniciativa privativa, dentre as quais se destacam as atribuídas ao Poder Executivo, elencadas no § 1º do artigo 61, da CRFB/88.

Portanto, o desenho constitucional brasileiro tem contornos mais restritivos para participação popular nos processos de reforma constitucional. Assim, quando pensamos na viabilidade de implementação de uma democracia participativa no Brasil, nos moldes do NCLA no Equador, precisamos considerar nossas particularidades político-sociais, culturais e jurídicas.

Aqui temos um problema estrutural, principalmente no que diz respeito à participação institucionalizada, já que a Constituição brasileira não prevê, expressamente, a reforma desta por via popular. Talvez, uma saída pudesse ser construir, por via interpretativa, a conjectura dessa modalidade participativa, mas, esta ainda ficaria sujeita a um exame de constitucionalidade formal que poderia afastar a constitucionalidade da proposta pelo Supremo Tribunal Federal (STF)²² ou, no caso de ser admitida a hipótese de sua tramitação com base numa leitura respaldada pelo constitucionalismo democrático, esta poderia sofrer alterações do seu conteúdo dentro do Poder Legislativo, desfigurando ou mesmo inviabilizando a aprovação dos termos da proposição. Ocorreria, desse modo, a mediação ou mesma a própria captura do poder popular pelos poderes constituídos.

¹⁸ Art. 61, § 2º da CRFB/88: “A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, *um por cento* do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por *cinco Estados*, com não menos de *três décimos por cento dos eleitores de cada um deles*.” (Grifos nossos).

¹⁹ Artigo 27, § 4º da CRFB/88 – “A lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual.”

²⁰ Artigo 29, XIII da CRFB/88 – “Iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, por meio de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado.”

²¹ Lei 9.709/98 – Art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

§ 1º O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto.

§ 2º O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

Art. 14. A Câmara dos Deputados, verificando o cumprimento das exigências estabelecidas no art. 13 e respectivos parágrafos, dará seguimento à iniciativa popular, consoante as normas do Regimento Interno.

²² “Com relação aos limites da atuação do Judiciário, não há resposta definitiva ou estrutura atual que garanta sua contenção em termos de políticas públicas. No entanto, ainda assim o Judiciário desempenha um papel importante ao fornecer um espaço para o embate democrático.” (ROMANELLI, 2001: 241).

4. Considerações finais

A participação popular não é decorrência de uma suposta bondade política para com os eleitores, que de fato e de direito são os titulares da soberania. Na verdade, participação popular e poder concentrado são antônimos.

O caminho do constitucionalismo democrático visa arredar a possibilidade de ações impróprias dos poderes constituídos, cujo mero risco de exasperar suas funções e desfalar força dos titulares do poder constituinte deve ser encarado como grave agressão. Assim, é indispensável à atuação da soberania popular, reconhecendo ao povo (único legitimado desde sua origem) o poder fundado em bases democráticas, mediante o qual se baliza o Estado e as suas instituições, perfilhando, de pronto, a sua total legitimidade soberana para atuar na condição de poder constituinte constituído e propor projetos de emendas constitucionais via participação popular, nos termos previstos no art. 60 c/c art. 14 e 61, § 2º, face à interpretação sistemática das normas constitucionais brasileiras e nos termos previstos nos artigos 103, 441, 442 e 443 da Constituição do Equador, que explicitam tal possibilidade.

Há um ganho efetivo em relação à democracia participativa no desenho constitucional equatoriano de 2008, referentes à iniciativa popular para proposta de reformas constitucionais. Não obstante a Constituição equatoriana possuir um desenho constitucional traçado sob a arquitetura da democracia participativa em muitos quadrantes da estruturação do Estado, esta ainda encontra obstáculos para ser plenificada devido à instituição de medidas de mediação entre o exercício do poder popular e o exercício do poder constituído (Executivo, Legislativo ou Judiciário), que acaba por diluir a sua força e que, muitas vezes, cumpre mais um papel simbólico de legitimação do poder do povo. Visto que não são raras às vezes em que tais instrumentos são cooptados no seu uso pelo(s) grupo(s) dominante(s) do poder para extrair ganhos políticos, corrobora a crítica feita por certos autores à democracia participativa como democracia de tipo plebiscitária ou mesmo cesarista, em vez de ser um dado efetivo de edificação da democracia radical.

Em piores condições, figura a Constituição Brasileira de 1988, bem menos amigável à participação popular, posto não ser esta um núcleo básico da proposta neoconstitucionalista. Desse modo, não há previsão no desenho constitucional da possibilidade de reforma constitucional mediante propostas oriundas de iniciativa popular, posto que tal hipótese, muito embora estivesse presente na proposta apresentada pela Constituição de Sistematização da Constituição de 1988 na Assembleia Constituinte, foi subtraída do texto, restando apenas a possibilidade de admiti-la pela interpretação sistemática do texto constitucional.

Concluimos que o desenho constitucional tem relevância para a abertura para a participação popular nos processos de reforma constitucional. Entretanto, a estrutura de organização do poder tem potencial para exercer influência cruzada para a manutenção tradicional do poder e, assim, permitir o comprometimento da matriz do constitucionalismo democrático. Diante desse risco, operamos em defesa do poder popular.

Referências

ALTERIO, Ana Micaela. Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate. In: *Annuario de Filosofia y Teoría del Derecho*, Núm. 8, enero-diciembre de 2014, pp. 227-306.

ÁVILA, R. *Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia en Constitución del 2008 en el contexto andino* Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

BALMANT EMERIQUE, Lilian. “Neoconstitucionalismo e interpretação constitucional.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XLVIII, 2009, p. 353-394.

_____. “Percepções empíricas sobre o controle judicial de políticas públicas”. In: *Quaestio Iuris*. Vol. 09,

nº. 02. Rio de Janeiro, 2016. pp. 670-694 DOI: 10.12957/rqi.2016.18267.

CLETO, Juliana. *Implicações do direito ao voto aos imigrantes: ameaça à soberania nacional ou efetivação de um direito fundamental?*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, nº 2, 2015 p.57-79

HUANACUNI MAMANI, Fernando. *Buen Vivir / Vivir Bien* Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, 2010.

JARAMILLO, J. *La problemática de los límites al poder de reforma de la Constitución Política de 1991*. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2013.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *El debate sobre la naturaleza del Poder Constituyente: elementos para una Teoría de la Constitución Democrática*. In: MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (ed.). *Teoría y práctica del Poder Constituyente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

_____. ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como una corriente doctrinal sistematizada? Disponível em www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf acessado em 27/07/2017.

_____. *Revista Entre Voces*. Revista del grupo democracia y desarrollo local nº 15. Agosto/septiembre de 2008. Ecuador-Quito.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP & A, 2002.

OROZCO, Manuel. *Democracia y participación ciudadana*. Washington, D. C., Estados Unidos. <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan029956.pdf> acessado em 27/07/2017.

PARÉS, Marc. (Coord.) *Participación y calidad democrática. Evaluando las nuevas formas de democracia participativa*. Barcelona: Ariel, 2009.

PERRA, Livio. *Naturaleza y Constitución*. Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 7, nº 1, 2017 p. 192-206.

RAMÍREZ-NÁRDIZ, Alfredo. *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y democracia participativa: ¿progreso o retroceso democrático?* In: *Vniversitas*. Bogotá, nº 132, enero-junio de 2016, p. 349-388.

_____. *Democracia participativa: la democracia participativa como profundización en la democracia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 233.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA; Cláudia Maria. *O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista*. Revista Brasileira de Políticas Públicas Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 115-133

ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande. *Para reatar Ulisses: a judicialização da política como mastro garantidor dos pré-compromissos constitucionais*. Rev. Bras. de Políticas Públicas, Brasília, v. 1, n. 1, p. 219-243, jan./jun. 2011.

VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en VICIANO PASTOR, Roberto (ed.). *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos e FAGUNDES, Lucas Machado. *Tendências Contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico*. Revista Pensar. Revista de Ciências Sociais, Fortaleza, v.16 n.2, p.371,408, jul/dezembro, 2011.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Reflexões críticas sobre
o Processo Constituinte
Equatoriano de Montecristi
(2007-2008)**

**Critical reflections on the
Ecuadorian constituent process
in Montecristi (2007-2008)**

E. Emiliano Maldonado

Reflexões críticas sobre o Processo Constituinte Equatoriano de Montecristi (2007-2008)*

Critical reflections on the Ecuadorian constituent process in Montecristi (2007-2008)

E. Emiliano Maldonado**

Resumo

Neste trabalho apresentamos uma síntese da nossa pesquisa de mestrado, na qual buscamos delinear alguns elementos para a compreensão do processo constituinte equatoriano e a realidade sociojurídica vivenciada na América Latina. No tocante ao fenômeno jurídico, será utilizada a ótica pluralista, que compreende que “o direito nasce nas lutas dos povos”, isto é, nas suas lutas por libertação. Para isso, realizar-se-á um resgate das insurgências indígenas e camponesas desde uma análise histórico-crítica de larga duração, a fim de retratar o papel e influência do acúmulo das lutas sociais nas transformações jurídico-políticas das últimas décadas, que culminaram na nova Constituição equatoriana de 2008. Assim, abordar-se-á a relação dialética entre lutas sociais e constitucionalismo, no intuito de aprofundar o debate sobre a atuação dos movimentos indígenas e camponeses nas transformações jurídico-políticas que originaram o processo constituinte. Portanto, dedicaremos atenção a dois aspectos do processo constituinte equatoriano, que nos parecem sumamente relevantes para o campo jurídico-constitucional, sobretudo, para aquele que se pretende crítico e libertador; as insurgências populares como fontes de novos direitos e a tensão congênita entre monismo e pluralismo jurídico. Diante do exposto, esperamos que a pesquisa seja uma pequena contribuição para repensarmos a nossa história desde a perspectiva dos sujeitos que estiveram ausentes da história oficial, quer dizer, daqueles que foram encobertos pela tradição jurídico-política moderna; as nações indígenas, as quais, por meio da luta, pretendem construir uma nova cultura jurídico-política de caráter pluralista, democrático e libertador na América Latina.

Palavras-chave: Constitucionalismo Latino-Americano. Pluralismo jurídico. Movimentos sociais. Processo constituinte equatoriano.

Abstract

In this paper, we intend to synthesize our master's research, in which we aim to delineate some elements to better understand the Ecuadorian constituent process and the social and juridical phenomenology experienced in Latin America. Regarding the juridical phenomenon, a pluralistic view will

* Recebido em 31/05/2019
Aprovado em 20/08/2019

** Doutor e mestre em Direito (UFSC). Integrante do Instituto de Pesquisa em Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS), no qual coordena o Grupo Temático (GT) Teorias Críticas do Direito, Epistemologias do Sul e América Latina. Advogado membro da Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (RENAP). Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Sociologia Jurídica, Antropologia Jurídica, Direito Constitucional, Teorias Críticas do Direito, Direitos Humanos, Filosofia Política, Criminalização dos Movimentos Sociais e América Latina. E-mail: eemilianomb@gmail.com

be used, stating that “rights are born from the struggles of people”, meaning the struggles for liberation. For this purpose, indigenous and peasant insurgencies will be reviewed from a long-standing historical and critical analysis to depict the role and influence of the social struggles accumulation in the legal and political transformations in the last decades, culminating in the new Ecuadorian Constitution of 2008. Thus, the dialectic relationship between social struggles and constitutionalism will be discussed, to deepen the debate about the role of indigenous and peasant movements in the political transformations that culminated in the Ecuadorian constituent process. Therefore, we will focus on two aspects of the Ecuadorian constituent process, which we consider to be extremely relevant for the juridical and constitutional field, above all for those who intend to be critical and liberationists; the popular insurgencies as sources of new rights and the congenital tension between monism and legal pluralism. In view of the above, we expect the research to contribute to rethinking our history from the perspective of the subjects who were absent from official history, that is, from those who were covered by the modern legal and political tradition; the indigenous nations, which through the struggle intend to build a new legal and political culture with pluralistic, democratic and liberationist features in Latin America.

Keywords: Latin American Constitutionalism. Legal pluralism. Social movements. Ecuadorian constitutional process.

1 Introdução

Neste artigo, abordaremos, em relação à temática do chamado “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”¹, a experiência de uma realidade nacional específica (Equador), a qual vimos pesquisando nos últimos anos.² Nesse sentido, dedicaremos atenção a dois aspectos do processo constituinte equatoriano, que nos parecem sumamente relevantes para o campo jurídico-constitucional, sobretudo, para aquele que se pretende crítico e libertador; as insurgências populares como fontes de novos direitos e a tensão congênita entre monismo e pluralismo.³

Assim, a matriz teórica adotada no presente estudo visualiza as crises do Estado e do constitucionalismo a respeito da intersecção democrática diante da ofensiva dos “processos desconstituintes”⁴ ocasionados por largos períodos de ingerência do chamado “constitucionalismo oligárquico”, reflexão que, nas últimas décadas, assume uma faceta global perante os avanços do chamado “constitucionalismo democrático”.⁵ Nessa linha, parte-se de uma leitura que compreende a democracia como um dos problemas centrais da teoria jurídica contemporânea. Ou seja, que não se limita, apenas, à inserção de mais direitos nos catálogos jurídicos, mas, propriamente, a reestruturação dos poderes e a quebra das hegemônias políticas. Portanto, o poder constituinte, assumido desde essa perspectiva, é um fenômeno que deve ser interpretado na convergência política originada da convulsão social, no embate entre tendências democratizadoras em contraposição às desconstituintes ou oligárquicas legitimadoras da ordem estável.⁶

¹ Sobre o tema ver a obra: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (org.) *Constitucionalismo, descolonização e pluralismo jurídico na América Latina*. Aguas Calientes: CENEJUS/Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015.

² Nesse sentido, recomendamos os artigos publicados em periódicos nos quais foram organizados dossiês temáticos sobre o constitucionalismo latino-americano, em especial, ver: MALDONADO, Efendy Emiliano; FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Historicidade crítica do constitucionalismo Latino-Americano e Caribenho. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 8, n. 4, p. 2843-2881, dez. 2017.; MALDONADO, Efendy Emiliano; JODAS, Natália. Direitos da natureza e lutas por água: um olhar ecossocialista indo-americano. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 4, 2017, p. 172-197.

³ Para um estudo aprofundado sobre a experiência constituinte equatoriana ver: MALDONADO, Efendy Emiliano. *Histórias da insurgência indígena e campesina: o processo constituinte equatoriano desde o pensamento crítico latino-americano*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

⁴ PISARELLO, Gerardo. *Procesos constituyentes: caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Trotta, 2014.

⁵ PISARELLO, Gerardo. *Un largo termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011.

⁶ MALDONADO, Efendy Emiliano; FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Historicidade crítica do cons-

Cabe destaque a essa postura, pois esta pesquisa retoma as principais problemáticas que envolveram a sociedade latino-americana durante as experiências constituintes recentes, a fim de apontar para uma compreensão crítica do tema. Portanto, não se trata de, apenas, mais uma tarefa de revisão teórica ou histórica, mas propriamente de refletir sobre o político e o jurídico por meio dos seus problemas originários e mais emblemáticos embates, no escopo de construir novos horizontes de análise sobre o constitucionalismo latino-americano e apontar caminhos comuns para a superação da crise política vivida em nossa região.

2 Movimentos sociais e poder constituinte

Diante da perspectiva supramencionada, nesta primeira parte do trabalho, buscaremos relacionar os processos de insurgência promovidos pelos movimentos sociais nas últimas décadas e a sua relação com a ativação do poder constituintes e dos processos que dali se originaram. Nesse aspecto, deve-se recordar que, às vésperas do “aniversário” dos quinhentos anos da invasão europeia, os povos originários se levantaram em diversas regiões de *Abya Yala* e mostraram ao mundo que, ao contrário do que previam os ideólogos neoliberais, a história não havia chegado ao fim. Se, nos países do Norte, a queda do muro de Berlim parecia coroar a vitória final do capitalismo sobre o “socialismo soviético”, contrariando, inclusive, os partidos da esquerda tradicional, nossa região apresentava ao mundo a potência das insurgências indígenas e camponesas. Sem dúvida, desde 1492, os povos originários resistem e se insurgem contra o modelo hegemônico — ou como se optou chamar de forma eufemística: “processo civilizatório” —, que estava sendo imposto a sangue, ferro, fogo e bala pelas nações europeias em todo o globo terrestre.

Em nossas pesquisas, estudamos algumas dessas histórias e, assim, conhecemos nossos heróis e heroínas, nossa pluralidade étnico-cultural, bem como os movimentos e organizações que possibilitaram a continuidade dessas insurgências durante o último século. Nessa aproximação, “des-cobrimos” o legado do pensamento crítico latino-americano e a importância das lutas populares nas transformações constitucionais que vinham ocorrendo, bem como pudemos compreender o papel destacado e influente dos movimentos indígenas e camponeses na onda transformadora que enfrentou o neoliberalismo e sacudiu o continente na última década do século XX e no início do século XXI.

O Levantamento indígena do Inti-Raymi de 1990 pode ser definido como marco crucial desse processo, pois, naqueles dias, de maio/junho, os povos originários puseram em marcha aquilo que já maturavam nas últimas décadas e que obteve a organicidade necessária alguns anos antes por meio da fundação da *Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador* (CONAIE). A partir daquele levante, o movimento indígena vai assumindo um novo papel na esfera política equatoriana e passará a ser o principal articulador de um projeto *alter-nativo*. Ou seja, a partir desse “*Levantamiento Indígena*”⁷, que teve como lema “*Tierra, Cultura y Libertad*” — adotado até hoje pela CONAIE — e, dentre as suas reivindicações políticas centrais, a realização de uma Constituinte que reconheça a Plurinacionalidade e a diversidade cultural existente na sociedade equatoriana, instaura-se, em toda *Abya Yala*, um processo de ascensão dos movimentos indígenas, suas reivindicações e a força transcendente de seu projeto *alter-nativo*.

No mês seguinte, daquele mesmo ano, entre os dias 17 e 21 de julho, a cidade de Quito sediou o *I Encuentro Continental de Pueblos Indios*, o qual serviu para sedimentar uma ampla rede de articulação entre as diversas organizações e nações indígenas de toda *Abya-Yala*. Trata-se de um encontro extremamente relevante para gerar uma organicidade e planejamento unitário às diferentes propostas dos povos originários e construir coletivamente uma posição política própria desses povos. Sobre o tema, importa memorar a declaração final

titucionalismo Latino-Americano e Caribenho. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 8, n. 4, dez. 2017, p. 2843-2881.

⁷ Para uma visão aprofundada sobre esse levantamento e movimento indígena equatoriano, ver: MORENO YANEZ, Segundo. *El Levantamiento Indígena del Inti Raymi de 1990*. Quito: Abya Yala, 1992.

do encontro:

*exigimos en forma urgente y lucharemos por conquistar las modificaciones de las constituciones de los distintos países de América, a fin de que se establezca en ellas el derecho de los pueblos indios, especificando muy claramente las facultades del autogobierno en materia jurídica, política, económica, cultural y social. Los pueblos indígenas estamos convencidos de que la auto determinación y el régimen de autonomía plena solo podremos lograrlo previa destrucción del actual sistema capitalista y la anulación de toda forma de opresión sociocultural y explotación económica. Nuestra lucha está orientada a lograr ese objetivo que es la construcción de una nueva sociedad plural, democrática, basada en el poder popular.*⁸

Desse modo, a partir de 1990, se construirá um projeto político verdadeiramente inovador, pluralista e *alter-nativo*, baseado na autodeterminação dos povos, nas suas milenárias formas de organização comunitária e no poder popular. Esse projeto compõe um eixo central da nossa pesquisa, pois possui como um cerne da sua realização a transformação radical do sistema capitalista e, no âmbito jurídico, a necessidade de mudanças profundas nas constituições vigentes nos estados latino-americanos.

Vários levantamentos indígenas se seguiram no Equador, na Bolívia (1992,1994 etc.) e em todo o continente naquela década. Um dos mais significativos no âmbito regional ocorreu, em 1º de janeiro de 1994⁹, por exemplo. No sul do México, os zapatistas se levantam em armas e projetam a defesa da sua autonomia territorial frente ao Estado e em face do projeto imperialista neoliberal. Importa recordar que o levante ocorre na mesma data da entrada em vigência do Tratado de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) e, como nas palavras escritas na Primeira Declaração de Selva Lacandona, os indígenas maias-chiapancos declararam: “*Hoy décimos: ¡Basta!*”. O processo insurgente dos zapatistas em Chiapas não será analisado com a devida profundidade neste trabalho, mas deve ser mencionado porque se insere na onda de resistências e na ascensão dos movimentos indígenas e camponeses de *Abya Yala*. Sua força e significado marcam um processo glorioso da luta dos povos originários — e pode ser sintetizado no conteúdo da Quarta Declaração da Selva Lacandona de 1996:

Techo, tierra, trabajo, pan, salud, educación, independencia, democracia, libertad, justicia y paz. Estas fueron nuestras banderas en la madrugada de 1994. Estas fueron nuestras demandas en la larga noche de los 500 años. Estas son, hoy, nuestras exigencias. [...]

Exigências que se espraiaram como o vento por todas as partes, ou melhor, de norte a sul do continente. São levantes e insurgências indígenas e camponesas que, desde o sul da patagônia (*Mapuches*), sobem pela cordilheira andina (*Aymaras, Kichwas*, etc.), passam pelo pantanal (*Guaranis*) e a Amazônia (*Shuar, Tikunas*), chegam à selva Lacandona (Mayas) e se fortalecem para ir até o norte do deserto mexicano, ao sul do Rio Grande. Por todos as partes, os povos de *Nuestra América* se levantam e propõem insurgências que vão tomando forma de *hiperpotentia* proposta por Enrique Dussel:

*[...] Si la potentia es una capacidad de la comunidad política, ahora dominante, que ha organizado la potestas em favor de sus intereses y contra el pueblo emergente, la hiperpotentia es el poder del pueblo, la soberanía y autoridad del pueblo (que A. Negri simplemente elimina en vez de ubicarlo en su justo lugar) que emerge en los momentos creadores de la historia para inaugurar grandes transformaciones o revoluciones radicales. Es el “tiempo-abora” mesiánico de W. Benjamin. Los enemigos del sistema (el pueblo emergente) son ahora los amigos (intelectuales orgánicos) de los que se juegan por su liberación.*¹⁰

Trata-se de um processo regional, no qual as classes subalternas se defrontam com um inimigo transnacional que enfraquece o poder dos Estados nacionais, impossibilitando a criação de mecanismos de regulação econômica, em especial, quando se trata de interesses do capitalismo financeiro e das grandes corporações, com a sua gana extrativista, bem como a efetividade de políticas públicas que garantam direitos sociais à população pobre. Por outro lado, esse modelo centraliza e reforça o monopólio da coerção física,

⁸ Disponível em: http://www.cumbrecontinentalindigena.org/quito_es.php Acesso em: 28 dez. 2014.

⁹ Muitos estudos apontam esse levante como sendo o estopim do movimento indígena no continente. Contudo, todos os movimentos indígenas andinos reivindicam o ano de 1990 como marco desse processo.

¹⁰ DUSSEL, Enrique. *20 tesis de política*. Mexico: Siglo XXI: Centro de Cooperación Regional para la Educación de adultos em América Latina y el Caribe, 2006. p. 69.

incentivando e fortalecendo mecanismos de repressão penal em face daqueles sujeitos que se organizam para se opor ao projeto neoliberal a partir da propagação do medo e a construção de inimigos (externos/ internos) que deem “legitimidade” e permitam a construção de políticas penais ultrarrepressivas, de uma sociedade disciplinar e do modelo de Estado policialesco da virada do século XX para o XXI.

No caso equatoriano, esse processo histórico pode ser explicitado pela instabilidade política que marca o período de 1996 até 2006, no qual os três presidentes eleitos – 1996 (Abdalá Bucaram), 1998 (Jamil Mahud) e 2002 (Cel. Lúcio Gutiérrez) – não conseguiram concluir os quatro anos previstos para os seus mandatos presidenciais. Pode-se afirmar, portanto, que será somente no final do século XX, com as contínuas e profundas crises do sistema capitalista e o fortalecimento dos movimentos indígenas, camponeses e de afrodescentes, que as estruturas tradicionais do monismo jurídico e do liberalismo passam a ser radicalmente transformadas pela influência dos movimentos sociais.

Además, luego de las crisis del modelo de ajuste estructural y de las políticas neoliberales, la población en general le reclama al Estado derechos sociales y un papel activo frente a las transnacionales y los poderes materiales, lo cual se traduce en nuevos derechos sociales, que incorporan la visión indígena, como el derecho al agua, al “buen vivir”, la seguridad alimentaria, entre otros. Igualmente, estas cartas constitucionales incorporan nuevos derechos, como los derechos de la naturaleza, por fuera de la sistemática homocéntrica occidental. Y, además, reconocen el ejercicio del derecho propio en el marco de la cosmovisión indígena.¹¹

Somam-se a isso debates teóricos no campo acadêmico, demonstrando a necessidade de (re)pensar a tradição jurídica moderna, bem como construir novas metodologias e, sobretudo, novas epistemologias capazes de acompanhar a transição paradigmática em que nos encontramos e valorizar os saberes dos povos originários e as suas realidades socioculturais.¹² Sobre esse novo período, no âmbito do Constitucionalismo, a professora Yrigoyen afirma que poderia ser dividido em três momentos. Nesse sentido, vejamos:

los tres ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista, esto es, el constitucionalismo multicultural (1982-1988), el constitucionalismo pluricultural (1989-2005) y el constitucionalismo plurinacional (2006-2009), tienen la virtud de cuestionar progresivamente elementos centrales de la configuración y definición de los estados republicanos latinoamericanos dibujados en el s. XIX, e incluso van más allá, hasta lograr cuestionar elementos heredados de la era colonial.¹³

Nesse aspecto, cumpre recordar que o processo constituinte equatoriano está marcado pela intensificação das lutas e pautas antissistêmicas e/ou contra-hegemônicas dos movimentos sociais indígenas e camponeses desse país. Tal aspecto decorre, principalmente, da excessiva e violenta acumulação originária dos bens naturais e, por conseguinte, do capital, por parte de setores da “burguesia nacional” e dos conglomerados transnacionais, que, nos últimos anos, aprimoram a implementação do projeto econômico-político expropriatório neoliberal e a situação de dependência equatoriana.

Desse modo, as transformações levadas a cabo, nos últimos anos, em países como o Equador são frutos de um elevado número de necessidades sociais insatisfeitas ao longo dos anos, decorrentes da ampliação das desigualdades sociais e de mecanismos de exclusão, que propiciaram um ambiente de profunda instabilidade sociopolítica nesse país. Esses fatores, no entanto, não são recentes, pois materializam uma tradição política autoritária centenária, típica do colonialismo, marcada pelo genocídio, aculturação e pela expropriação territorial.

Portanto, os processos constituintes latino-americanos, vivenciados no começo do século XXI, devem ser observados no marco da superação de toda uma tradição jurídico-política colonial, historicamente marcada pela violência, exclusão e dominação de grupos populacionais, em especial, os povos originários dessas regiões.

¹¹ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. Paper apresentado no VII Congresso de RELAJU, Lima, Peru, ago. 2010. p. 15.

¹² Nesse sentido, as obras do professor Boaventura de Souza Santos têm sido referência. Em especial, ver: SANTOS, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política: para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Santa Maria da Feira: Edições Afrontamento, 2006. v. 4.; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

¹³ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. Paper apresentado no VII Congresso de RELAJU, Lima, Peru, ago. 2010. p. 2.

Inserido nesse processo transformador, o campo jurídico tornou-se um elemento fundamental para a compreensão das propostas de mudança no continente. Isso porque, nesses três países, optou-se por “Refundar o Estado”¹⁴ radicalmente, a partir do espectro constitucional. Da leitura criteriosa desses novos textos constitucionais de Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009), emerge a possibilidade de um processo de transformação significativa da tradição jurídica moderna e do caráter monista da cultura constitucional latino-americana, sobretudo, no que se refere à participação social e à influência dos povos indígenas nos processos jurídico-políticos constituintes, assim como sobre a influência marcante das suas pautas e perspectivas contra-hegemônicas na elaboração dos respectivos textos constitucionais de cada um desses três países. Também, pela incorporação e reconhecimento por parte desses Estados da existência e legitimidade da Plurinacionalidade e do Pluralismo Jurídico.

Assim, as experiências do constitucionalismo latino-americano vêm demonstrando ao mundo a diversidade, criatividade e capacidade dos povos da região para a construção de projetos jurídico-políticos de novo tipo. Nesse processo transformador, inúmeros aspectos da teoria jurídica, sobretudo, a constitucional, foram reformulados e questionados pelos movimentos sociais envolvidos, no nosso caso, pelas organizações populares equatorianas, como indígenas, campesinas e ambientalistas.

Nesse sentido, investigações críticas sobre o constitucionalismo latino-americano, sobretudo, a partir das discussões sobre o poder constituinte e sobre a soberania popular, assumiram extrema importância no debate social, político e jurídico. Diante disso, essas experiências inovadoras passaram a ser estudadas e pesquisadas a partir de um amplo leque de trabalhos jurídicos, sociológicos, políticos, econômicos, antropológicos, históricos e artísticos, desenvolvidos por pesquisadores(as) das ciências humanas, do mundo todo, em especial, por espanhóis (Bartolomé Clavero¹⁵, Rubén Martínez Dalmau¹⁶, Roberto Viciano Pastor¹⁷), portugueses (Boaventura de Sousa Santos¹⁸), mexicanos (Jesus Antonio de la Torre Rangel¹⁹), brasileiros (Antonio Carlos Wolkmer²⁰, Germana de Oliveira Moraes²¹, Ricardo Verdum²², etc.), argentinos (Enrique Dussel²³, Roberto Gargarella²⁴, Gerardo Pisarello, Eugenio Raúl Zaffaroni²⁵, Isabel Rauber²⁶, Beatriz Rajland²⁷, etc.), uruguaios

¹⁴ Sobre isso, ver: SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

¹⁵ CLAVERO, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México, D.F.: Siglo XXI editores, 1994. Sobre o tema ver, também, do mesmo autor: Bolívia entre Constitucionalismo Colonial e Constitucionalismo Emancipatório. Disponível em: <http://www.rebelion.org/docs/85079.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2014.

¹⁶ DALMAU, Rubén Martínez. Los Nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia. *La Tendencia: Revista de Análisis Político*, Quito, n. 9, mar./abr. 2009, p. 38.

¹⁷ PASTOR, Roberto Viciano (ed.). *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

¹⁹ TORRE RANGEL, Jesus Antonio de la. *El derecho que sigue naciendo del pueblo: movimientos sociales y pluralismo jurídico*. Aguascalientes-México: Ediciones Coyocán, 2013.

²⁰ WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

²¹ WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

²² VERDUM, Ricardo (org.). *Povos Indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

²³ DUSSEL, Enrique. *20 tesis de política*. Mexico: Siglo XXI: Centro de Cooperación Regional para la Educación de adultos em América Latina y el Caribe, 2006.

²⁴ GARGARELLA, Roberto. *Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La pachamama y lo humano*. Buenos Aires: Ediciones Colihue, 2011.

²⁶ RAUBER, Isabel. *Revoluciones desde abajo: gobiernos populares y cambio social em Latinoamérica*. Buenos Aires: Continente, 2012.

²⁷ Nesse sentido, ver a palestra intitulada “El estado del Estado en Nuestra América. Continuidades y Rupturas”, proferida no I Encontro Latino-americano: Descolonização e Pluralismo Jurídico. Realizado em novembro de 2013 na UFSC. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XK6AAb-BHn8#t=59>. Acesso em: 26 jul. 2014.

(Eduardo Galeano²⁸, Eduardo Gudynas²⁹), chilenos (Marta Harnecker³⁰), bolivianos (Raúl Prada³¹, Luis Tapia Mealla³², Álvaro García Linera³³, Idón Chivi Vargas³⁴), peruanos (Raquel Yrigoyen Fajardo³⁵, Aníbal Quijano³⁶), italianos³⁷ (Antonio Negri, Giuseppe Cocco), franceses (Michel Löwy³⁸), cubanos³⁹ (Josefina Méndez López, Martha Zaldívar Abad, Martha Prieto Valdés), colombianos (Rosember Ariza Santamaría⁴⁰), além de inúmeros equatorianos (Agustín Grijalva Jiménez⁴¹, Alberto Acosta⁴², Esperanza Martínez, Ramiro Ávila Santamaría, Raúl Llásang Fernández, Marcos Navas⁴³ etc.), para não falar de outros não menos importantes.

Sem querer, nesse momento, esgotar a vasta produção bibliográfica que comporia o chamado “Estado da Arte” dessa rica temática, a partir da revisão bibliográfica realizada em nossas pesquisas, verificou-se que essa grande variedade de estudos vem buscando compreender o complexo processo de transformações ocorridas em *Nuestra América*, em especial, no Equador, Bolívia e Venezuela, a fim de explicitar as peculiaridades, inovações, limites e possibilidades desses processos constitucionais. No campo jurídico, em especial, no âmbito do Direito Constitucional, da Teoria Política e da Sociologia Jurídica, não faltam trabalhos que abordem essa temática e vejam nela as luzes de uma mudança de paradigmas.

Se, por um lado, comungamos dessas reflexões teóricas sobre as lutas, reivindicações e ineditismo da utopia transformadora que animaram boa parte desses processos constitucionais, neste trabalho, apenas buscamos apontar algumas possíveis rupturas iniciadas pelos movimentos sociais, durante as suas inúmeras mobilizações e lutas que geraram a conjuntura necessária para a realização desses processos constituintes. Por outro lado, como pesquisadores comprometidos com investigações críticas, deparamo-nos com a necessidade de aprofundar a pesquisa sobre um determinado país (Equador), no escopo de aproximar essas reflexões teóricas com a realidade política concreta de um processo constituinte específico, a partir de uma incursão mais detalhada e aprofundada sobre os debates na constituinte e a incidência dos movimentos sociais nesse processo.

Nesse sentido, fizemos duas viagens de campo ao Equador, a fim de pesquisar bibliografia, coletar docu-

²⁸ GALEANO, Eduardo. *La naturaleza no es muda*. Semanario Brecha. Montevideo, 8 abr. 2008.

²⁹ GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza en la nueva constitución*. Quito: Ediciones Abya Yala, 2009.

³⁰ Harnecker, Marta; FUENTES, Federico. *Ecuador: una nueva izquierda en busca de la vida en plenitud*. Quito: Ediciones Abya Yala, 2011.

³¹ PRADA, Raúl. *Descolonización y transición*. Quito: Ediciones Abya Yala, 2014.

³² TAPIA, Luis. *El estado de derecho como tiranía*. La Paz: CIDES-UMSA, 2011.

³³ LINERA, Álvaro García. *A potência plebeia: ação coletiva e identidades indígenas, operárias e populares na Bolívia*. São Paulo: Boitempo, 2010.

³⁴ CHIVI VARGAS, Idón M. Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo (org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

³⁵ FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Aos 20 anos do Convenção 169 da OIT: balanços e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. p. 9-62. In: VERDUM, Ricardo (org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

³⁶ QUIJANO, Aníbal. Des/colonialidad del poder: el horizonte alternativo. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). *Plurinacionalidad: democracia em la diversidad*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009, p. 107-114.

³⁷ Nesse sentido ver: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-antiores/11926-bolivia-a-multidao-constituente> Acesso em: 26 jul. 2014.

³⁸ Esse autor franco-brasileiro foi um dos principais divulgadores da proposta de preservação do Parque IIT-Yasuní na Amazônia equatoriana. Sobre isso ver: <http://racismoambiental.net.br/2013/06/declaracion-de-quito-seminario-internacional-sobre-crisis-civilizatoria-ecosocialismo-y-buen-vivir/>

³⁹ Nesse sentido, ver a seguinte obra: PASTOR, Roberto Viciano (ed.). *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2012

⁴⁰ Este autor vem realizando diversas pesquisas sobre o Pluralismo Jurídico e atualmente está pesquisando o Constitucionalismo Andino.

⁴¹ Nesse aspecto ver a seguinte obra coletiva sobre a experiência equatoriana: Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva (Org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa de Luxemburgo/Editora Abya Yala, 2012.

⁴² Importante trabalho de compilação e organização de diversas obras vem sendo realizado por Alberto Acosta e Esperanza Martínez junto à Editora Abya Yala.

⁴³ NAVAS, Marcos. *Lo público insurgente: crisis y construcción de La política en la esfera pública*. Quito: Editorial Quipus-CIESPAL, 2012.

mentação da Assembleia Constituinte de Montecristi (em especial, as atas com os debates travados ao longo dela) e, sobretudo, realizar entrevistas com militantes indígenas, camponeses, ambientalistas e juristas sobre a experiência constituinte equatoriana.

Dessa pesquisa observou-se que, na última década do século XX e nos primeiros anos do século XXI, o Equador passou por um período extremamente conturbado politicamente e instável economicamente. No âmbito econômico, as diretrizes imperiais de aplicação do modelo neoliberal, por meio das “receitas” do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial, supostamente, para “salvar” o país da crise, simplesmente endividaram e “faliram” o país, gerando uma etapa marcada pela instabilidade e pela completa perda de credibilidade do sistema político. Sobre esse período, Paz y Miño refere que:

esta conjunción de procesos provocó, de una parte, que la economía ecuatoriana privilegie los intereses de las cúpulas empresariales y sus negocios, consolidándose como una economía excluyente e inequitativa, que provocó un abierto deterioro de las condiciones de vida y trabajo de la población; de otra, que las instituciones estatales sean copadas por los partidos políticos tradicionales en función de sus juegos por el poder, con significativos alcances de corrupción e irresponsabilidad frente al país; y de otra, que las instituciones del Estado caigan en franco colapso, burocratización, corrupción, ineficacia e inoperancia, y que la gobernabilidad se derrumbe.⁴⁴

Por outro lado, essa situação foi confrontada ativamente pelas organizações populares, especialmente, pelos movimentos indígenas e camponeses, os quais protagonizaram diversas mobilizações sociais, que sacudiram as estruturas do país e obrigaram a realização de mudanças estruturais e o recuo das políticas neoliberais. Como referimos, no período de 1996 até 2006, os três presidentes eleitos — 1996, 1998 e 2002 — não concluíram os quatro anos previstos para o seu mandato. Nesse período o país teve nove governos, alguns de apenas algumas horas e outros de vários meses.

Además de los tres gobiernos surgidos de elecciones, se cuentan dos de facto, un interino y tres vicepresidentes que ejercieron la Presidencia por sucesión constitucional. En orden cronológico, el primero fue la breve sucesión constitucional a cargo de la vicepresidenta — que apenas permaneció tres días en el gobierno — después del golpe del 6 de febrero de 1997. El segundo fue el presidente interino que, como solución a ese mismo episodio, provino de un acuerdo dentro del Congreso — al margen de las disposiciones constitucionales — para un periodo de dieciocho meses. En enero del año 2000 se sucedieron, durante un mismo día, dos juntas civil-militares que se conformaron al amparo de un golpe de Estado protagonizado por un grupo de militares. De inmediato, y como solución a ese mismo hecho se posesionó el vicepresidente, quien ejerció el cargo por 37 meses. Finalmente, como consecuencia del golpe efectuado el 20 de abril de 2005, ejerció el vicepresidente por un periodo de 21 meses. En total, los presidentes elegidos gobernaron 1.900 días (63,3 meses), frente a 1.909 días (63,6 meses) de los otros.⁴⁵

Nesse cenário de profunda descrença na institucionalidade vigente e nos partidos políticos tradicionais (*partidocracia*), após décadas de levantamentos indígenas e grandes mobilizações sociais, que sacudiram o país para resistir à implementação do modelo econômico neoliberal, dar-se-á a vitória do *Movimiento Alianza PAIS*. Primeiro na candidatura à Presidência da República e, por conseguinte, na aprovação massiva, por meio de consulta popular, da abertura de um Processo Constituinte verdadeiramente soberano e transformador. Cumpre recordar que, em 1997-1998 já havia ocorrido um processo constituinte, que, pela pressão das organizações populares, reconheceu e ampliou direitos fundamentais, sobretudo, os direitos coletivos das populações indígenas, mas esteve dominado pelos partidos tradicionais e pela agenda econômica imposta pelo capital transnacional.

Nesse aspecto, deve-se ressaltar que, para alterar a hegemonia dos partidos tradicionais e dos grupos econômicos dominantes, o processo eleitoral de escolha dos futuros “*assembleistas constituintes*”, realizado em setembro de 2007, modificou o modelo eleitoral anterior. Buscou garantir a paridade de gênero⁴⁶, a partici-

⁴⁴ PAZ Y MIÑO, Juan J.; PAZMIÑO, Diego. El proceso constituyente desde una perspectiva histórica, p. 40. In: ANÁLISIS: nueva constitución. Quito: ILDIS; Friedrich Ebert Stiftung; La Tendencia; Revista de Análisis Político, 2008. p. 26-44.

⁴⁵ PACHANO, Simón. RC- R’C’= 0. p.43-74. In: CORREA, Rafael; MANTILLA MEJÍA, Sebastián y. (coord.). *Balance de la revolución ciudadana*. Santiago. Quito: Editorial Planeta del Ecuador, 2012. p. 46.

⁴⁶ Algo inédito no país e que possibilitou que, dos 130 membros, 40 fossem mulheres.

pação dos migrantes⁴⁷; um sistema público e equânime de publicidade eleitoral e um mecanismo de distribuição de vagas que favoreceu a participação das minorias. No partido do novo governo (AP), consagrou-se o grande vencedor do pleito, pois obteve 80 das 130 vagas na Assembleia Constituinte.

Entretanto, deve-se destacar que, no processo eleitoral, não houve uma preocupação direta e explícita para garantir a participação das 14 nacionalidades indígenas do Equador. Pelo MUPP-NP, foram eleitos quatro “*asambleístas*” e, pelo *Alianza PAIS*, em torno de três membros se autodeclaravam indígenas. Ou seja, mesmo se tratando de uma das eleições mais democráticas que o país já teve, os indígenas estavam sub-representados, já que o presidente Rafael Correa não aceitou as propostas de quotas apresentadas pelas organizações indígenas e condicionou a participação desses setores às eleições universais. Isso gerou fortes críticas do movimento indígena, pois, nas palavras de Blanca Chancoso, liderança do movimento ECUARUNARI:

*Los pueblos indígenas deberíamos tener derecho a la representación directa siendo un Estado Plurinacional, pero los pueblos indígenas no fuimos reconocidos en las elecciones para la Asamblea Constituyente.*⁴⁸

Outro aspecto importante refere-se ao fato de que, a partir da abertura da Assembleia Constituinte de Montecristi⁴⁹, no dia 30 de novembro de 2007, foram suspensos os trabalhos do Congresso Nacional eleito nas eleições do ano anterior. Esse aspecto foi relevante, porque, ao contrário da Constituinte de 1997-1998, não possibilitou que o poder constituído e os partidos tradicionais intervissem e/ou deslegitimassem os trabalhos do poder constituinte. Sobre isso, Alberto Acosta menciona:

*nosotros habíamos estudiado mucho los procesos constitucionales de América Latina y, por cierto, los ecuatorianos. No podíamos correr el riesgo de que el poder constituido pudiese boicotear al poder constituyente, aquel poder que va a crear algo nuevo. Por eso habría sido intolerable que el poder constituyente, el elegido en septiembre del 2007, conviviera con un poder constituido que, además, fue deslegitimado cuando no presentamos candidaturas a las diputaciones en el año 2006. Lo nuevo, lo revolucionario, no puede estar sujeto a lo viejo. La fórmula fue dejarles en receso a los legisladores del viejo congreso hasta que el pueblo se pronunciara.*⁵⁰

Ou seja, com o início dos trabalhos da Assembleia, o Congresso teve as atividades suspensas até a finalização dos trabalhos constituintes e a aprovação, ou não, da nova Carta Constitucional por meio de consulta popular. A necessidade de aprovação por consulta popular, também, foi uma grande inovação democrática da experiência constituinte equatoriana. Realizar uma consulta popular para que a população, por meio do voto, decida se aprova, ou não, a Constituição elaborada pela Assembleia foi algo inédito na história do país e, ao mesmo tempo, democratizou uma decisão de tamanha importância na vida política da população.

*Nuestra Constitución fue producto de un ejercicio democrático de amplia participación ciudadana. Abrimos las puertas a todos los sectores y hago énfasis en ese punto, porque la Asamblea de 1998 [...] fue acuartelada [...] en cambio, la Asamblea de Montecristi [...] fue ciudadanizada, fue de puertas abiertas [...] recibió a 150 mil ecuatorianos [...] recibimos más de 3 mil propuestas de todo tipo y de todos los sectores.*⁵¹

Além disso, essa nova Constituição foi fruto de um processo constituinte que contou com alta participação popular. Foram criados diversos mecanismos para facilitar o acesso da população — mesas itinerantes,

⁴⁷ Pela primeira vez na história do Equador, os equatorianos de fora do país puderam eleger representantes para uma Constituinte. Foram garantidas seis vagas para migrantes, duas para a América do Sul, duas para a América do Norte e duas para a Europa. África e Ásia foram excluídas. Deve-se recordar que, nesse período, os migrantes no exterior constituíam a segunda maior fonte de receitas do país, perdendo apenas para o petróleo.

⁴⁸ Entrevista de Blanca Chancoso. In: HARNECKER, Marta. *Ecuador: una nueva izquierda en busca de la vida en plenitud*. Espanha: El viejo Topo Ediciones de Intervención Cultural, 2011. p. 239.

⁴⁹ A escolha da sede da Assembleia na pequena cidade de Montecristi ocorre em homenagem ao líder da Revolução Liberal Equatoriana, Eloy Alfaro. No local, foi construído um mausoléu em sua homenagem, bem como um centro cívico, no qual consta farta documentação sobre o processo revolucionário liberal. Ademais, existe a sede de um projeto arqueológico sobre a cultura *Manteña*. Tivemos a oportunidade de visitar o local em nossa pesquisa de campo no Equador em 2014. No local, entrevistamos a historiadora Tatiana Hidrovo, presidenta do Centro Cívico e *asambleísta constiuinte* pelo *Movimiento Alianza PAIS*.

⁵⁰ Entrevista de Alberto Acosta. In: HARNECKER, Marta. *Ecuador una nueva izquierda en busca de la vida en plenitud*. Espanha: El viejo Topo Ediciones de Intervención Cultural, 2011. p. 241.

⁵¹ HARNECKER, Marta. *Ecuador: una nueva izquierda en busca de la vida en plenitud*. Espanha: El viejo Topo Ediciones de Intervención Cultural, 2011. p. 244-245.

transmissões das discussões do plenário, visitas e coletas de propostas diretamente da cidadania etc. Ou seja, na história constitucional equatoriana, e porque não mundial, os mecanismos de participação mostraram a capacidade e importância de construir um processo constituinte “desde abajo”. Ao contrário do que a tradição constitucionalista hegemônica e o eurocentrismo acadêmico defendem, a experiência equatoriana demonstra a qualidade e capacidade criativa do poder popular.

*No ha habido en la historia constitucional un proceso democrático tan amplio y profundo. Es la Constitución más ecuatoriana de todos los tiempos. Es una Constitución de vanguardia en el mundo, piensa en los derechos de la Naturaleza, para mencionar apenas un punto. Es una Constitución Revolucionaria en tanto caja de herramientas para construir una democracia radical. Recuerda siempre que el socialismo es un proceso de democracia sin fin.*⁵²

Desse modo, não resta dúvida que o processo constituinte equatoriano apresenta uma série de questões políticas inéditas e se caracteriza por ter sido o mais democrático da história daquele país. Além disso, há um conjunto de inovações no âmbito jurídico — novo modelo de divisão dos poderes, Plurinacionalidade, *sumak kawsay*, direitos da natureza — que permite colocá-la como uma das Constituições mais avançadas do planeta.

Diante disso, as lutas dos movimentos sociais indígenas e camponeses se constituem de um componente étnico de caráter anticapitalista, ou seja, profundamente transformador, que traz à tona um verdadeiro debate civilizacional, que pode ser observado, por exemplo, na incorporação da concepção ecologicamente sustentável e solidária de *Sumak Kawsay (buen vivir)* dos povos indígenas andinos, em oposição à perspectiva econômica exploratória e mercantilista de desenvolvimento, marcada pela ideia de progresso conformadora do sistema capitalista.

*Las movilizaciones y rebeliones populares, especialmente desde el mundo indígena en Ecuador y Bolivia, asoman con la fragua de procesos históricos, culturales y sociales de larga data, conforman la base del Buen Vivir o sumak kawsay (kichwa) o suma qamaña (aymara). En esos países andinos estas propuestas revolucionarias cobraron fuerza en sus debates constituyentes y se plasmaron en sus constituciones, sin que por esto se cristalicen aún en políticas concretas.*⁵³

Será a partir da perspectiva do *Sumak Kawsay*, por exemplo, que o debate e as lutas reivindicatórias dos movimentos indígenas e camponeses sobre os bens comuns da humanidade passam a ganhar centralidade, por meio da sistematização de uma proposta alternativa concreta ao modelo de desenvolvimento capitalista. Nos marcos das propostas dos movimentos indígenas e camponeses do Equador, uma temática nos parece sintetizar as teorizações que buscamos abordar nesta pesquisa, trata-se da luta desses povos para defender a Água.⁵⁴ Isso mesmo, o líquido vital, abundante em boa parte do nosso continente, no último século, tornou-se uma das “mercadorias” mais disputadas no mercado capitalista mundial, pois, além de ser elementar para a sobrevivência da humanidade, é indispensável para garantir os ciclos produtivos de setores cruciais, como a exploração do petróleo, a mineração, as hidrelétricas etc.

Nesse sentido, ao longo da década de 90, com a implantação do neoliberalismo e sua sede expropriatória e privatizante, esse bem comum foi leiloado às transnacionais, as quais estão comprando inúmeras fontes desse líquido precioso. Será exatamente contra esses processos de mercantilização e privatização da água que se insurgirão os movimentos sociais, sejam para defender as suas fontes, sejam para reverter os processos de privatização e/ou, até mesmo, para denunciar a sua contaminação por parte de empresas internacionais.

A série de revoltas populares contra a privatização da água, buscando reverter os processos de privatização em curso no país, e as inúmeras manifestações contra as contaminações provocadas pelas transnacionais petrolíferas, isto é, as diversas lutas dos movimentos sociais contra-hegemônicos, pautaram a insurgência de um novo direito, o direito humano fundamental à água.

⁵² HARNECKER, Marta. *Ecuador: una nueva izquierda em busca de la vida em plenitud*. Espanha: El viejo Topo Ediciones de Intervención Cultural, 2011. p. 252.

⁵³ ACOSTA, Alberto. *Buen Vivir–Sumak Kawsay: una oportunidad para imaginar otros mundos*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2012. p. 19.

⁵⁴ Sobre as lutas por água no constitucionalismo latino-americano, ver: MALDONADO, Efendy Emiliano; JODAS, Natália. Direitos da natureza e lutas por água: um olhar ecossocialista indo-americano. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 4, 2017, p. 172-197.

Será a partir dessas lutas concretas que, na Constituinte de Montecristi, conseguiu-se incorporar essa outra perspectiva sobre o líquido vital, visto e reconhecido como um bem comum da humanidade. Ou seja, não foi por acaso:

*para conseguir este logro se contó con una alta participación y movilización de la sociedad. Esa presencia y ese aporte fueron sustantivos. Sin minimizar el trabajo de muchos asambleístas, cabe resaltar que la contribución de las organizaciones de la sociedad civil comprometidas desde hace muchos años con la defensa del agua, como Ecuarunari, Conaie, Foro de los Recursos Hídricos, entre otra, permitió consolidar una posición vigorosa. Sus aportes sirvieron incluso para la redacción misma de los textos constitucionales.*⁵⁵

Nessa linha, entre os diversos aspectos transformadores observados, especialmente, no processo constituinte equatoriano, verificamos, por exemplo, a inédita proteção dos direitos da natureza pela incorporação constitucional da cosmovisão indígena, expressa na mítica *Pachamama*⁵⁶, que incorpora uma perspectiva diferente da relação entre ser humano e natureza, ou seja, que, em síntese, reconhece e garante a defesa dos bens comuns a partir dos marcos de uma ontologia distinta à da civilização ocidental. Sobre as conquistas da nova Constituição, em especial a respeito da questão ambiental, Gudynas menciona que:

*la nueva Constitución de Ecuador es la primera en América Latina, y posiblemente en el mundo, que incorpora de forma clara y explícita el concepto de derechos propios de la Naturaleza [...] De esta manera, el nuevo texto logra articular por un lado los aspectos más modernos de la postura clásica de los derechos, junto al cambio sustancial que implica reconocer derechos de la Naturaleza. Asimismo, la Constitución también innova al presentar en un mismo nivel la idea de Naturaleza, que corresponde a la tradición occidental del conocimiento, con la de Pachamama, que es parte del acervo cultural tradicional propio de los pueblos originarios.*⁵⁷

Assim, esse processo constituinte retrata possíveis metamorfoses da tradição jurídico-política moderna, já que esta foi imposta durante o processo colonial, de forma unilateral e violenta, sempre privilegiando a centralização do poder político e partindo de uma concepção jurídica monista, marcada pela necessidade de manter a exclusão de grandes setores da população, sobretudo, para manter os interesses de determinada classe em segurança.

Nesse sentido, a confrontação da lógica monolítica homogeneizadora típica ao Estado-Nação, também, pode ser observada no reconhecimento constitucional da Plurinacionalidade, única forma capaz de garantir a autodeterminação dos povos originários sobre seus territórios, nos marcos das suas formas de organização sociopolítica. Contudo, o economista e ex-presidente da Constituinte de Montecristi alerta que:

*la plurinacionalidad no es sólo reconocimiento pasivo a la diversidad de pueblos y nacionalidades, es fundamentalmente una declaración pública del deseo de incorporar perspectivas diferentes con relación a la sociedad y a la Naturaleza. El Estado plurinacional coloca en la agenda no solamente la soberanía nacional sino incluye también la soberanía patrimonial. Es justo reconocer que han sido los pueblos indígenas y afroecuatorianos los que en mayor medida han evitado la apropiación y destrucción de las riquezas de la naturaleza [...] desde una tradición democrática de no tolerancia al abuso y a la corrupción, las organizaciones que de tiempo en tiempo han salido a las calles a protestar contra los gobiernos neoliberales propusieron, y con éxito, definir el estado como plurinacional [...] El reconocimiento del Estado plurinacional es un paso importante, pero insuficiente, ahora toca construirlo.*⁵⁸

Sem dúvida, o reconhecimento da Plurinacionalidade significou um avanço no modelo de Estado proposto pela nova Constituição. Contudo, veremos, na próxima seção, como, em verdade, a retórica jurídica inseriu um conceito de tamanha importância para os povos indígenas, ao mesmo tempo em que esvaziou a sua potencialidade libertadora.

⁵⁵ ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza (comp.). *Agua: un derecho humano fundamental*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2010. p. 14-15.

⁵⁶ Nesse sentido, a Constituição Equatoriana afirma: “Art. 71. La Naturaleza o Pachamama, 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”.

⁵⁷ GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza en la nueva constitución*. Quito: Ediciones Abya Yala, 2009. p. 17 e 30.

⁵⁸ ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza (comp.). *Plurinacionalidad: democracia em la diversidad*. Quito: Ediciones Abya-Yala. 2009. p. 18-20.

3 Relatos críticos da Constituinte: entre monismo e pluralismo

Como o papel da teoria crítica não é apenas mostrar o aparente, interessa-nos apresentar, também, alguns aspectos controvertidos, verificados durante a investigação empírica, que ocorreram ao longo do processo constituinte equatoriano e que se materializaram na nova Constituição, em relação às principais demandas e propostas apresentadas pelos movimentos sociais contra-hegemônicos, com especial atenção aos movimentos indígenas e camponeses do país.⁵⁹

Nesse sentido, um primeiro aspecto que nos parece marcante é o discurso do presidente Rafael Correa, no dia 30 de novembro de 2007, na abertura dos trabalhos da Assembleia Constituinte de Montecristi.⁶⁰ Nesse discurso, realizado num momento solene, no qual se deveria ressaltar a soberania popular e o debate democrático de ideias e projetos políticos, o presidente equatoriano “podou” uma série de temáticas. Vejamos o que refere Alberto Acosta:

yo particularmente — y se lo dije alguna vez a Rafael — considero que fue su peor discurso: estableció límites a la Asamblea Constituyente. Arremetió, sin argumentos, cerrando la puerta al debate, en contra de los que él considera son ecologistas e izquierdistas infantiles. En esa ocasión no habló en contra de los indigenistas infantiles.⁶¹ También asumió posiciones en contra del aborto, en contra del matrimonio entre homosexuales, e insistió en que el nombre de Dios debía constar en la Constitución. Él dijo que si se aprobaba el aborto, que si se abría la puerta al matrimonio homosexual y no estaba el nombre de Dios en la Constitución, él sería el primero en votar [como ciudadano] en contra de la aprobación del referéndum.⁶²

Como se pode verificar, no teor do discurso há um tom incompatível com a própria ideia do poder constituinte, carregado de moralismo cristão e chavões políticos de cunho conservador, que explicitam já naquele momento alguns dos limites da chamada “*Revolución Ciudadana*”. Nesse mesmo discurso, Rafael Correa refere: “*Ya no somos más los asambleístas de Manabí, del Carchi o de Zamora; Saraguros montubios o cofanes; trabajadores, profesionales y empresarios, somos un todo nacional*”⁶³. Essa fala mostra como o presidente idealiza de forma ufanista a “unidade nacional”, retirando a importância das identidades coletivas indígenas que, naquele momento, lutavam pelo seu reconhecimento como nacionalidades, ao mesmo tempo em que busca subsumir os conflitos classistas numa suposta unidade nacional pacificadora, típica da colonialidade universalista moderna.

Por outro lado, no tocante às pautas dos movimentos indígenas e camponeses, verificamos que, em verdade, não havia uma única posição por parte das várias organizações que compõem esses movimentos sociais. Por meio das entrevistas realizadas e da análise das atas das discussões no pleno da Assembleia Constituinte, observamos que, desde aquele momento, passa a ocorrer uma cisão no interior dos movimentos indígenas e camponeses equatorianos. Isso ocorre porque, ao contrário do que imaginávamos no início da investigação, as várias organizações indígenas e camponesas do país possuem posições políticas distintas, suas bases sociais são de regiões diferentes e as suas necessidades se expressam por meio de um conjunto variado de demandas sociais.

Das principais organizações indígenas e camponesas pesquisadas, a *Confederación Nacional de Organizaciones Campesinas, Indígenas y Negras* (FENOCIN), vinculada ao *Partido Socialista Frente Amplio* (PS-FA), e a *Federación Ecuatoriana de Indios* (FEI), vinculada ao *Partido Comunista del Ecuador* (PCE), compõem a base política do governo de Rafael Correa. Essas duas organizações possuem uma forte vinculação com os partidos políticos

⁵⁹ Boa parte das opiniões expressadas nesta seção é fruto dos relatos coletados em nossa pesquisa de campo no Equador, sobretudo, das 26 entrevistas realizadas — de maneira conjunta com os pesquisadores colombianos Rosember Ariza e Alejandro Rojas — em 2014, com militantes, lideranças políticas, constituintes, pesquisadores e juristas.

⁶⁰ Essa questão nos foi ressaltada por Alberto Acosta, durante a sua entrevista em fevereiro de 2014.

⁶¹ Termo pejorativo que o presidente Rafael Correa vem utilizando corriqueiramente para desqualificar as lideranças indígenas das organizações que se opõem ao extrativismo e às políticas desenvolvimentistas do seu governo.

⁶² Entrevista de Alberto Acosta. In: HARNECKER, Marta. *Ecuador: una nueva izquierda en busca de la vida en plenitud*. Espanha: El viejo Topo Ediciones de Intervención Cultural, 2011. p. 242.

⁶³ CORREA, Rafael. Discurso en la ceremonia de inauguración de la Asamblea Constituyente de Ecuador. Montecristi: 30 de noviembre de 2007.

de esquerda, suas bases sociais são formadas basicamente por camponeses indígenas e fazem uma leitura política marcadamente classista. Ademais, a FENOCIN possui as suas bases nos Andes e litoral, sendo que os camponeses da região litorânea possuem um processo de mestiçagem muito forte e, também, a influência das comunidades negras, ou seja, trata-se de uma organização que não é apenas indígena, cuja unidade se construiu pelo vínculo de classe enquanto camponeses.

Além disso, a partir do momento em que o MUPP-NP e a CONAIE recusam a aliança proposta pelo *Movimiento Alianza PAIS* (AP) para participarem, de forma conjunta, da eleição presidencial de 2006, ocorre um distanciamento e rejeição, por parte do novo presidente, de qualquer projeto ou pauta vinda dessas organizações, dando as primeiras mostras do personalismo político que assumirá o projeto da “*Revolución Ciudadana*”, no período pós-constituinte.⁶⁴ Desde a negativa de aliança, portanto, a relação de Rafael Correa com a CONAIE será plasmada no maniqueísmo da lógica política amigo-inimigo e buscará enfraquecer ou se apropriar das propostas vindas dessa organização. Essa será a posição hegemônica no interior da AP, no entanto, deve-se mencionar que alguns membros não compactuam dessa posição, sobretudo durante a Assembleia Constituinte, e provocam as primeiras fissuras no interior do partido.⁶⁵

As diferentes posições entre as organizações indígenas e as camponesas se expressaram na Assembleia, em especial, no tocante à temática da Plurinacionalidade, ou seja, na tensão congênita entre monismo e pluralismo, razão pela qual a tomaremos como exemplo para a presente análise.

Desde o levantamento indígena do *Inti-Raymi* de 1990, a defesa do reconhecimento de um Estado Plurinacional, por meio de um processo constituinte, fazia parte do discurso reivindicativo da principal organização indígena do país, a CONAIE. Ao longo dos processos de resistência e luta dos anos 90 e começo dos 2000, essa reivindicação vai ganhando consistência política e se aprimorando teoricamente, ao ponto de ser uma das principais bandeiras dos movimentos indígenas de *Abya-Yala*. No caso equatoriano, em verdade, pode-se afirmar, já na experiência constituinte de 1997, que a proposta de um Estado Plurinacional se torna o eixo central do projeto político e da proposta de texto constitucional apresentada pela CONAIE e pelos representantes do MUPP-NP na Assembleia Constituinte de Montecristi.

Em 24 de outubro de 2007, por exemplo, a CONAIE convoca uma grande manifestação que reúne, aproximadamente, 10.000 manifestantes na cidade de Quito. Nessa manifestação, buscava-se apresentar à sociedade equatoriana as propostas do movimento indígena e reivindicar o reconhecimento da Plurinacionalidade.

Nessa linha, no projeto político apresentado pela CONAIE para balizar as discussões na Assembleia Constituinte, consta:

*El Estado colonial, con su carácter excluyente, injusto y oligárquico, se prolongo durante la República. Por eso, para los pueblos y nacionalidades inspirados en su resistencia de siglos de imposición colonial, el Estado Plurinacional es, en primer lugar, un modelo de organización política para la descolonización de nuestras nacionalidades y pueblos y para hacer realidad el principio de un país con unidad en la diversidad. En el marco de la actual coyuntura política y económica de América Latina, es una propuesta destinada a recuperar y fortalecer el Estado y a la sociedad para garantizar el ejercicio pleno de la soberanía popular y superar el modelo económico neoliberal que lo ha privatizado, debilitado y utilizado para el beneficio de ínfimas minorías. Es una manera también de democratizar el Estado y recuperar el control social y comunitario sobre sus instituciones y políticas.*⁶⁶

⁶⁴ Na atualidade, essa situação se acirra, pois essas organizações passam a ser uma “pedra no sapato” para o modelo neodesenvolvimentista equatoriano e a base extrativista da sua economia. Nesta pesquisa, não aprofundaremos essas questões, mas em pesquisa futura desenvolveremos essa relação do atual governo equatoriano e as organizações indígenas.

⁶⁵ Por exemplo, os “*assambleístas*” Alberto Acosta e Monica Chuji, que viriam a sair do partido logo depois. Ambos foram ministros no início do governo da AP, respectivamente de Minas e Energia e de Comunicação. Deixaram os cargos, pois foram eleitos para a Assembleia Constituinte. Frente às “novas” posições adotadas pelo governo, desfiliam-se da AP. Alberto Acosta concorreu na última eleição à presidência pelo MUPP-NP, e Monica atua como defensora de direitos humanos na Região Amazônica, por meio da *Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica* (COICA), sendo uma das lideranças da CONFENIAE, da qual foi vice-presidenta.

⁶⁶ CONAIE. Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente: principios y lineamientos para la nueva constitución del

Ocorre, contudo, que, para a FENOCIN, a proposta central do seu projeto político não era essa, uma vez que, na compreensão da entidade, o foco principal consistia na construção de um modelo de Estado intercultural. Essa posição era compartilhada pelo *Partido Socialista Frente Amplio (PS-FA)*, tendo como um dos seus principais teóricos o historiador Enrique Ayala, quem naquele momento, também, posicionava-se contrário à proposta da Plurinacionalidade, já que, supostamente, não reconhecia a centralidade da luta de classes e a necessidade de construir um processo de transformação social em todo o país.

Na opinião de uma das principais lideranças da FENOCIN e “*assambleistas constituyente*”, em Montecristi, o *kichwa* Pedro de la Cruz, eleito pela *Alianza PAIS*, a proposta da Plurinacionalidade não era clara, nem precisa, e dava margem a possíveis separatismos regionalistas. Segundo essa leitura, isso poderia permitir um fracionamento do Estado-Nação equatoriano e servir a interesses do imperialismo norte-americano, como vinha ocorrendo no caso boliviano.⁶⁷

Nessa linha, a FENOCIN e a CONAIE divergem, explicitamente, em suas posições. Juntam-se à posição da FENOCIN outras organizações marcadamente campesinas, como a FEI, a FENACLE e a FEINE. Essas organizações realizaram uma grande marcha em março de 2008, na cidade de Quito, no intuito de pressionar os constituintes para o reconhecimento da Interculturalidade como eixo transversal da nova Constituição. Defendiam também a realização de um *Plan Nacional Agrário* e o reconhecimento constitucional da Soberania Alimentar.⁶⁸ Nessa manifestação, que se concentrou na frente do Palácio Presidencial de *Carandolet*, o presidente Rafael Correa discursou no seguinte sentido:

*[...] no permitiré sectores radicales que quieren defender su poder. Que buscan entender a la plurinacionalidad como una alianza de territorios en donde tengan su sistema de justicia, salud y educación, en la que pretenden mandar ellos y no el legítimo gobierno del Estado ecuatoriano. Eso no podemos aceptar, compatriotas.*⁶⁹

Essa questão foi uma das principais polêmicas no interior do bloco governista da AP, pois constituintes como Alberto Acosta e Monica Chuji, vinculados historicamente aos movimentos sociais indígenas, buscaram demonstrar que se tratava de uma falsa dicotomia, já que a Interculturalidade e a Plurinacionalidade são complementares. Essa falsa dicotomia, no interior das próprias organizações, mostra como o paradigma jurídico-político moderno permanece hegemônico e propicia interpretações conservadoras da própria esquerda, a qual tende a adentrar em disputas que fragmentam a sua potência transformadora.

Sobre a questão levantada pelo Partido Socialista, em especial pelo historiador Enrique Ayala, de que se perderia a dimensão da luta de classes e se propiciaria separatismos, parece-nos importante reafirmar, a partir das reflexões apresentadas em outros trabalhos, a necessidade de se construir um Socialismo Indo-Americano — algo que tanto José Carlos Mariátegui como Ricardo Paredes já defendiam, há quase um século —, uma vez que a proposta apresentada pela CONAIE não condiz com o tipo de interpretação dada pelo PS-FA. Senão, vejamos:

*[...] La Plurinacionalidad fortalecerá el nuevo Estado, mediante la consolidación de la unidad en la diversidad, destruyendo de este modo el racismo y el regionalismo. La plurinacionalidad promueve la equidad social y política, la justicia económica, la interculturalidad de toda la sociedad, y el derecho de las nacionalidades y pueblos al control territorial y a su gobierno comunitario dentro del Estado unitario, en igualdad de condiciones con los demás sectores de la sociedad. Implica ante todo una construcción desde abajo, desde las comunidades y pueblos del Ecuador, en cuya edificación trabajamos y seguiremos trabajando todos los días, con cambios legales, sin ellos o contra ellos.*⁷⁰ (*Grifos no original*)

Ecuador: por un Estado plurinacional, unitario, soberano, incluyente, equitativo y laico. Quito: CONAIE, 2007. p. 9.

⁶⁷ Essa posição de Pedro de la Cruz nos foi explicitada pessoalmente durante a realização de sua entrevista, em janeiro de 2014. Além disso, outros membros da FENOCIN que foram entrevistados reafirmaram essa mesma posição, ou seja, não se tratava de uma posição pessoal, mas uma posição oficial da organização.

⁶⁸ Rosane Lacerda, em sua recente tese doutoral, verifica essa mesma dicotomia, entre as organizações, sobre a Plurinacionalidade e apresenta algumas entrevistas de jornais concedidas por Pedro da la Cruz durante aquele período. Nesse sentido, ver: LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y Seré Millones*”: Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação. 2 v. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2014, pp. 227-229.

⁶⁹ Disponível em: <http://foro.univision.com/t5/Ecuador/INDIGENAS-Y-CAMPESINOS-RESPALDAN-LA-GESTION-DE/td-p/242981010> Acessado em 02/02/2015.

⁷⁰ CONAIE. Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente: principios y lineamientos para la nueva constitución del

Portanto, da leitura dos documentos e resoluções dos seus congressos, da proposta elaborada após inúmeros debates nas bases, do projeto de Constituição apresentado na Assembleia Constituinte, não se verifica qualquer proposta separatista. Em verdade, o que se depreende é um projeto de ruptura com a tradição moderna e sua vinculação estreita entre Estado e Nação, a partir de um projeto de Refundação do Estado.

El principio de la Plurinacionalidad cuestiona el modelo de Estado-Nación uninacional, monocultural con contenido colonial, excluyente, así como el modelo económico que deshumaniza y que destruye el equilibrio sociedad-naturaleza.

El Estado Plurinacional, se sustenta en la existencia de la diversidad de Naciones Originarias como entidades económicas, culturales, sociales, políticas, jurídicas, espirituales y lingüísticas, históricamente definidas y diferenciadas, con el objetivo de desterrar el colonialismo y desmontar el Estado colonial, desarraigar la estructura de pensamiento colonial. La plurinacionalidad pasa necesariamente por la reconstrucción y la reconstitución de los Pueblos y Naciones Originarias con base a la libre determinación, y por la configuración de un ordenamiento político, institucional y jurídico que plasme la unidad en la diversidad.⁷¹

Essa perspectiva propõe que o “novo” Estado abarque as diversas nacionalidades presentes no país e reconheça a capacidade das nações e povos indígenas para exercer, nos seus territórios, o autogoverno⁷². O autogoverno seria baseado nas suas tradições e desvinculado da relação de representação política dos partidos políticos. Permitindo, assim, o reconhecimento das autoridades das nacionalidades indígenas e a sua participação nos poderes Legislativo e Executivo. Não se trata, portanto, de uma proposta separatista, pelo contrário, trata-se de uma proposta que abarque a diversidade de nações no seio de um mesmo Estado e a sua legitimidade para se autogovernar.

Após uma série de debates na Assembleia Constituinte⁷³ e, sobretudo, no interior das plenárias do partido governista, a bancada da *Alianza PAIS* decide reconhecer a complementaridade entre Interculturalidades e Plurinacionalidades e, assim, apoiar a inclusão de ambas como características do Estado Equatoriano no primeiro artigo da Constituição.

4 Análise comparativa do projeto proposto pelos movimentos indígenas e o novo texto constitucional promulgado

Em seus principais documentos, manifestações e, sobretudo, na sua proposta para a constituinte a CONAIE já alertava: “[...] *el Estado Plurinacional no implica solamente una declaratoria formal en el artículo primero de la Constitución*”⁷⁴. Da análise detalhada do texto constitucional aprovado e do novo arcabouço jurídico-político, o que, em verdade, verifica-se é que a Plurinacionalidade ficou restrita ao primeiro artigo da Constituição, não incidindo diretamente na estrutura organizativa do Estado, em especial, nos cinco poderes⁷⁵ — *funciones*

Ecuador: por un Estado plurinacional, unitario, soberano, incluyente, equitativo y laico. Quito: CONAIE, 2007. p. 10.

⁷¹ CONAIE. *Proyecto político para la construcción del Estado Plurinacional e Intercultural*. Propuesta desde la visión de la CONAIE. Quito: Artes Gráficas Silva, 2012. p. 31-32.

⁷² Para a CONAIE: “[...] el reconocimiento del autogobierno, expresado como gobierno comunitario, que no significa aislarse o encerrarse, sino reconocer el derecho de los pueblos a sus propias formas de autoridad, a un control desde las bases, desde las comunidades locales que forman parte de la organización de los pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, no indígenas y montubios. Implica reconocer un territorio no solo para reproducirse físicamente sino para practicar una forma de vida, un modo de vivir em el mundo, una civilización”. CONAIE. Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente. Principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador. Por un Estado Plurinacional, Unitario, Soberano, Incluyente, Equitativo y Laico. Quito: CONAIE, 2007, p. 11.

⁷³ Os entrevistados mencionaram que houve até a participação de intelectuais estrangeiros, como do sociólogo Boaventura de Sousa Santos e de Jaimes Anaya, relator especial da ONU para os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais dos Indígenas, para buscar uma posição favorável da AP na votação da inclusão da Plurinacionalidade.

⁷⁴ CONAIE. Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente: principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador: por un Estado plurinacional, unitario, soberano, incluyente, equitativo y laico. Quito: CONAIE, 2007. p. 10.

⁷⁵ Essa ampliação e superação da tradição francesa da tripartição dos poderes do Estado é um aspecto característico do novo constitucionalismo latino-americano que mereceria um estudo específico, mas que não deve deixar de ser ressaltado.

— aprovados (Legislativo, Executivo, Judicial, Eleitoral e Transparência e Controle Social), nem se tornando um eixo transversal de todo o texto constitucional, como a interculturalidade passou a ser.

Dá análise comparativa entre os textos constitucionais (o aprovado pela Assembleia e o proposto pela CONAIE), verifica-se uma discrepância latente entre a proposta do movimento indígena e o texto aprovado, pois no primeiro o “conceito” Plurinacionalidade consta, apenas, quatro vezes (arts. 1º, 6º, 257 e 380), já na proposta da CONAIE⁷⁶ ele está expresso transversalmente ao longo de toda a Constituição, totalizando mais de 100 vezes.

Outra questão levantada pelos entrevistados, que gerou bastante tensionamento entre a proposta da CONAIE e a bancada da AP, referia-se à questão da exploração de recursos naturais ou realização de mega-projetos em territórios indígenas. A proposta da CONAIE era de que constasse textualmente que as comunidades deveriam ser consultadas previamente e, para a realização desse tipo de atividade, deveria ocorrer o consentimento da população afetada. Ou seja, defendiam um consentimento prévio e vinculante por parte das comunidades indígenas afetadas, as quais possuiriam o direito à objeção. Nesse sentido, vejamos:

*Art. 43 – Toda decisión con posibles efectos ambientales para la población deberá ser sometida a consulta de buena fe a fin de obtener su consentimiento libre e informado. Este proceso reconocerá el derecho a objeción de la población. En caso de violación de este precepto se estará a lo prescrito en el Art. 34.7 de esta Constitución.*⁷⁷

Por outro lado, a bancada da AP⁷⁸, seguindo as posições do presidente Rafael Correa, não admitia essa posição dos indígenas, que eram chamados de “radicais, extremistas, ecologistas/esquerdistas/indigenistas infantis (sic)” etc.. Na opinião da AP, deveria, apenas, ocorrer uma consulta prévia, sem qualquer capacidade de veto ou decisão vinculante para a administração pública. Ademais, caberia à instância superior meramente fundamentar o interesse na obra. Infelizmente, essa foi a perspectiva que prevaleceu no art. 398 da nova Constituição equatoriana. Senão, vejamos:

Art. 398.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley. (Grifos nossos).

A importância dessas “filigranas” tende a ser menosprezada nas maiorias das análises sobre a nova Constituição equatoriana. Contudo, elas demonstram a força e a vigência do modelo econômico extrativista para um país dependente como o Equador sobre os interesses e direitos coletivos das nacionalidades indígenas do país. Ademais, apontam para o fato de que, mesmo com uma ampliação sem precedentes no âmbito dos direitos fundamentais, direitos da natureza — determinadas questões candentes da atualidade, em torno dos conflitos territoriais na Amazônia, como, por exemplo, a polêmica exploração do Parque do Yasuní —, expõe os limites do neodesenvolvimentismo e dos chamados governos progressistas em relação à questão socioambiental e o debate sobre a autonomia dos territórios indígenas.

Nesse sentido, deve-se reafirmar a importância dos territórios tradicionais para os povos indígenas, pois eles possuem verdadeiro *status* ontológico para essas populações, as quais os compreendem como um espaço fundamental para a (re)produção da sua vida e cultura. Ou melhor, como diriam os *Kichwas* do povo *Sarayaku*: as florestas e seus territórios — a *Kawsak Sacha*⁷⁹ (selva vivente) — são uma profunda teia de (re) produção da vida.

⁷⁶ CONAIE. Propuesta de una nueva Constitución Plurinacional desde la CONAIE. Quito: Imprenta Nuestra Amazonía, 2007.

⁷⁷ CONAIE. Propuesta de una nueva Constitución Plurinacional desde la CONAIE. Quito: Imprenta Nuestra Amazonía, 2007. p. 67.

⁷⁸ Com algumas exceções, como mencionamos anteriormente.

⁷⁹ Sobre o tema, ver: <https://kawsaksacha.org/es/>

Outro aspecto controverso, entre o bloco governista e a CONAIE, que gostaríamos de pontuar neste artigo, foi-nos mencionado por vários dos entrevistados e, também, observado durante a análise dos debates sobre a Constituinte, já que, até o último dia de atividades, restava por definir qual seria o conteúdo aprovado pela Assembleia. Referimo-nos à língua oficial adotada pelo Estado Equatoriano. Como se sabe, desde a invasão europeia, ocorre a imposição da língua colonial espanhola nos países da nossa região.

A relevância da linguagem para a preservação das culturas ancestrais é de fundamental importância, uma vez que boa parte dessas tradições milenares se pauta pela preponderância da oralidade para a transmissão da sua cultura. Nesse sentido, durante os mais de 500 anos de imposição da colonialidade eurocêntrica, negou-se o devido valor às diversas línguas originárias da nossa região, as quais, durante vários períodos, chegaram a ser proibidas pela legislação.

No entanto, para além da criminalização, um dos aspectos mais prejudiciais para a preservação das línguas indígenas ocorreu por meio de processos de assimilação e integração. Esses processos ocorreram, principalmente, por meio da educação e alfabetização — elemento que, até algumas décadas atrás, era condição para a cidadania —, pois nesses processos “educativos”, se valorizava a língua colonial como elemento de “civilização”. Já as línguas indígenas eram vistas como símbolo de “barbárie”, ou seja, de inferioridade. Esses processos “sutis” da colonialidade geram uma desvinculação entre as novas gerações e suas culturas tradicionais, pois as sabedorias tradicionais passam a ser desvalorizadas e, muitas vezes, até negadas pela juventude em busca de “aceitação” na “civilização”.

Diante disso, como se pôde verificar no relato da formação dos movimentos indígenas e camponeses equatorianos, desde as lutas travadas na primeira metade do século XX, uma das principais pautas de reivindicação era a criação de escolas indígenas nas comunidades onde o *kichwa* fosse adotado. Nas primeiras escolas indígenas construídas pela *Mama Dolores Cacuango*, por exemplo, um dos aspectos mais marcantes e que causavam profundo temor por parte das autoridades era a alfabetização bilíngue das populações originárias.

No decorrer do século XX, essas reivindicações foram se aprimorando, e os movimentos indígenas, com forte apoio dos setores da Igreja vinculados à Teologia da Libertação, passam a reivindicar do Estado um modelo educacional diferenciado, que lhes reconheça enquanto *Outros* e que não imponha uma única língua como elemento de “civilidade”. Assim, as principais organizações indígenas do país passam a construir os projetos de educação bilíngue, nos quais se incentivam a formação de educadores indígenas, vindos das próprias comunidades, e um modelo educacional que abarque, por meio de processos de aprendizagem pautados na interculturalidade, a utilização e a valorização dos idiomas indígenas. Interessante mencionar, como exemplo da colonialidade linguística, que na atualidade o ensino do inglês — língua imperial — é obrigatório nas escolas públicas equatorianas, mas o ensino da língua originária é visto como indigenismo radical ou como elemento de folclore. Devemos recordar, também, que a temática educacional sempre esteve presente nas reflexões do pensamento crítico latino-americano, pois se trata de um ponto fulcral para qualquer processo de transformação social.

Frente a isso, durante o processo constituinte equatoriano, havia uma forte pressão dos movimentos indígenas e camponeses pelo reconhecimento do *kichwa* como língua oficial do país, no mesmo patamar do espanhol, e pela inclusão e valorização dos demais idiomas indígenas nas suas regiões, por meio de processos interculturais fomentados pelo Estado. O projeto apresentado pela CONAIE referia que:

[...] El castellano y el kichwa son los idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas de las nacionalidades son oficiales en las regiones y áreas de su uso y forman parte de la cultura nacional. (...) El kichwa u otras lenguas ancestrales serán parte de los programas curriculares en los establecimientos de población hispanohablante.⁸⁰

No entanto, essa proposta foi amplamente rechaçada ou questionada pelos setores conservadores, até por parte da bancada da AP. Os meios de comunicação, nesse período, utilizaram diversos expedientes para

⁸⁰ CONAIE. Propuesta de una nueva Constitución Plurinacional desde la CONAIE. Quito: Imprenta Nuestra Amazonía, 2007.

desqualificar a proposta e chegaram até a “censurar” arbitrariamente declarações públicas dos constituintes indígenas realizadas em *kichwa*.⁸¹

Nesse sentido, uma primeira versão do artigo sobre a língua oficial do país havia sido aprovada pelo pleno da AC, mas nela não constava o idioma *kichwa* como idioma oficial do país, o que era um verdadeiro retrocesso se comparada com a Constituição de 1998. Diante disso, já nos últimos dias da Assembleia Constituinte, Alberto Acosta⁸² chegou a propor a revisão desse artigo e apresentou a seguinte redação:

*el castellano y el kichwa, como primeras lenguas de relación intercultural, son idiomas oficiales del país. Son de uso oficial los demás idiomas en las zonas donde habitan los otros pueblos y nacionalidades. Todas las lenguas del país son patrimonio cultural y como tales el Estado las respetará, conservará y estimulará.*⁸³

Contudo, parte da bancada do seu próprio partido (AP) não apoiou a proposta e inviabilizou a sua aprovação. Essa postura reacionária — visto que retrocedia à redação da Constituição de 1998 — da bancada governista causou uma grande mobilização das organizações indígenas e acirrou a polarização entre o presidente Rafael Correa e a CONAIE, algo que se agravaria no decorrer dos anos.

Diante da mobilização indígena, apenas no dia 24 de julho de 2008 (penúltimo dia da Assembleia Constituinte), o constituinte Pedro de la Cruz (AP e FENOCIN) realizou um pedido de reconsideração do texto sobre a língua oficial e propôs a seguinte redação:

Art. 2. [...] El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso.

Essa nova redação foi aprovada com 88 votos favoráveis dos 130 constituintes. Ocorre que, como se pode ver, essa nova redação mantém a hierarquia do espanhol sobre os outros idiomas, como existia na constituição de 1998, ou seja, não foi um avanço, pois retirou a potência transformadora da proposta das organizações indígenas que almejavam um processo de revalorização desses idiomas por meio da educação pública intercultural bilíngue.

No dia 25 de julho de 2008, a Assembleia Constitucional de Montecristi encerrou os seus trabalhos formais. No entanto, outro problema mencionado pelos entrevistados foi o prazo exíguo para realizar a sistematização e formatação da nova Constituição. Cabe recordar que o próprio presidente da Assembleia, Alberto Acosta, se retirou do cargo em junho daquele ano, pois não concordava com a celeridade que se pretendia dar e com os rumos que o Executivo vinha adotando. O jurista Ramiro Ávila Santamaria, que participou da equipe encarregada de realizar esse trabalho, mencionou, durante a sua entrevista, uma série de dificuldades ocasionadas pela pressão do Executivo para a publicação do texto final da Constituição, que iria para votação via *referendum*. Além de problemas de sistematização e de forma, ocorreram algumas reduções ou alterações nos artigos aprovados pelo pleno (que somavam mais de 500 artigos) em relação aos que realmente foram publicados para o texto final (a nova Constituição consta com 444 artigos). Outro aspecto problemático se refere ao regime de transição da nova Constituição, que sofreu ingerência direta do Executivo e não condiz com o texto aprovado em plenário.

Diante do exposto, a CONAIE, juntamente a algumas outras organizações populares, defenderam um “Sim Crítico” no *referendum*, pois determinadas questões permaneciam latentes. Ainda assim, entendemos,

⁸¹ Como, por exemplo, o caso marcante ocorrido com a constituinte Margarita Morocho, eleita pela *Alianza PAIS*. Durante entrevistas com os constituintes, ao iniciar a sua fala em *kichwa*, Margarita Morocho simplesmente foi censurada por parte da imprensa, que desligou os microfones e não transmitiu a sua entrevista. O caso provocou um profundo mal-estar e gerou uma nota de repúdio por parte da AC e das organizações indígenas e campesinas.

⁸² Nesse momento, Alberto Acosta já havia deixado a presidência da Assembleia Constituinte, visto que não concordava com a pressão exercida pelo Executivo no processo constituinte e, sobretudo, a imposição de que não haveria prorrogação de prazo para finalizar adequadamente os trabalhos. Um relato detalhado sobre o ocorrido pode ser visto em: ACOSTA, Alberto. *Bitácora constituyente*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2008.

⁸³ ACOSTA, Alberto. *Bitácora constituyente*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2008. p. 236.

juntamente a Alberto Acosta, que

*un proyecto con historia, que se nutre de las luchas y las movilizaciones a Montecristi de tantas mujeres y hombres, indígenas, afroecuatorianos, cholos, montubios, mestizos, jóvenes, estudiantes, trabajadores, campesinos, maestros, jubilados, emigrantes, ecologistas, amas de casa, empleados, profesionales, comunicadores sociales, artesanos, pescadores, artistas, investigadores, pequeños, medianos e incluso algunos grandes empresarios que han apostado por el país y su crecimiento. Por lo tanto, no podemos desconocer esta valiosa memoria acumulada y que está a punto de plasmarse en una nueva Constitución.*⁸⁴

A nova Constituição foi aprovada por meio de *referendum* realizado no dia 28 de novembro de 2008. 63,93% dos eleitores equatorianos votaram pelo SIM. Sua publicação, no diário oficial, ocorreu em 20 de outubro de 2008. Mesmo verificando uma série de limites e contradições no processo constituinte equatoriano, a Constituição aprovada em 2008 demonstrou a existência de um acúmulo das lutas populares capaz de produzir uma grande modificação no sistema jurídico-político, pois:

a experiência prática, vivenciada no processo constituinte, assinala claramente um destes ‘momentos de fusão’, a ponto de se poder dizer ter-se articulado naquele momento um projeto de poder popular e de uma sociedade alternativa, participativa e democrática, que se refletiu no produto constitucional⁸⁵

Nesse sentido, parece-nos que o discurso do preâmbulo da Nova Carta Política do Equador sintetiza o sentimento constituinte do povo equatoriano naquele momento histórico:

*NOSOTRAS 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, INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, Decidimos construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana – sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y, En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente: Constitución.*⁸⁶

5 Considerações Finais

Diversas questões poderiam ser levantadas a partir da aprovação da nova Constituição: desde as inúmeras inovações técnico-jurídicas e jurisprudenciais e até uma série de aspectos simbólicos e ideológicos que marcam o processo daquele país. Contudo, o que observamos durante a pesquisa de campo é que vem ocorrendo a partir da promulgação da Constituição de *Montecristi* é um processo de enfraquecimento do projeto político constitucional. Os conflitos entre os movimentos sociais contra-hegemônicos e o governo de *Alianza PAIS* se intensificaram, pois o modelo desenvolvimentista pautado no extrativismo e na dependência das transnacionais permanece como eixo central da economia equatoriana. Ocorre, contudo, que ele choca frontalmente com o modelo constitucional adotado, pautado no *Sumak Kawsay* e nos Direitos da Natureza, os quais passaram a ser mais um instrumento jurídico-político nas incessantes lutas dos povos indígenas e campesinos por sua libertação.

No entanto, tais aspectos serão desenvolvidos em futuros trabalhos, neste momento podemos concluir que os movimentos sociais tiveram forte atuação na ativação do poder constituinte originário, ou seja,

⁸⁴ ACOSTA, Alberto. *Bitácora constituyente*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2008. p. 44.

⁸⁵ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Sociologia jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 64.

⁸⁶ Preâmbulo da Constituição Equatoriana de 2008. Disponível em: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

tornaram-se verdadeiras fontes de novas juridicidades ampliando a participação social, o debate democrático e gestando uma nova cultura jurídica. Por outro lado, também verificamos um forte tensionamento entre os interesses dos projetos neodesenvolvimentistas e dos interesses extrativistas da transnacionais com a perspectiva dos povos indígenas e dos movimentos sociais contra-hegemônicos, plasmada na nova carta constitucional. Os Direitos da Natureza e o Bem Viver tornaram a nova Constituição equatoriana uma das mais avançadas na matéria ambiental e o direito constitucional latino-americano amplamente reconhecido e estudado internacionalmente nas últimas décadas. Contudo, infelizmente, essas conquistas não se materializaram e, assim, parece que a destruição dos *Comuns*⁸⁷ e o desrespeito aos territórios indígenas é algo que todos os nossos países possuem em “comum” enquanto tradição jurídica moderna marcada pela colonialidade do ser, saber e poder.

Referência

- ACOSTA, Alberto. *Bitácora constituyente*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2008.
- ACOSTA, Alberto. *Buen Vivir–Sumak Kawsay: una oportunidad para imaginar otros mundos*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2012.
- ACOSTA, Alberto; MARTINÉZ, Esperanza (comp.). *Agua. Un derecho humano fundamental*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2010.
- ACOSTA, Alberto; MARTINÉZ, Esperanza (comp.). *Plurinacionalidad: democracia em la diversidad*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.
- CLAVERO, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México, D.F: Siglo XXI editores, 1994.
- CONAIE. *Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente: principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador: por un Estado plurinacional, unitario, soberano, incluyente, equitativo y laico*. Quito: CONAIE, 2007.
- CONAIE. *Proyecto político para la construcción del Estado Plurinacional e Intercultural*. Propuesta desde la visión de la CONAIE. Quito: Artes Gráficas Silva, 2012.
- DALMAU, Rubén Martínez. Los Nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia. *La Tendencia: Revista de análisis político*, Quito, n. 9, p. 38, mar./abr. 2009.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- DUSSEL, Enrique. *20 tesis de política*. Mexico: Siglo XXI: Centro de Cooperación Regional para la Educación de adultos em América Latina y el Caribe, 2006.
- GALEANO, Eduardo. *La naturaleza no es muda*. Semanario Brecha. Montevideo, 8 Abr. 2008.
- Gargarella, Roberto. *Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.
- GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza en la nueva constitución*. Quito: Ediciones Abya Yala, 2009.
- Harnecker, Marta; FUENTES, Federico. *Ecuador: una nueva izquierda en busca de la vida en plenitud*. Quito: Ediciones Abya Yala, 2011.

⁸⁷ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI*. São Paulo: Boitempo, 2017.

- LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y seré millones*”: contribuições descoloniais dos movimentos indígenas latino americanos para a superação do mito do Estado-Nação. 2 v. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2014.
- LINERA, Álvaro Garcia. *A potência plebeia: ação coletiva e identidades indígenas, operárias e populares na Bolívia*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- MALDONADO, E. Emiliano; JODAS, Natália. *Direitos da natureza e lutas por água: um olhar ecossocialista indo-americano*. REVISTA CULTURAS JURÍDICAS, v. 4, p. 172-197, 2017.
- MALDONADO, Efendy Emiliano. *Histórias da insurgência indígena e campesina: o processo constituinte equatoriano desde o pensamento crítico latino-americano*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.
- MALDONADO, Efendy Emiliano; FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Historicidade crítica do constitucionalismo Latino-Americano e Caribenho. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 8, n. 4, p. 2843-2881, dez. 2017.
- MORENO YANEZ, Segundo. *El Levantamiento Indígena del Inti Raymi de 1990*. Quito: Abya Yala, 1992.
- NAVAS, Marcos. *Lo público insurgente: crisis y construcción de La política en la esfera pública*. Quito: Editorial Quipus-CIESPAL, 2012.
- PACHANO, Simón. RC- R’C’= 0. p.43-74. In: CORREA, Rafael; MANTILLA MEJÍA, Sebastián y. (coord.). *Balance de la revolución ciudadana*. Santiago. Quito: Editorial Planeta del Ecuador, 2012.
- PASTOR, Roberto Viciano (ed.). *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2012.
- PAZ Y MIÑO, Juan J.; PAZMIÑO, Diego. El proceso constituyente desde una perspectiva histórica, p. 40. In: ANÁLISIS: nueva constitución. Quito: ILLDIS; Friedrich Ebert Stiftung: La Tendencia; Revista de Análisis Político, 2008.
- PISARELLO, Gerardo. *Procesos constituyentes: caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Trotta, 2014.
- PISARELLO, Gerardo. *Un largo termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011.
- PRADA, Raúl. *Descolonización y transición*. Quito: Ediciones Abya Yala, 2014.
- QUIJANO, Aníbal. Des/colonialidad del poder: el horizonte alternativo. p. 107-114. In: ACOSTA, Alberto; MARTINÉZ, Esperanza (comp.). *Plurinacionalidad: democracia em la diversidad*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.
- RAUBER, Isabel. *Revoluciones desde abajo: gobiernos populares y cambio social em Latinoamérica*. Buenos Aires: Continente, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política: para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Santa Maria da Feira: Edições Afrontamento, 2006. v. 4.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Souza; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva (org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa de Luxemburgo/Editora Abya Yala, 2012.
- SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Sociologia jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

- TAPIA, Luis. *El estado de derecho como tiranía*. La Paz: CIDES-UMSA, 2011.
- TORRE RANGEL, Jesus Antonio de la. *El Derecho que sigue naciendo del pueblo: movimientos sociales y pluralismo jurídico*. Aguascalientes-México: Ediciones Coyocán, 2013.
- VERDUM, Ricardo (org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.
- WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (org.) *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*. Aguas Calientes: CENEJUS/Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015.
- WOLKMER, Antonio Carlos; MACHADO, Lucas. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latinoamericano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.
- WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.
- WOLKMER, Antonio Carlos; RADAELLI, Samuel Mânica. Refundación de la teoría constitucional latinoamericana: pluralidad y descolonización. *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, Madrid, v. 37, n. 2, p. 31-50, jul. 2017.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. Paper apresentado no VII Congresso de RELAJU, Lima, Peru, Ago. 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y lo humano*. Buenos Aires: Ediciones Colihue, 2011.

**SEÇÃO II: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
E DEMOCRACIA**

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**La revisión judicial en
democracias defectuosas**

**Revisão judicial em democracias
defeituosas**

Roberto Gargarella

La revisión judicial en democracias defectuosas*

Revisão judicial em democracias defeituosas

Roberto Gargarella**

Resumo

Este artículo presenta propuestas de acciones judiciales favorables al diálogo constitucional y democrático, a fin de adaptarlas al contexto de democracias defectuosas. La práctica judicial goza de una posición institucional que permite la reparación de varias fallas democráticas graves, componentes típicos de contextos de deslegitimación de la democracia constitucional. Se argumenta que, a partir de las intervenciones dirigidas a la implementación y el refuerzo de la democracia deliberativa, con miras a la inclusión de las minorías desfavorecidas, los jueces trabajarán en la reconstrucción del carácter democrático y la restauración del sistema.

Palavras-chave: Diálogo democrático. Democracia deliberativa. Democracia defectuosa. Diálogo constitucional. Revisión judicial.

Abstract

This article presents proposals for judicial actions favorable to constitutional and democratic dialogue, in order to adapt them to the context of defective democracies. The judicial practice enjoys an institutional position that allows the repair of several serious democratic failures, typical components of contexts of delegitimization of constitutional democracy. It is argued that, based on interventions aimed at the implementation and strengthening of deliberative democracy, with means to include disadvantaged minorities, judges will work on the reconstruction of the democratic character and the restoration of the system.

Keywords: Democratic dialogue. Deliberative democracy. Defective democracy. Constitutional dialogue. Judicial review.

1 Introdução y conceptos centrales

En este escrito, propondré una revisión de algunas teorías tradicionales (procedimentalistas) sobre el control judicial de constitucionalidad, tomando en cuenta, por un lado, una concepción normativa informada por el ideal del “diálogo constitucional”, y por otro, el contexto propio de “democracias defectuosas” que parece distintivo de muchos de nuestros países (aunque me concentraré, en lo que sigue, fundamentalmente en casos provenientes de América Latina).

* Autor convocado/ Guest editor

** Professor de Direito Constitucional da Universidade de Buenos Aires - UBA e da Universidade Torcuato di Tella. Doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires e pela Universidade de Chicago. Pós-Doutor na Balliol College da Universidade de Oxford. Advogado e Sociólogo. Email: robert@utdt.edu

Definiré al “diálogo constitucional” como una conversación abierta y continua entre las diferentes ramas del gobierno y el pueblo, con el objetivo de interpretar la Constitución¹. Para caracterizar mi enfoque sobre el diálogo constitucional, tendré en cuenta el ideal de una concepción deliberativa de la democracia. Aunque existen diferentes versiones de lo que es una democracia deliberativa, presupondré aquí que la democracia deliberativa está directamente relacionada con el ideal (habermasiano) de una discusión abierta y continua sobre temas de interés público (o moralidad pública) entre todos aquellos potencialmente afectados². De acuerdo con esta definición, una democracia deliberativa adecuada, es decir, una que es capaz de crear decisiones públicas imparciales, se distingue por la presencia de dos características fundamentales, a saber: i) inclusión social; y ii) debate público. Por lo demás, presupondré aquí que las mismas razones que apoyan la democracia dialógica iii) requieren que no se interfiera con cuestiones de moral privada o autorreferentes, es decir, cuestiones en las que nadie más se ve afectado más que uno mismo³. Cuando no hay terceros afectados, la cuestión nos refiere a temas de autonomía individual, y no de autogobierno colectivo. Y la democracia debe reservarse a los problemas de la moral pública (como diría Carlos Nino: ella carece de capacidades epistémicas para intervenir en cuestiones de moral privada).

Mientras tanto, con la idea de “democracias defectuosas”, haré referencia a las organizaciones políticas basadas en la elección periódica de autoridades, y afectadas gravemente en su funcionamiento por una secular historia de desigualdad. Caracterizaré a las “democracias defectuosas” a partir de rasgos como los siguientes:

Desigualdad: En primer lugar, consideraré que la idea de “democracias defectuosas” nos refiere a una situación muy propia de una mayoría de países de América Latina, marcados por profundas desigualdades. En los hechos, América Latina se convirtió -y se mantiene desde el momento de la independencia al menos- como la región más desigual del mundo. En América Latina, la desigualdad es el producto de injusticias sociales, y genera nuevas y numerosas injusticias sociales, que son percibidas como tales.⁴ Tales desigualdades tienden a manifestarse en todas las esferas de la sociedad, generando problemas de opresión económica, subordinación social, y exclusión política.

“Disonancia democrática”: En segundo lugar, diría que en las “democracias defectuosas” tendemos a encontrar fuertes tensiones entre las altas expectativas y demandas (democráticas) de la ciudadanía (que en América Latina han aumentado en número e intensidad en las últimas décadas); y las limitadas oportunidades para la decisión y el control ciudadanos, ofrecidas por nuestro sistema institucional. Según asumo, el sistema institucional predominante en América Latina organizó un sistema representativo basado en una idea de la representación limitada (representación como “primera opción” y no como “mal necesario” o “segundo mejor”, lo que hubiera abierto al sistema a opciones más participativas); mostró una clara preferencia por la adopción de “controles internos” o “endógenos,” antes que otros “externos” o “populares;” y terminó por

¹ De modo similar, BAKKER, B. Blogs as Constitutional Dialogue: Rethinking the Dialogic Promise. *New York University Annual Survey of American Law*, v. 63, 2008, 215, 216, 2008; también, DOR, G. ‘Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective. *Indiana International & Comparative Law Review*, v. 11, n.1, 2000, p.17-18.

² HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. Cambridge: The MIT Press, 1998; ELSTER, J. The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory. In: ELSTER, J. *The Foundations of Social Choice Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986; NINO, C. Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina. In: LIPHART, A.; WAISMAN, C. (Eds.) *Institutional Design in New Democracies*. New York: Westview Press, 1996.

³ NINO, C. *The Ethics of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1991.

⁴ Para Terry Karl, América Latina “es la región más desigual del mundo. Esta aguda desigualdad afecta virtualmente todos los aspectos de la vida económica, social y política; es fundamental para explicar por qué los resultados de las últimas dos décadas de desarrollo han sido tan decepcionantes en esta área del mundo. El crecimiento económico ha sido sorprendentemente bajo... A medida que la región entra en el siglo XXI, más de un tercio de sus ciudadanos vive en la pobreza, y cerca de 80 millones de personas sufren pobreza extrema ... No es sorprendente que en una región caracterizada por la distribución más desigual del ingreso... la mayoría crea que sus sociedades son fundamentalmente injustas (KARL, T. *The vicious cycle of inequality in Latin America*. Working Paper, 2002. Disponible en: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.565.1033&rep=rep1&type=pdf>>. Acceso en: 11 jul. 2019).

establecer (lo que Unger caracterizó como) una “hipertrofia de prácticas y acuerdos contra-mayoritarios”⁵.

Concentración de poderes e hiper-presidencialismo: Un tercer elemento que consideraré distintivo de las “democracias defectuosas” es la concentración de los poderes (económicos y políticos) en América Latina. En particular, asumiré que los sistemas hiper-presidencialistas se han convertido, en tales contextos, en la expresión principal de las desigualdades políticas existentes dentro del sistema institucional⁶. La concentración de poderes políticos ha contribuido a generar, en América Latina, una larga historia de inestabilidad política y golpes de estado.⁷ Además, el recurso frecuente a las figuras del estado de sitio; el estado de emergencia; el estado de excepción; la intervención federal; etc., ha implicado en la práctica graves violaciones de derechos civiles y libertades políticas; y ayudado también a la gradual erosión de todo el esquema de división de poderes.

Los derechos sociales y el problema de la “sala de máquinas de la Constitución”: En cuarto lugar, diré que las “democracias defectuosas” se caracterizan por la mala gestión –sino por la sistemática violación– de derechos sociales, económicos y culturales. En América Latina, las graves desigualdades y las masivas violaciones de derechos fundamentales parecen datos recurrentes que, por lo demás, se acompañan con un dato adicional muy notable: se trata del continente pionero en la introducción de derechos sociales en sus Constituciones, y también el contexto en donde es mayor el número de derechos constitucionales incorporados en la Constitución. En escritos anteriores, vinculé tales problemas al hecho es que, desde principios del siglo XX, los latinoamericanos introdujeron cambios drásticos en su organización de derechos, pero ellos no cambiaron su organización de poderes de modo acorde. Como resultado de ello, las Constituciones latinoamericanas exhiben, aún hoy, declaraciones de derechos muy “progresistas” y, al mismo tiempo, organizaciones de poderes muy anticuadas, que todavía se caracterizan por una concentración acentuada de poderes –un problema al que denominé “el problema de la sala de máquinas” de las nuevas Constituciones. Según sostuve, este marco institucional tiende a ser letal para la aplicación o la vida real de los “nuevos derechos”: esos derechos progresivos terminan resultando, finalmente, dependientes de la voluntad discrecional de unos pocos (y particularmente de la voluntad del Presidente), en control del poder político⁸.

Perfeccionismo moral: En quinto lugar, diré que las “democracias defectuosas” se caracterizan por recurrentes expresiones de “perfeccionismo moral” Por perfeccionismo moral entiendo la visión que sostiene i) que hay ciertos valores morales objetivos o correctos; y ii) que corresponde a las autoridades estatales usar los poderes coercitivos a su disposición para hacer cumplir o poner en práctica esos valores morales objetivamente defendibles. En el caso de América Latina, el conservadurismo político y el perfeccionismo moral se han mostrado unidos, en ocasiones, en el contexto de gobiernos conservadores y democráticos y, más frecuentemente aún, en el contexto de regímenes autoritarios. En la actualidad, la vida política de América Latina continúa oscilando entre iniciativas liberales y conservadoras, lo que implica que, una y otra vez, las autoridades públicas (políticas o judiciales) intentan imponer o implementar políticas moralmente perfeccionistas, incluida la criminalización de conductas puramente privadas; la prohibición o persecución de la homosexualidad y las políticas extremadamente conservadoras en materia de salud reproductiva.

⁵ UNGER, R. *What Should Legal Analysis Become?* New York: Verso, 1996, p. 72, 198.

⁶ NINO, C. Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina. In: LIPHART, A.; WAISMAN, C. (Edits.) *Institutional Design in New Democracies*. New York: Westview Press, 1996.

⁷ En efecto, a comienzos de la década de 1980, la mayoría de los académicos mostraron un notable acuerdo en la existencia de una conexión sólida entre el llamado hiper-presidencialismo y la ruptura democrática. Algunos años más tarde, sin embargo, varios comenzaron a cuestionar lo que parecían ser las “verdades reveladas” del movimiento anti-presidencialista. En particular, muchos de ellos desafiaron el presunto vínculo entre el hiper-presidencialismo y la inestabilidad democrática. Algunos de estos nuevos estudios sostuvieron que la idea conforme a la cual el presidencialismo tendía a sufrir una crisis cíclica que provocaba la ruptura de la democracia no contaba con una base empíricamente sólida (i.e., SHUGART, M.; CAREY, J. *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992). Discutiendo algunos de estos textos, ver, por ejemplo, ALEGRE, M. Democracia sin presidentes. *SELA (Seminaro en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Paper*, 2009.

⁸ GARGARELLA, R. *The Legal Foundations of Inequality*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010; GARGARELLA, R. *Latin American Constitutionalism*. Oxford. Oxford University Press, 2013.

Violencia política y social: Finalmente, consideraré que un sexto rasgo distintivo de las “democracias defectuosas” es el que tiene que ver con los altos niveles de violencia existente. En América Latina, la existencia de desigualdades injustas (y sus derivados, a saber, situaciones de dominación política, opresión social, discriminación económica, etc.) ha sido una de las razones principales (pero no exclusivas) de los frecuentes brotes de violencia política y social que afectan a la región con regularidad. La violencia política fue un fenómeno común desde la época de la independencia, cuando fuerzas políticas opuestas disputaron sobre cómo reorganizar las nuevas sociedades, en un marco dominado por la desigualdad. Junto con esa violencia política organizada, aludiría también a la tradición de protesta social que recorre la región, desde hace siglos, como expresión de las insatisfacciones sociales existentes, y la falta de canales políticos o judiciales, capaces de remediar o dar respuesta a tales problemas. De modo adicional, y en una nota diferente, haría referencia a la violencia social existente en la región, que también parece estar relacionada con la pobreza masiva y las desigualdades injustificadas. La pobreza tiende a generar malestar social, favoreciendo en muchas ocasiones la producción de acciones delictivas y el surgimiento de organizaciones criminales; mientras que la alta desigualdad tiende a favorecer los delitos violentos. Según un informe reciente (2018), América Latina es la región más violenta del mundo: aunque incluye sólo al 8 por ciento de la población mundial, es allí donde ocurre el 33 por ciento de los homicidios (que tienden a concentrarse en sólo cuatro países, a saber, Brasil, Colombia, México y Venezuela).

2 ¿Qué podrían (deberían) hacer los jueces a favor de un diálogo constitucional?

En contextos como el citado: qué misión podrían asumir los jueces, tratando, por un lado, de honrar los ideales del diálogo constitucional; y siendo muy conscientes, por otro lado, de las graves falencias que son propias de las democracias en las que deben actuar?⁹

La posible contribución del poder judicial al diálogo colectivo y democrático se deriva principalmente de su peculiar posición institucional.¹⁰ La principal misión institucional del poder judicial es la de recibir quejas de todos aquellos que se consideran tratados indebidamente por el proceso de toma de decisiones mayoritario. Los jueces están obligados a escuchar y tomar nota de esas quejas, y obligados también a darles una respuesta justificada, basada en razones públicas. En este sentido, los jueces se encuentran en una posición excepcional para integrar los puntos de vista de los perjudicados, y para sopesar debidamente los intereses de aquellos que son desplazados de la arena democrática.¹¹

Permítanme describir brevemente algunas de las tareas que los jueces podrían asumir para favorecer los valores del constitucionalismo dialógico. Al hacerlo, asumiré que debemos repensar el papel constitucional

⁹ En lo que sigue, sugeriré una serie de tareas que podrían caracterizar a un ejercicio justificado del control judicial, pero llamando la atención, en todo caso, y de modo preliminar, sobre el siguiente hecho: teniendo en cuenta los amplísimos poderes institucionales típicamente asignados a los altos cargos judiciales, parece irrazonable pensar que los jueces se limitarán a actuar en los modos en que podría sugerir una teoría dialógica. Más aún, podríamos predecir que los jueces no se apegarán a un enfoque dialógico (o similares), aunque tal vez –y ésta es nuestra expectativa– estén abiertos a adoptarlo ocasionalmente, probablemente como resultado de un cálculo autointeresado (por ejemplo, como una forma de recuperar legitimidad).

¹⁰ Para Daniel Thompson, “la democracia deliberativa no excluye la revisión judicial como un posible arreglo institucional, pero insiste en que a menudo habrá un desacuerdo razonable acerca de qué libertades deben considerarse inviolables, y que incluso cuando haya un acuerdo al respecto, habrá una disputa razonable sobre su interpretación, y sobre cómo deben sopesarse tales libertades con otras” (THOMPSON, D. *Democratic theory and global society. The Journal of Political Philosophy*, [S.l.], v. 7, n. 2, 1999. p. 112).

¹¹ La profesora Sandra Liebenberg presentó un enfoque similar, aunque no idéntico. Para ella, “En un modelo deliberativo de democracia, los tribunales pueden desempeñar un papel valioso en la protección de los intereses y valores vitales que las normas de derechos humanos buscan proteger. [Ellos deben] preservar las condiciones para una participación justa y equitativa en los procesos de toma de decisiones a través de los cuales los derechos humanos tienen un efecto concreto” (LIEBENBERG, S. *Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication. The possibilities and pitfalls of ‘meaningful engagement’*. *African Human Rights Law Journal*, [S.l.], v. 12, 2012, pp. 11).

de los jueces de acuerdo con las enseñanzas de la historia. Sostendré entonces, junto a Cass Sunstein, que las Constituciones deben entenderse como estrategias de pre-compromiso, utilizadas para “proteger (a la sociedad) contra los problemas más comunes [que enfrentan].” En otros términos “las Constituciones deben trabajar en contra de las tendencias más amenazantes que enfrenta una nación”¹². Lo mismo ocurre con los jueces: la tarea judicial debe reconsiderarse, teniendo en cuenta las tendencias más amenazantes que la sociedad en cuestión enfrenta.

La lista de respuestas judiciales posibles, que expondré a continuación, no es exhaustiva. Ella refiere, por lo demás, a acciones que pueden ser finalmente requeridas a las diferentes ramas de poder, de acuerdo con su peculiar posición institucional y legitimidad democrática. Solo me centraré, de todos modos, en la posible intervención del poder judicial. Conforme se verá, mi análisis implica fundamentalmente una revisión importante del “enfoque procedimental” de la revisión judicial propuesto por John Ely, de modo tal de ajustarlo a los requerimientos del “constitucionalismo dialógico en el contexto de constituciones defectuosas”¹³. El análisis de Ely representó, en su momento, una respuesta adecuada –en mi opinión- frente a la “dificultad democrática” generada por la revisión judicial. Sin embargo –y probablemente en razón del momento en que se originó- ella no resultó suficientemente sensible a las exigencias del diálogo democrático o a las severas imperfecciones expresadas por nuestros sistemas democráticos.¹⁴ Por tanto, mi interés será el de ajustar dicha visión a las exigencias de nuestro tiempo.

3 Democracia: reconstrucción democrática

La primera respuesta que quiero explorar se relaciona con las acciones judiciales dirigidas a reparar ciertas fallas graves en el funcionamiento del democrático –fallas que, como vimos, son capaces de erosionar seriamente la legitimidad de nuestra democracia constitucional. Conocemos ya ciertas sugerencias doctrinarias dirigidas a atender cuestiones semejantes. Por ejemplo, contamos con la propuesta de John Ely, que nos lleva a pensar en los jueces como guardianes del procedimiento democrático, a la vez que propone interpretar la Constitución de modo de reforzar la representación (*representation-reinforcing approach*, luego vuelvo sobre esta visión). Además, conocemos las propuestas que sugieren que los jueces utilicen los poderes a su disposición para enfrentar situaciones de injusticia estructural. Así, por ejemplo, en la opinión de Owen Fiss acerca de las interdicciones estructurales (*structural injunctions*)¹⁵, más sobre esto más adelante).

Ahora bien, los enfoques procesales sobre la revisión judicial, como el de Ely, piden a los jueces salvaguardar (impedir que se socave), en lugar de reconstruir, el sistema democrático. Mientras tanto, los remedios estructurales que conocemos, como los que propone Fiss, están dirigidos principalmente a reparar los

¹² SUNSTEIN, C. The Anticaste Principle. *Michigan Law Review*, [S.l.], v. 92, n. 8, 1994. p. 36. Disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=12206&context=journal_articles. Acceso en: 11 jul. 2019.

¹³ ELY, J. *Democracy and distrust*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

¹⁴ La visión de John Ely sobre el control judicial tuvo como apoyo la famosa “nota al pie número 4” del caso *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938). Esa nota al pie puede ser considerada, en palabras de David Strauss, “el primer, sino el único intento, por parte de la Corte Suprema, de definir cuándo es que las normas deben declararse inconstitucionales (Disponible en: <https://www.newyorker.com/news/news-desk/ruth-bader-ginsburg-and-footnote-four>. Acceso en: 11 jul. 2019). Fundamentalmente, y de acuerdo a John Ely, dicho enfoque de la Corte requiere abandonar la presunción de constitucionalidad de que gozan las normas en casos en que los representantes buscan “restringir los canales del cambio político,” o toman medidas destinadas a afectar el status de minorías en sentido estricto (“discrete and insular” en el lenguaje de la Corte). En sus términos, los jueces podían invalidar una norma cuando: “[T]he ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system.” (ELY, J. *Democracy and distrust*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981. p. 103).

¹⁵ FISS, O. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

daños derivados de la violación de derechos, antes que a favorecer la reconstrucción democrática. Pienso, por tanto, en la posibilidad de que los jueces utilicen los medios y los recursos bajo su control para “reparar” o restaurar secciones de nuestra organización democrática que ya no funcionan de la manera requerida o esperada. La idea sería que los jueces también ayuden a recuperar a nuestras dañadas democracias constitucionales; en otras palabras, que ayuden a hacer posible que la ciudadanía recupere su capacidad republicana para *decidir directamente y controlar* lo que hacen sus agentes, como alguna vez lo imaginara Thomas Jefferson. Los jueces podrían, en este sentido, y por ejemplo, requerir que los grupos afectados sean consultados directamente cuando sus intereses se vean seriamente afectados por decisiones públicas relevantes; u organizar audiencias públicas para garantizar que los sectores más desaventajados participen en la elaboración o corrección de los programas que lastiman sus intereses fundamentales. La notable serie de audiencias públicas convocadas por la Corte Suprema de Argentina en el caso de la Cuenca del Río Matanza-Riachuelo resulta, en principio, atractiva en este respecto. Iniciado en 2004, el caso involucraba daños derivados de la contaminación del río Matanza-Riachuelo, que afectó a millones de personas. Se trató de un ejemplo típico de reforma estructural, frente a una política (o, más bien, la ausencia de políticas) que implicaba la violación masiva de derechos, e involucraba además a numerosos actores, con diferentes niveles de responsabilidad, incluido el Gobierno Nacional; la provincia de Buenos Aires; la Ciudad de Buenos Aires y 44 empresas privadas que vertían desechos peligrosos en el río. Las primeras audiencias organizadas por la Corte parecían estar orientadas en la dirección correcta: el tribunal pidió entonces la participación de las personas directamente afectadas y obligó a las autoridades políticas a presentar un plan adecuado para abordar la contaminación del río. Sin embargo, desde el principio, el proceso mostró límites significativos: las empresas privadas y los grupos desfavorecidos fueron –indebidamente– situados en el mismo nivel, en esas audiencias (como si el valor de sus reclamos fuera en algún sentido equivalente); y los más afectados perdieron gradualmente el control del proceso de toma de decisiones y el control de lo que se las autoridades hacían.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia creó, en su momento, la figura del “estado de cosas inconstitucional”, que aparece como pariente directo de las *structural injunctions*. La Corte Colombiana puede declarar dicho estado ante una grave y masiva violación de los derechos, producto de problemas estructurales de larga data. Frente a este tipo de casos, el Tribunal puede adoptar medidas “estructurales”, que no solo benefician a los demandantes en una tutela individual, sino también a otras personas que comparten la misma situación. Esta doctrina fue promovida por primera vez por el máximo tribunal colombiano en su Decisión T-153, de 28 de abril de 1998, donde la Corte tuvo la oportunidad de examinar las condiciones de vida de los reclusos en las cárceles nacionales. Más significativamente, la Corte Constitucional declaró un estado de cosas inconstitucional frente a la situación de exclusión extrema sufrida por la población “desplazada” por la situación de guerra interna que vivió el país durante décadas¹⁶. Desde la perspectiva que se presentó aquí, las iniciativas de este tipo parecen estar bien dirigidas para comenzar a enfrentar problemas importantes y arraigados, que requieren el esfuerzo cooperativo de diferentes secciones del gobierno para enfrentarlos¹⁷. Cabe insistir, sin embargo, con que estas notables iniciativas promovidas por la Corte se dirigieron fundamentalmente a enfrentar situaciones graves de violaciones masivas de derechos, pero no para ayudar a restaurar o fortalecer radicalmente los cimientos básicos del sistema democrático. De hecho, en Colombia, más que en otros países, la política democrática se ha visto históricamente afectada por numerosos factores, desde la violencia política severa hasta la desigualdad radical, las actividades narco-criminales y la presión de las élites poderosas. Ante tales circunstancias extremas, la Corte podría haber hecho una contribución muy significativa a la democracia. Sin embargo, ella optó por no hacerlo.

¹⁶ CEPEDA, M. *How far may Colombia's Constitutional Court go to protect IDP rights?* 2005. Disponible en: <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/brookings/cepedaespinosa.pdf>. Acceso en: 11 jul. 2019.

¹⁷ WALDRON, J. *Judicial review and political legitimacy*. Manuscript on file with the author, 2017.

4 Deliberación: Salvaguardar los procedimientos de una democracia deliberativa

Los tribunales pueden contribuir al diálogo constitucional no sólo promoviendo activamente una conversación entre actores políticos, como veremos más adelante, sino también a través de medidas más “defensivas”, orientadas a salvaguardar las (pre) condiciones procesales del diálogo democrático. John Ely popularizó un criterio similar, argumentando que la Corte Suprema debía interpretar la Constitución de modo tal de impedir el deterioro de las bases procedimentales de la democracia. Para cumplir con esta misión, sostuvo Ely, los jueces debían, ante todo, “despejar los canales de cambio político”. Ahora, ¿qué podría implicar esta propuesta de “limpiar los canales de cambio político”?

Según Ely, su enfoque “orientado a la participación” o “reforzador de la representación” implicaba, primero, una protección especial para los derechos de expresión, prensa, reunión, petición y asociación política, derechos fundamentales para el funcionamiento de una democracia representativa. En otras palabras, los jueces debían examinar todas las restricciones en el área, con un *escrutinio estricto*, y suponiendo que las limitaciones del caso eran contraria a la Constitución. Lo mismo podría decirse, por ejemplo, con los derechos de voto y los casos de “gerrymandering” político.

El problema que veo con este criterio es que el mismo se basa en una concepción estrecha –pluralista– de la democracia¹⁸. Desde mi punto de vista, un enfoque procedimentalista como el propuesto por Ely puede ser en principio suscripto, pero teniendo en mente, en cambio, una comprensión deliberativa de la democracia. Como consecuencia de ello, la misión de los jueces sería la de salvaguardar las *condiciones procesales de la democracia deliberativa*. Ello podría implicar, por ejemplo, que los tribunales requieran a los legisladores que abran el proceso de toma de decisiones al público, evitando o reduciendo así la influencia de los grupos de interés; o que exijan a las autoridades políticas que convoquen audiencias públicas para supervisar aspectos cruciales de la aplicación de la ley. Más radicalmente, la Corte podría analizar el proceso legislativo, a fin de garantizar que el mismo no se convierta en la mera fachada de una decisión tomada, en los hechos, por grupos de interés.

En los últimos años, algunos tribunales “activistas” parecen haber adoptado un enfoque de este tipo. Por ejemplo, los cientistas sociales Scott y Macklem han estudiado y descrito la jurisprudencia de la Corte de la India, prestando especial atención a la “interacción continua” o conversación entre las ramas, estimulada por la Corte Suprema. Para ellos, “la experiencia de la India sugiere que puede ser apropiado permitir que el poder judicial defienda ciertas soluciones para incitar a las otras ramas a debates generales y respuestas concretas que a la larga son más democráticamente legítimas y efectivas”¹⁹. Creo que, en ciertas ocasiones, el Tribunal de la India fue más allá de las demandas y los límites sugeridos por un esquema deliberativo, y asumió responsabilidades que debería haber dejado a los poderes políticos. Sin embargo, sigo pensando que muchos fallos de aquella Corte son capaces de ofrecernos ejemplos únicos acerca de cómo podría decidir un tribunal comprometido con una visión deliberativa.

La Corte colombiana también dejó en claro que estaba preparada para salvaguardar las condiciones procesales de una democracia deliberativa y, por lo tanto, dispuesta a invalidar las normas que aparecían producto de meros “intereses desnudos”. Por lo tanto, en numerosas oportunidades, impugnó decisiones legislativas que no habían sido objeto de un proceso deliberativo cuidadoso. Por ejemplo, en un importante caso del 2004, ella se opuso al llamado “estatuto antiterrorista,” que representaba una parte crucial de la agenda política del presidente Uribe (entonces recientemente reelegido y extremadamente poderoso). A

¹⁸ En este sentido, también, SUNSTEIN, C. The Anticaste Principle. *Michigan Law Review*, v. 92, n. 8, 1994. Disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=12206&context=journal_articles. Acceso en: 11 jul. 2019.

¹⁹ SCOTT, C.; MACKLEM, P. Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution. *University of Pennsylvania Law Review*, [S.l.], v. 141, n. 1, 1992. p. 130.

pesar de la complejidad del caso, la Corte rechazó la iniciativa legislativa después de reconocer que más de una docena de representantes que votaron por el estatuto polémico habían cambiado sus opiniones sobre el tema, de un día para otro, sin dar ninguna explicación pública sobre su cambio de puntos de vista. La Corte colombiana ofreció muchos otros ejemplos de su compromiso con la deliberación abierta. Por ejemplo, en SC-668 (2004), declaró que el artículo 16 de la Ley n. 1, 2003 fue inconstitucional, como consecuencia de la falta de debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes²⁰. A pesar de estos importantes esfuerzos en defensa del carácter deliberativo de los procedimientos democráticos, la Corte no garantizó el debido respeto de esos procedimientos deliberativos en otros casos relevantes, y terminó por abandonar gradualmente la doctrina en la que se basaba para llevar adelante su “control deliberativo” (la doctrina de la *elusión del debate*).

5 Inclusión: ampliando el diálogo político

En continuación directa con el punto anterior (éste podría ser tomado como una mera extensión de aquél), agregaría que los jueces deben contribuir al diálogo colectivo tratando de ampliar la conversación política, a fin de garantizar que el proceso de toma de decisiones no permanezca encapsulado o bajo el control exclusivo de las élites políticas dominantes. Por ejemplo, la Corte de Sudáfrica exploró una interesante ruta de intervención dialógica, a través de lo que se llamó un proceso de “compromiso significativo”. El Tribunal examinó esta alternativa por primera vez en el caso *Olivia Road*, donde los solicitantes impugnaron la práctica de la Municipalidad de Johannesburgo de desalojar a los residentes de los llamados “edificios defectuosos” por razones de salud y seguridad²¹. En un pasaje crucial de su decisión, la Corte declaró:

La Ciudad de Johannesburgo y los solicitantes deben comprometerse entre sí de manera significativa y tan pronto como sea posible, en un esfuerzo por resolver las diferencias y dificultades que se presentan en esta solicitud, y hacerlo tomando en cuenta los valores de la Constitución, los deberes constitucionales y estatutarios del municipio y los derechos y deberes de los ciudadanos interesados.²²

A través de esta decisión, la Corte demostró que podría facilitar la resolución de situaciones de violación masiva de derechos, a través de medios que honrasen el ideal dialógico. La alternativa del “compromiso significativo” aseguró que la comunidad afectada tuviera una voz decisiva en el proceso de toma de decisiones, que no podía limitarse, como solía ser, a los deseos o intereses de la elite gobernante.²³

Asimismo, los jueces podrían asegurar que el proceso no excluya injustamente las voces de las minorías desfavorecidas, es decir, las voces de aquellos que generalmente no son escuchados como resultado de su situación de marginación o exclusión social. Más particularmente, el poder judicial podría garantizar que el proceso de toma de decisiones no excluya argumentos que tiene sentido considerar en aras de la imparciali-

²⁰ GARCÍA JARAMILLO, L. Recepción de postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, [S.l.], v. 10, 2008. Disponible en: http://www.utdt.edu//ver_contenido.php?id_contenido=2450&id_item_menu=3555. Acceso en: 11 jul. 2019.

²¹ CHENWI, L. Democratizing the socio-economic rights enforcement process. In: ALVIAR GARCÍA, H.; KLARE, K.; WILLIAMS, L. *Social and economic rights in theory and practice*. London: Routledge, 2015, pp. 185; LIEBENBERG, S. Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication. The possibilities and pitfalls of ‘meaningful engagement’. *African Human Rights Law Journal*, v. 12, 2012, p. 14; LIEBENBERG, S. Toward an equality-promoting interpretation interpretation of socio-economic rights in South Africa. Insights from the egalitarian liberal tradition. *The South African Law Journal*, [S.l.], v. 132, part. 2, 2015 pp. 411-437).

²² Disponible en: www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.html. Acceso en: 11 jul. 2019.

²³ Sin embargo, debe advertirse que esta iniciativa fue socavada por el mismo Tribunal, el año siguiente, en el caso *Joe Slovo*. (Sorprendentemente, en este caso, a saber, *Joe Slovo*, el Tribunal no solo apoyó el desalojo de los residentes de la comunidad, sino que también lo hizo de manera que puso en cuestión los principios que había enunciado en *Olivia Road* con respecto al “compromiso significativo”: el Tribunal ordenó a las partes participar en un proceso de “participación significativa”, pero sólo con respecto a los diferentes aspectos del proceso de desalojo y reubicación, que dio por sentado). Esta inversión inesperada de sus propios criterios reafirmó lo que ya hemos sugerido: los tribunales tienen un amplio margen de maniobra, lo que les permite optar por alternativas creativas y atractivas, o hacer lo contrario, básicamente a voluntad.

dad; o que no incluya argumentos que sean constitucionalmente inadmisibles. Un buen ejemplo de estas posibilidades aparece en *Doctors for Life*, otro caso que fue resuelto por el Tribunal Constitucional sudafricano.²⁴

En *Doctors for Life*, una organización de médicos presentó una queja ante el Tribunal, alegando que el Consejo Nacional de Provincias (“NCOP”), “al aprobar ciertos proyectos de ley de salud, no invitó a realizar presentaciones por escrito y no llevó a cabo audiencias públicas sobre estos proyectos de ley según era necesario, a partir de su deber de facilitar la participación pública en los procesos legislativos.” La organización pidió a la Corte, entonces, que reflexione sobre la obligación constitucional de los legisladores de facilitar la participación pública en sus procesos legislativos. El tribunal sostuvo entonces:

En el esquema general de nuestra Constitución, los elementos representativos y participativos de la democracia no deben considerarse en tensión entre sí. Ellos deben ser vistos como dándose apoyo mutuo. Las elecciones generales, la base de la democracia representativa, no tendrían sentido sin la participación masiva de los votantes. La participación del público de manera continua proporciona vitalidad al funcionamiento a la democracia representativa. Alienta a los ciudadanos del país a participar activamente en los asuntos públicos, los ayuda a identificarse con las instituciones gubernamentales y a familiarizarse con las leyes a medida que se elaboran. Mejora la dignidad cívica de quienes participan permitiendo que sus voces sean escuchadas y tenidas en cuenta. Promueve un espíritu de acomodamiento democrático y pluralista, que ayuda a que las leyes resulten aceptadas y efectivas en la práctica. Refuerza la legitimidad de la legislación ante los ojos de las personas. Finalmente, debido a su carácter abierto y público, actúa como un contrapeso frente al cabildeo secreto y el tráfico de influencias. La democracia participativa es de especial importancia para aquellos con menos poder en un país como el nuestro, donde existen grandes disparidades de riqueza e influencia.

Esta decisión fue interesante por diferentes razones, pero particularmente debido a la centralidad que algunos miembros del tribunal atribuyeron a los elementos de voz y discusión en el proceso de toma de decisiones y, más específicamente, por la importancia que algunos de tales jueces atribuyeron a la voz de los sin voz.²⁵

Criterios como los anteriores, por lo demás, deberían llevar a los jueces a asumir una actitud opuesta a la que han tomado habitualmente, en los casos relacionados con la protesta social. Ello así, teniendo en cuenta que las víctimas de violaciones graves de los derechos constitucionales enfrentan importantes dificultades para expresar democráticamente sus justas demandas y reclamos. Ante tales situaciones, los jueces deberían comenzar a tomar las protestas sociales más seriamente, en lugar de simplemente considerar a las mismas como respuestas ilegales o expresiones no democráticas. En contextos caracterizados por la falta de canales institucionales adecuados, las personas pueden verse forzadas a ir a las calles, o movidas a ocupar los espacios públicos (es decir, plazas, avenidas públicas) en modos que afecten a terceros, y con el fin de tornar audibles sus demandas.²⁶

²⁴ *Doctors for Life International v. The President of the National Assembly and others*, CCT 12/05, 17 de agosto de 2006.

²⁵ Como lo expresó el juez Sachs: “Una democracia vibrante tiene una dimensión cualitativa y no sólo cuantitativa [...] El diálogo y la deliberación van de la mano. Esto es parte de la tolerancia y la civilidad que caracterizan el respeto por la diversidad que exige la Constitución [...] [De ese modo] grupos minoritarios deben sentir que incluso si sus preocupaciones no están fuertemente representadas, continúan siendo parte del cuerpo político con la dignidad cívica plena que acompaña a la ciudadanía en una democracia constitucional. La participación pública también resulta de particular importancia para los miembros de grupos que han sido víctimas de procesos de silenciamiento histórico. Su dignidad como ciudadanos requiere no sólo que ellos tengan la oportunidad de hablar, sino también que tengan la seguridad de que serán escuchados. Esto resulta de especial relevancia para aquellos que pueden sentirse en desventaja política porque carecen de educación superior, acceso a recursos y conexiones políticas sólidas. En consecuencia, la participación pública fortalece en lugar de socavar la democracia formal, al responder y negar algunos de sus déficits funcionales”.

²⁶ Como sostuvo la minoría disidente, en el caso *Adderley v. Florida* (385 U.S. 39, 1966), “El derecho de petición frente a agravios tiene una historia antigua y no se limita a la posibilidad de escribir una carta o enviar un telegrama a un congresista; ni se limita tampoco a comparecer ante el consejo municipal local, ni a escribir cartas al presidente, al gobernador o al alcalde. Los métodos [convencionales] de petición pueden ser, y con frecuencia han sido ajenos a grandes grupos de nuestros ciudadanos...ellos pueden tener solo un tipo más limitado de acceso a los funcionarios públicos. Sus métodos no deben ser condenados, por tanto, como meras tácticas de obstrucción y acoso, siempre que la asamblea y la petición sean pacíficas, como lo fueron en este caso”. En *Brown v. Louisiana* (383 U.S. 131, 1966), un caso similar (aunque sin el voto del juez Brennan), el grupo minoritario mantuvo la misma

6 Autoritarismo: restaurando el sistema de “frenos y contrapesos”

Ya me he referido a la forma en que los sistemas constitucionales latinoamericanos, desde principios del siglo XIX, han permitido la concentración de la autoridad política en manos de unos pocos, fortaleciendo de ese modo controvertidos sistemas híper-presidenciales. El híper-presidencialismo, según sugerí, fue en parte responsable de algunos de los peores males institucionales que afectaron a la región desde sus años fundacionales. Por mencionar los dos más importantes: el sistema de autoridad concentrada favoreció la inestabilidad política, y así los golpes militares que generaron las violaciones más graves de los derechos humanos durante el siglo XX. Además, dicho sistema provocó la gradual erosión de todo el sistema de “frenos y contrapesos”. Como mencioné anteriormente, el sistema de “checks and balances”, que busca equilibrar el poder de las diferentes ramas del gobierno, parece lógicamente inconsistente con la posibilidad de que una de esas ramas de gobierno tenga asignados muchos más poderes que el resto. En tales condiciones, todo el esquema de controles resulta amenazado: como es de esperar, la rama más poderosa comienza entonces a utilizar sus poderes de amenaza para frustrar la voluntad del resto e imponer su propia autoridad. Esta es la razón por la cual los jueces deben trabajar, no tanto o no sólo para preservar o prevenir el deterioro del sistema de “frenos y contrapesos” –no sólo, como sugiriera John Ely a partir de la famosa nota al pie 4 de *Carolene Products*, para “mantener abiertos los canales del cambio político”- sino principalmente para asegurar la restauración de un sistema ya en buena medida quebrado. En un marco como el descripto, ellos deben trabajar con una presunción anti-autoritaria y anti-presidencial.

La historia nos ha enseñado sobre los tremendos riesgos que plantea la concentración de poderes sobre la democracia y, conforme sostuve, el constitucionalismo debe configurarse y reconfigurarse con un ojo puesto en la historia. Por lo tanto, en países profundamente dañados por los males del híper-presidencialismo, los jueces deberían ayudarnos a reparar las peores consecuencias que el sistema genera y, en general, trabajar para prevenir la aparición recurrente y esperada de tales riesgos.

En su corta historia, la Corte Constitucional de Colombia tomó muchas decisiones destinadas a limitar la capacidad del Presidente para declarar “estados de sitio” o “estados de excepción”, por ejemplo. La decisión C-004, 1992, fue la primera en controlar una declaración de estado de emergencia. En 1994, la Corte dio algunos pasos más, e invalidó el decreto del Presidente Gaviria que establecía un estado de conmoción interna. Esta fue la primera vez en la historia de Colombia, en la que un tribunal colombiano rechazó a un presidente para usar sus poderes de emergencia. El tribunal volvió a tomar una decisión similar, un año después. Además, en la Decisión C-327, 2003, el tribunal limitó la posibilidad del Presidente de renovar un estado existente de conmoción interna y, posteriormente, invalidó la legislación que permitía al Presidente otorgar amnistías generales o perdones individuales durante un estado de excepción; y reglamentó los casos en que el Presidente pudiera declarar una emergencia. Este tipo de decisiones generaron tensiones repetidas entre la Corte y el poder político.²⁷

En términos comparativos, podemos encontrar numerosos ejemplos de tribunales que han cumplido –al

posición que en *Adderley*. En *Tinker v. Des Moines*, (393 US 503, 1969), la mayoría de la Corte aceptó parte de los argumentos de la minoría (al menos con respecto a una teoría más amplia del foro público), y afirmó que la Primera Enmienda permitía la regulación de actividades conectadas con el habla, en circunstancias cuidadosamente restringidas “. Sin embargo, agregó que “no limitamos el ejercicio permisible de los derechos de la Primera Enmienda a una cabina telefónica o a las cuatro esquinas de un folleto, ni a la discusión supervisada y ordenada propia de un aula escolar “.

²⁷ Por otra parte, en 2005, la Corte aprobó una enmienda constitucional que autorizó la reelección del presidente Álvaro Uribe, que no estaba permitida por la Constitución de 1991. Sin embargo, en 2010, el Tribunal bloqueó la oferta del Presidente Uribe por un tercer mandato, al rechazar como inconstitucional un referéndum propuesto que habría preguntado a los votantes si permitirle buscar una nueva reelección. Desde la perspectiva defendida aquí, esta valiente decisión representa un importante paso adelante en la defensa de la democracia. Sin embargo, entiendo que un enfoque adecuado para ese caso requería, desde la Corte, un enfoque teórico diferente: no su “teoría de la sustitución” (que vino para prevenir la promulgación de “reformas constitucionales inconstitucionales”), sino más bien una teoría favorable a la dispersión del poder, que debe aplicarse frente a los intentos recurrentes de quienes están en el poder para expandir sus capacidades institucionales.

menos ocasionalmente- con su función de control (su *accountability function*), en el contexto de las nuevas democracias²⁸. Sin embargo, lamentablemente, los tribunales tienden a ser las primeras víctimas institucionales en los sistemas definidos por la presencia de presidentes hiper-poderosos. De allí la importancia y los límites que parecen ser propios de una tarea como la descripta.

7 Derechos sociales: las condiciones materiales de la democracia

Por lo general, en contextos de profunda injusticia social, encontramos situaciones frecuentes –y no ocasionales- de violación masiva de derechos. En América Latina, estas violaciones masivas de derechos (sociales, en particular) contrastan dramáticamente con la presencia de Constituciones que son extremadamente generosas en lo que concierne a los derechos económicos, sociales, culturales o multiculturales que reconocen.

Sorprendentemente o no, y hasta hace muy poco tiempo, los jueces no solían ver a la mayoría de esos derechos sociales y económicos, como derechos judicialmente exigibles (los consideraban “derechos no operativos”). Los jueces insistieron con este enfoque restrictivo, a pesar del número masivo de derechos fundamentales que eran afectados; la larga lista de derechos incorporados en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas; o la consistencia de este compromiso latinoamericano con el otorgamiento de estatus constitucional a los derechos sociales y económicos (ello porque, típicamente, en cada nueva reforma, las Constituciones latinoamericanas tendieron a ampliar, antes que a reducir, la larga lista de derechos reconocidos). Las razones que los jueces citaron en apoyo de su aproximación restrictiva fueron diferentes, pero generalmente muy pobres. Los jueces alegaron, por caso, que los derechos socioeconómicos (en contraste con los derechos individuales) eran demasiado costosos; que su satisfacción requería de acciones activas, en lugar de simples omisiones u omisiones de las autoridades estatales (como, se suponía, era el caso con los derechos individuales); que ellos no tenían legitimidad democrática para hacer valer esos derechos; que tampoco tenían control sobre el presupuesto; etc.

En contradicción con tales criterios, los jueces podrían y deberían adoptar un enfoque diferente, a fin de evitar nuevas violaciones de los derechos, y permitir que vastos sectores de la población recuperen poder democrático. Más precisamente, ellos deberían entender que la misión de salvaguardar las condiciones procedimentales de la democracia también incluye la protección de las *precondiciones materiales* de la democracia. Esto implica, otra vez, que los jueces no sólo se ocupen de resguardar los derechos básicos de las *discrete and insular minorities* de las que hablaba John Ely, a partir del caso *Carolene Products*, sino que trabajen para preservar a una *mayoría* de desaventajados como agentes o actores activos de la vida democrática de sus comunidad²⁹.

En los últimos años, diferentes tribunales ofrecieron ejemplos sobre cómo es que los jueces podrían cumplir con esta tarea importante, delicada y difícil. Por ejemplo, en el caso de *Mariela Viceconte contra el Ministerio de Salud y Bienestar Social*, un tribunal argentino sostuvo que el gobierno tenía que producir y proporcionar una vacuna particular, “Candid 1”, que había demostrado ser eficaz contra la fiebre hemorrágica. Se trataba de una enfermedad que amenazaba la vida de más de 3 millones de personas que no tenían acceso a servicios médicos preventivos. En sentido similar, en Sudáfrica, el Tribunal Constitucional decidió el caso de la *Treatment Action Campaign* (TAC), en medio de una epidemia de VIH / SIDA con más de 6 millones personas infectadas.³⁰ La Corte ordenó al gobierno sudafricano que pusiera a disposición de las madres infectadas que dan a luz en instituciones estatales la Nevirapina, un medicamento antirretroviral que ofrecía

²⁸ GLOPPEN, S. *et al* (ed.). *Democratization and the judiciary: the accountability function of courts in new democracies*. London: Frank Cass, 2003.

²⁹ V. ACKERMAN, B. Beyond Carolene Products. *Harvard Law Review*, [S.l.], v. 8, 1985. p. 713.

³⁰ *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* (No 2) (CCT8/02) [2002] ZACC 15; 2002 (5) SA 721; 2002 (10) BCLR 1033 (5 July 2002).

la posibilidad de prevenir la infección de miles de niños por año. Además, la Corte sostuvo que el gobierno debía presentar un plan en el que explicara cómo extendería la provisión del medicamento a las salas de maternidad de todo el país.

Por lo demás, los contextos de opresión económica y subordinación social pueden terminar creando “castas” o grupos de personas que viven bajo el dominio de otras. En tales contextos, los jueces pueden tomar como una de sus principales tareas la de prevenir la opresión y terminar con esas graves injusticias. Cass Sunstein definió acertadamente esta misión potencial, a través de lo que denominó un principio “anticastas”. En sus palabras: “El principio anticastas prohíbe que las prácticas sociales y legales traduzcan las diferencias...moralmente irrelevantes en desventajas sociales sistémicas, a menos que haya una muy buena razón para que la sociedad lo haga”³¹. En esta línea, diría que los tribunales deberían trabajar para eliminar las situaciones opresivas, haciendo todo lo que esté a su alcance para eliminar las causas estructurales y las consecuencias de la exclusión social y la marginación. Como ya sugiriera, los tribunales pueden emitir órdenes para administrar, e incluso reformar, instituciones, como prisiones u hospitales, de manera que les permita trabajar de acuerdo con las exigencias de la ley. Owen Fiss estudió estos remedios particulares (*structural injunctions*), y explicó cómo podrían ayudar a abordar y eventualmente desafiar o superar situaciones históricas de injusta desigualdad.³²

8 Perfeccionismo moral

De acuerdo con la visión dialógica aquí defendida, cada persona es y debe ser considerada soberana en lo que concierne a su propia vida personal. En otros términos, ni los legisladores ni los jueces deben interferir con esas elecciones básicas y personales. Una mayoría ocasional, o la coalición política dominante no debe transformar los principios perfeccionistas en normas legales, y los jueces no deben decidir los casos que les lleguen de manera que implique la imposición de una concepción del bien sobre los individuos. Por razones similares, los poderes políticos deberían impedir que el poder judicial imponga una moralidad particular. En definitiva, en una democracia pluralista, debe asegurarse que nadie prive a los individuos del derecho que tienen de vivir sus propias vidas de la manera en que lo prefieran. De este modo, otra vez, este enfoque se separa del enfoque procedimental que fuera propuesto en su momento por John Ely. Aquí, ciertas decisiones políticas –las decisiones perfeccionistas– pueden considerarse, en principio, inválidas, aún cuando ellas se hayan llevado adelante en respeto de todas las exigencias procedimentales básicas, y más allá de que ellas terminen afectando, o no, a las minorías *discrete and insular*.

Encontramos un ejemplo de perfeccionismo político, por ejemplo, en una iniciativa adoptada en el estado de Colorado, en 1992, cuando la comunidad decidió evitar la adopción de medidas legislativas, ejecutivas o judiciales que reconocieran a los homosexuales o bisexuales como una clase protegida. El caso es particularmente interesante dado que, en dicha oportunidad, no fue la legislatura la que impulsó la adopción de una legislación perfeccionista. Más bien, el cambio legislativo fue producto de una decisión mayoritaria: los votantes promovieron la enmienda de la constitución del estado a través de una iniciativa popular. La

³¹ SUNSTEIN, C. The Anticaste Principle. *Michigan Law Review*, [S.l.], v. 92, n. 8, 1994. p. 2411, 2412. Disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=12206&context=journl_articles. Acceso en: 11 jul. 2019.

³² Una posible ilustración de este enfoque la ofrecen las órdenes emitidas por la Corte de la India el 28 de noviembre de 2001 –órdenes a través de las cuales el tribunal ordenó a todos los gobiernos estatales que proporcionasen comidas refrigeradas de mediodía a todos los niños en las escuelas financiados por el gobierno, definiendo incluso la cantidades mínimas de calorías y proteínas que debían asegurarse en la dieta provista (SUDARSHAN, R. Courts and Social Transformation in India. In: GARGARELLA, R. DOMINGO, P.; ROUX, T. (ed.). *Courts and social transformation in new democracies*. Aldershot: Ashgate, 2006. p. 159). De esa manera (y con la exagerada amplitud que pareció propio del accionar de ese tribunal) la Corte India intentó hacer frente a una situación de injusticia estructural, que implicaba la marginación de vastos sectores de la población. Ver también, por ejemplo, el caso, *People's Union for Civil Liberties v. Union of India*.

respuesta judicial ante esa decisión política fue apropiada: en *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), la mayoría de la Corte Suprema declaró que la enmienda carecía de “una conexión racional con intereses estatales legítimos”. Afirmado la posición mayoritaria de la Corte, el juez Anthony Kennedy sostuvo un principio de neutralidad legal. Expresó entonces: “Hace un siglo, el juez Harlan advirtió a esta Corte que la Constitución ‘ni conoce ni tolera las clases entre los ciudadanos’... esas palabras establecen un compromiso con la neutralidad de la ley donde los derechos de las personas están en juego. La Cláusula de igual protección aplica este principio y hoy nos exige que consideremos la [Enmienda 2] como inválida”. Desde la perspectiva aquí defendida, la opinión de la Corte fue correcta al reconocer que la mayoría de la población “no tenía el derecho a imponer sus propias opiniones sobre cómo vivir una buena vida a cualquier otra persona o grupo, ni siquiera a través de un plebiscito.”

Por supuesto, la línea que divide las cuestiones de moral pública y privada es delgada y, en algunas ocasiones, oscura. Dada la importancia que tiene esta distinción para definir la división del trabajo entre los tribunales y las legislaturas, la falta de “fronteras claras” entre los dos ámbitos es preocupante. Esta situación crea, sin dudas, un problema para la concepción que aquí se defiende pero, debe admitirse, también para todas las visiones alternativas: ellas deben ser capaces de decirnos por qué es que el pueblo en general, o la legislatura en particular, sí se encuentran autorizados para imponernos su concepción del bien preferida.

9 Consideraciones finales

En este trabajo, me interesó reflexionar acerca de los modos en que el poder judicial, en particular, podría contribuir al diálogo democrático, en contextos institucionales muy imperfectos. Dedicué una buena parte del escrito a presentar algunos rasgos distintivos de esos sistemas imperfectos, a los que describí como “democracias defectuosas”. Frente a las dificultades examinadas, propias de “democracias defectuosas”, señalé algunas de las muchas maneras en las que el poder judicial podría ayudarnos a hacerles frente. En particular, sugerí modos de intervención judicial que se orientaran, antes que al “reforzamiento representativo” (John Ely *dixit*), a la “reconstrucción democrática”; antes que al cuidado de las precondiciones de la democracia (pluralista), al refuerzo de las precondiciones de la democracia deliberativa; antes que a la preservación del sistema de “checks and balances,” a la restauración de un sistema de equilibrios ya quebrado.

Bibliografía

- ALEGRE, M. *Democracia sin presidentes*: SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Paper, 2009.
- ACKERMAN, B. Beyond carolene products. *Harvard Law Review*, [S.l.], v. 8, 1985.
- BAKKER, B. Blogs as Constitutional Dialogue: Rethinking the Dialogic Promise. *New York University Annual Survey of American Law*, [S.l.], v. 63, 2008.
- BERGALLO, P. El género en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo. Tendencias y desafíos desde una perspectiva feminista. Buenos Aires: ILADD, mimeo, 2013.
- BERGALLO, P.; JARAMILLO SIERRA, I.; VAGGIONE, J. (ed.). *El aborto en América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2018.
- CEPEDA, M. How far may Colombia’s Constitutional Court go to protect IDP rights? 2005. Disponible en: <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/brookings/cepedaespinosa.pdf>. Acces-

so en: 11 jul. 2019.

CHENWI, L. Democratizing the socio-economic rights enforcement process. *In: ALVIAR GARCÍA, H.; KLARE, K.; WILLIAMS, L. Social and economic rights in theory and practice.* London: Routledge, 2015. p. 178-197.

CROZIER, M.; HUNTINGTON, S.; WATANUKI, J. The crisis of democracy: report on the governability of democracies to the trilateral commission paperback. New York: New York University Press, 1975.

DAHL, R. A preface to democratic theory, Chicago: The University of Chicago Press, 1956.

DAHL, R. How democratic is the american constitution?. Conn.: Yale University Press, 2003.

DIXON, R. Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited. *I.Con. [S.l.], v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007.*

DOR, G. Constitutional dialogues in action: canadian and israeli experiences in comparative perspective. *Indiana International & Comparative Law Review, [S.l.], v. 11, n. 1, 2000.*

DYZENHAUS, D. Hard cases in wicked legal systems. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ELSTER, J. The market and the forum: three varieties of political theory. *In: ELSTER, J. The foundations of social choice theory.* Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

ELY, J. Democracy and distrust. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

FISS, O. The civil rights injunction. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

FISS, O. The law as it could be. New York: NYU Press, 2003.

FRIEDMAN, B. Dialogue and judicial review. *Mich. L. Rev., [S.l.], v. 91, 1993.*

GARCÍA JARAMILLO, L. Recepción de postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional. *Revista Argentina de Teoría Jurídica, [S.l.], v. 10, 2008.* Disponible en: http://www.utdt.edu//ver_contenido.php?id_contenido=2450&id_item_menu=3555. Acceso en: 11 jul. 2019.

GARGARELLA, R. The legal foundations of inequality. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

GARGARELLA, R. Latin american constitutionalism. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GARGARELLA, R.; ÁLVAREZ UGARTE, R. Freedom of expression and the right to protest. *In: BERTOMEU, J.; GARGARELLA, R. The latin american casebook.* Londres: Ashgate, 2016.

GLOPPEN, S. *et al* (ed.). *Democratization and the judiciary: the accountability function of courts in new democracies.* London: Frank Cass, 2003.

HABERMAS, J. *Between facts and norms.* Cambridge: The MIT Press, 1998.

HELMKE, G. *Courts under constraints.* Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

HOGG, P.; BUSHELL, A. The charter dialogue between courts and legislatures. *Osgoode Hall L. J. [S.l.], v. 35, 1997.*

HOGG, P.; BUSHELL, A.; WRIGHT, W. Charter Dialogue Revisited, -Or much ado about metaphors. *Osgoode Hall L. J., [S.l.], v. 45, n. 1, 2007.*

KARL, T. *The vicious cycle of inequality in Latin America.* Working Paper, 2002. Disponible en: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.565.1033&rep=rep1&type=pdf>. Acceso en: 11 jul. 2019.

LIEBENBERG, S. Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication. The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'. *African Human Rights Law Journal, [S.l.], v. 12, p. 1-29, 2012.*

- LIEBENBERG, S. Toward an equality-promoting interpretation interpretation of socio-economic rights in South Africa: insights from the egalitarian liberal tradition. *The South African Law Journal*, [S.l.], v. 132, part. 2, p. 411-437, 2015.
- LINZ, J.; STEPAN, A. *The breakdown of democratic regimes*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1978.
- LINZ, J.; Valenzuela, A. *The Failure of Presidential Democracy*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994.
- MAINWARING, S. *Democratic survivability in Latin America*. [S.l.]: Kellogg Institute, Working Paper, 1999. p. 9-11. Disponible en: https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/267.pdf. Acceso en: 11 jul. 2019.
- MANSBRIDGE, J. *Deliberation everywhere*: manuscrito no publicado, presentado para la IVR Conference, Granada, España, 2005. p. 1-2.
- NINO, C. *The ethics of human rights*, Oxford: Oxford University Press, 1991.
- NINO, C. Hyperpresidentialism and constitutional reform in Argentina. In: LIPHART, A.; WAISMAN, C. (ed.) *Institutional design in new democracies*. New York: Westview Press, 1996.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. La Corte y la paz minimalista. *El Espectador*, [S.l.], 2017. Disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/la-corte-y-la-paz-minimalista-columna-695478>. Acceso en: 11 jul. 2019.
- SALAZAR, D. *My power in the constitution: the perversion of the rule of law in Ecuador*. SELA, Yale University, 2015. Disponible en: https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Salazar_CV_Eng.pdf. Acceso en: 11 jul. 2019.
- SCHUMPETER, J. *Capitalism, socialism and democracy*. London: Harper Classics, 2008.
- SCOTT, C.; MACKLEM, P. Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees?: social rights in a new South African Constitution. *University of Pennsylvania Law Review*, [S.l.], v. 141, n. 1, p. 1-148, 1992.
- SCOTT, M. Picketing under the first amendment. *The Hastings Law Journal*, [S.l.], 1, v. 26, 1974.
- SHUGART, M.; CAREY, J. *Presidents and assemblies: constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- SUDARSHAN, R. Courts and Social Transformation in India. In: GARGARELLA, R. DOMINGO, P.; ROUX, T. (ed.). *Courts and social transformation in new democracies*. Aldershot: Ashgate, 2006.
- SUNSTEIN, C. Interest groups in american public law. *Stanford Law Review*, [S.l.], v. 38, n. 1, 1985.
- SUNSTEIN, C. The Anticaste principle. *Michigan Law Review*, [S.l.], v. 92, n. 8, 1994. Disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=12206&context=journal_articles. Acceso en: 11 jul. 2019.
- SUNSTEIN, C. *One case at a time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- SUNSTEIN, C. Lessons from the American Founding. In: SUNSTEIN, C. (ed.). *Can it happen here?: authoritarianism in America*. New York: Harper Collins, 2018. p. 57-80.
- THOMPSON, D. Democratic theory and global society. *The Journal of Political Philosophy*, [S.l.], v. 7, n. 2, 1999.
- TUSHNET, M. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- TUSHNET, M. Non-Judicial Review. *Harvard Journal on Legislation*, [S.l.], v. 53, 2003.

- UNGER, R. *What Should Legal Analysis Become?*. New York: Verso, 1996.
- VAN REYBROUCK, D. *Against elections: the case for democracy*. London: Bodley Head, 2016.
- WALDRON, J. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- WALDRON, J. *Judicial Review and political legitimacy: manuscript on file with the author*, 2017.
- YOUNG, I. *Inclusion and democracy*. New York: Oxford Press, 2000.
- YRIGOYEN FAJARDO, R. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización,* In: GARAVITO, C. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano

Constitutionalism and Legal Pluralism: Brazil's particular position in the Latin American context

Ana Paula Gonçalves Pereira de
Barcellos

Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano*

Constitutionalism and Legal Pluralism: Brazil's particular position in the Latin American context

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos**

Resumo

O objetivo deste trabalho é, a partir de uma metodologia indutiva, propor a hipótese de que o constitucionalismo brasileiro reforça uma concepção refratária ao pluralismo jurídico, ao contrário do que se observa em vários países latino-americanos. Nas últimas décadas, vários países latino-americanos incorporaram, em suas constituições, soluções por meio das quais existem e vigem em seus territórios normatividades oriundas de diferentes fontes, para além das normas editadas pelo Estado. Em sentido diverso, evidências a partir da jurisprudência brasileira — envolvendo cinco temas: relações com tratados internacionais, com a Corte Interamericana, com normas oriundas de Estados e Municípios, com normatividades indígenas e privadas em geral — sugerem que o Brasil tem uma posição particular nesse contexto. O Judiciário brasileiro parece combinar supremacia constitucional com o monismo jurídico de tal modo que uma concepção estadocêntrica continua sendo a lógica principal que orienta o funcionamento da ordem jurídica brasileira.

Palavras-chave: Pluralismo jurídico. Constitucionalismo latino-americano. Onismo jurídico. Supremacia constitucional. Estadocentrismo.

Abstract

The purpose of this paper is to put forward the hypothesis that Brazil does not share with Latin American Constitutionalism the legal pluralism trend. Legal pluralism involves the notion that different legal systems coexist in the same geographic area, besides the legal system ordained by the sovereign State which exerts authority over the area. In the last decades several Latin American countries adopted some form of legal pluralism in their Constitutions and have been experiencing them. Brazil, though, has a different history to tell in that respect. Brazilian Courts seem to combine the Constitution supremacy premise with a monistic conception of law resulting in a for the most part State-centric legal order.

Keywords: Legal pluralism. Latin American constitutionalism. State-centrism. Constitution Supremacy.

* Recebido em: 31/05/2019

Aprovado em: 16/08/2019

** Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1999), mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2001) doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2004) e pós-doutorado pela Universidade de Harvard (2012/2013). Atualmente é Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, princípios constitucionais, dignidade da pessoa humana, eficácia jurídica, direitos fundamentais, direitos sociais, democracia e políticas públicas. E-mail: abarcellos@bfbm.com.br.

1 Introdução: constitucionalismo latino-americano e a hipótese

A noção de pluralismo jurídico comunica a ideia geral de que existem e vigem em determinado espaço normatividades oriundas de diferentes fontes, para além das normas editadas pelo Estado (e particularmente pelo ente central dos Estados) que exerce soberania sobre aquele território. Nas últimas décadas, vários países latino-americanos incorporaram, em suas constituições e práticas jurídicas, soluções que adotam modelos de pluralismo jurídico. Em sentido diverso, uma série de evidências a partir da jurisprudência sugere que o Brasil tem uma posição particular nesse contexto. O Judiciário brasileiro parece combinar supremacia constitucional com o monismo jurídico de tal modo que uma concepção estadocêntrica continua sendo a lógica principal de organização e funcionamento da ordem jurídica brasileira.

A expressão pluralismo jurídico pode descrever diferentes fenômenos. Para fins didáticos, é possível agrupar alguns dos temas associados ao debate em quatro grandes grupos: (i) as relações entre as normas de origem estatal e as normas internacionais, incluindo, também, as relações com as decisões proferidas por Cortes internacionais; (ii) as relações entre as normas estatais editadas pelo ente central e aquelas editadas por órgãos ou entidades locais que gozam de algum nível de estatalidade, seja no âmbito de Federações (no caso brasileiro, Estados, Distrito Federal e Municípios), Estados Regionais ou Estados unitários descentralizados; (iii) as relações das normas estatais com normatividades vigentes em comunidades tradicionais existentes dentro do território, como é o caso dos povos indígenas¹; e (iv) as relações das normas estatais com normas editadas por organizações privadas nacionais² ou internacionais, como condomínios, associações de classe, sindicatos, organizações de desporto internacionais (FIFA, COI, etc.), dentre outras³.

Além desses quatro temas mais diretamente “jurídicos”, é importante registrar um quinto — em geral estudado por outros ramos do conhecimento e ignorado pelo Direito — que envolve as relações do Estado e de suas normas com as normatividades adotadas de fato no âmbito de áreas do território sobre as quais o Estado não tem efetivo controle e não é capaz de garantir a aplicação de suas normas. Não é incomum que o cumprimento dessas normatividades seja garantido por organizações criminosas e grupos paramilitares. O trabalho de Boaventura de Souza Santos sobre a realidade de favelas do Rio de Janeiro na década de 1960/70 é um marco do estudo do assunto⁴, que continua importante para o Brasil, para a América Latina e para outras partes do mundo⁵.

O tema do pluralismo jurídico é importante no contexto latino-americano. Ao longo das últimas décadas, diversos países da região incorporaram, em suas Constituições e práticas jurídicas, manifestações do pluralismo jurídico particularmente identificadas nos itens (i) e (iii) acima⁶. Em primeiro lugar, diversas

¹ SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios de sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. *Direito.UNB*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 65-92, 2014. e CURI, Melissa Volpato. O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico. *Espaço Ameríndio*. Porto Alegre, v. 6, n. 2, 2012, p. 230-247.

² LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. Política judicial brasileira: da produção de cidadania à cooptação sistêmica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 2, n. 1, 2012, p. 1-17.

³ WOLKMER, Antonio Carlos. Constitucionalismo e Pluralismo na trajetória do Direito Brasileiro. In: BALDI, César Augusto (coord.). *Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2015; DELLAGNEZZE, René. O pluralismo jurídico. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 18, n. 138, 2015. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16159. Acesso em: 10 maio 2019. e RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *R. Fac. Dir. Univ.*, São Paulo, v. 106/107, p. 497 – 524, 2011/2012. Sob uma perspectiva diversa, mas examinando algumas questões centrais do pluralismo jurídico, com exemplos da realidade brasileira, v. NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 201, 2014, p. 193-214.

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada. *Law & Society Review*, v. 12, n. 1, 1977.

⁵ REYNTJENS, Filip. Legal pluralism and hybrid governance: bridging two research lines. *Development and Change*, v. 47, n. 2, p. 347, 2015.

⁶ LEAL, Jackson da Silva. As práticas de juridicidade alternativa na América Latina: entre o reformismo e o impulso desestruturador a partir de Stanley Cohen. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n.1, 2018, p. 648-666.

Constituições passaram a atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos adotados pelos países *status* de norma constitucional, e, em alguns casos, até superior à Constituição nacional (são exemplos desse fenômeno as Constituições de Honduras, Guatemala, Venezuela e Argentina)⁷.

Em segundo lugar, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos podem ser descritas como elementos normativos relevantes para a realidade interna de diversos países latino-americanos, repercutindo as decisões do Poder Executivo e também sobre a interpretação do Direito pelo Judiciário local⁸. As discussões em torno, por exemplo, da vinculação dos Tribunais locais aos entendimentos da Corte Interamericana, inclusive no que diz respeito ao controle de convencionalidade no âmbito das jurisdições internas são temas amplamente discutidos no contexto do debate jurídico latino-americano⁹.

Em terceiro lugar, várias Constituições introduziram previsões reconhecendo/atribuindo algum nível de validade e eficácia a normas oriundas das práticas de grupos tradicionais — povos indígenas, por exemplo — existentes dentro de seus territórios. É o caso das Constituições da Colômbia, Bolívia, Equador, Paraguai, Peru e Venezuela, embora, desse grupo, em geral, destaca-se que as constituições da Bolívia e do Equador são aquelas que atribuíram maior nível de reconhecimento e autonomia às normatividades dos povos indígenas, em uma clara opção pelo multiculturalismo¹⁰.

Esse conjunto de fenômenos tem justificado uma percepção teórica de que haveria um novo constitucionalismo latino-americano em desenvolvimento, do qual o pluralismo jurídico seria um elemento distintivo¹¹.

A pergunta que se pode fazer nesse ponto é simples: e o que dizer do Brasil? Estaria o Brasil inserido nessa tendência observada em vários outros países latino-americanos? A hipótese que esse artigo pretende sugerir é a de que do ponto de vista da interpretação e aplicação do Direito levada a cabo pelo Poder Judiciário, a resposta a essa pergunta é predominantemente negativa. Como referido acima, a concepção que parece ser predominante na jurisdição brasileira acerca do tema do pluralismo jurídico consagra o estadocentrismo e o monismo jurídico, concepção essa que é em boa medida construída em torno da ideia de supremacia constitucional.

Os indícios que se pretende apresentar para essa sugestão envolvem os seguintes temas: (i) relações com tratados internacionais; (ii) relações com as decisões da Corte Interamericana; (iii) relações com normas oriundas de Estados e Municípios; (iv) relações com normatividades indígenas; e (v) relações com normatividades privadas.

Cabe fazer ainda três breves notas metodológicas. Em primeiro lugar, é certo que as distinções entre o sistema jurídico brasileiro e de outros países latino-americanos não decorrem, apenas, das opções constitucionais realizadas nas últimas décadas pelos países e/ou das concepções predominantes entre os membros atuais de seus Judiciários. As diferenças entre o Brasil e o restante da América Latina, em múltiplas dimensões e inclusive no âmbito jurídico, são mais profundas e remontam aos diferentes colonialismos e variados percursos e experiências que esses grupos humanos protagonizaram e vivenciaram.

⁷ HENDERSEN, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista IIDH*, v. 39, 2004, p. 71-99.

⁸ Para alguns trabalhos examinando essas relações, confira-se VON BOGDANDY, Armin; LANDA ARROYO, César; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (ed.). *¿Integración suramericana a través del derecho?: un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

⁹ V., por muitos, BAZÁN, Victor. Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 20, Bogotá, p. 385-429, 2014. e Ibáñez Rivas, Juana Mariá. *Control de convencionalidad*. Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia. México: UNAM, 2017.

¹⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. In: MORAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Marcos Leite; UNNEBERG, Flávia Soares (org.). *Para além das fronteiras: o tratamento jurídico das Águas na UNASUL – Parte 1*. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 61-84.

¹¹ WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, 2011. e Uprimny, Rodrigo. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*, v. 89, 2011, p. 1587-1609.

Em segundo lugar, a metodologia indutiva enfrenta, sempre, o desafio de examinar elementos suficientes e representativos que possam conduzir à conclusão de forma consistente. Os indícios apresentados neste artigo não são naturalmente exaustivos, mas se entende que eles são consistentes o suficiente para sugerir a hipótese de que se cogita aqui. Além disso, embora se sustente que o Brasil, e o Judiciário brasileiro em particular, tem uma posição bastante particular no contexto latino-americano no que diz respeito ao pluralismo jurídico, exceções podem ser observadas pontualmente, como se vai assinalar adiante.

Em terceiro lugar, a interpretação e aplicação do Direito levada a cabo pelo Judiciário — foco deste estudo — não representa toda a dinâmica da ordem jurídica nacional. Na realidade, o Judiciário, a despeito de sua capilaridade e dimensões, não é o responsável pela maior parte da interpretação e aplicação do Direito, mesmo sob a perspectiva estatal. Esse papel cabe à Administração Pública, no dia a dia de suas múltiplas atividades, e, nessa esfera, a concepção sobre as relações da ordem jurídica e o pluralismo pode ser muito diversa daquela adotada pelos Tribunais. Por exemplo, considerável parcela da atividade administrativa no Brasil hoje é desenvolvida no plano infralegal, com relativa margem de discricionariedade, por conta de delegações legislativas, e, em parceria direta com agências de outros países, com competências similares¹². Feitos esses registros, cabe apresentar os indícios da hipótese que se pretende propor neste artigo.

2 Evidências da posição particular brasileira

2.1 As relações com os tratados internacionais

Uma primeira dimensão do pluralismo jurídico, bastante tradicional, envolve as relações da ordem jurídica interna com os tratados internacionais ou, de forma mais ampla, com as normas produzidas por organizações internacionais. A regra básica na matéria consta do art. 49, I, da Constituição de 1988 que atribui ao Congresso Nacional a competência para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;”. Além disso, a tradição constitucional brasileira demanda que o decreto legislativo, por meio do qual o Congresso internaliza um tratado, deve ainda ser promulgado por decreto do Presidente da República. Isto é: a vigência interna de normas de origem internacional depende desse processo de internalização.

Uma vez internalizados no sistema jurídico brasileiro, os tratados terão, como regra geral, o *status* de lei ordinária e submetem-se, do ponto de vista hierárquico, à supremacia constitucional. Na realidade, a Constituição é explícita acerca da possibilidade de o Judiciário brasileiro declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de tratados (art. 102, III, b). A Emenda Constitucional nº 45/04, como se sabe, trouxe alguma possibilidade de alteração no que diz respeito à hierarquia de tratados internalizados pelo país. Nos termos do parágrafo 3º, acrescentado ao art. 5º, tratados de direitos humanos internalizados mediante o procedimento previsto na Constituição para a aprovação de emendas serão “equivalentes às emendas constitucionais”.

Logo após a aprovação da EC nº 45/04, houve amplo debate doutrinário, sobretudo pelos autores especializados em Direito Internacional, acerca da hierarquia que se deveria reconhecer aos tratados de direitos humanos internalizados antes de edição da emenda, muitos sustentando que a eles se deveria, também, atribuir a hierarquia de emendas constitucionais (posição que muitos sustentavam antes mesmo da emenda)¹³.

¹² O Brasil integra, por exemplo, o International Coalition of Medicines Regulatory Authorities (ICMRA), do International Cooperation on Cosmetics Regulation (ICCR) e do Financial Action Task Force (FATF)

¹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José; Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. e PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

Esse, porém, não foi o entendimento adotado pelo STF.

A Corte entendeu que apenas os tratados de direitos humanos aprovados de acordo com o novo procedimento poderiam ter o *status* de emenda constitucional; e àqueles internalizados anteriormente se deveria reconhecer uma supralegalidade, isto é, uma posição hierárquica superior à legislação ordinária, mas inferior à Constituição. Esse, portanto, é o entendimento hoje vigente no país: como regra, os tratados internalizados terão *status* de lei ordinária; tratados de direitos humanos internalizados gozarão de supralegalidade e os tratados de direitos humanos internalizados de acordo com o procedimento previsto no art. 5º, parágrafo 3º, da Constituição, serão equivalentes às emendas constitucionais.

As opções constitucionais já revelam uma concepção pela qual qualquer normatividade, para ser considerada vigente no Brasil, depende, necessariamente, da manifestação dos órgãos estatais (no caso, do Congresso e do Executivo federal), em um procedimento similar ao da elaboração legislativa interna, e passa a integrar um sistema hierarquizado que tem a Constituição em seu topo. Essa concepção estadocêntrica parece ser ainda mais radicalizada pela jurisprudência: dois exemplos ilustram o ponto.

A Constituição de 1988 prevê, em seu artigo 5º, LXVII, que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”. Simultaneamente, o parágrafo 2º, do mesmo artigo 5º, da Constituição dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O Pacto de San Jose de Costa Rica, internalizado pelo Brasil em 1992 — muito antes, portanto, da EC nº 45/04 —, proibiu de forma ampla a prisão civil por dívida, apenas admitindo a figura no caso de inadimplemento de pensão alimentícia.

Pareceria natural que normas legais anteriores disciplinando prisão civil por dívida seriam consideradas revogadas pelo Pacto de San Jose de Costa Rica, tendo em conta não só o parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição, como também a regra geral de que, mesmo entre comandos de mesma hierarquia, norma posterior revoga anterior que com ela seja incompatível. Não foi, porém, o que aconteceu. Durante muitos anos, a jurisprudência brasileira não apenas manteve a prisão civil do depositário infiel, como também preservou a aplicação de leis nacionais que ampliavam o conceito de depositário infiel para abarcar outras situações como *e.g.*, a do alienante fiduciário, para o fim de fazer incidir hipóteses de prisão civil, afastando a incidência do Pacto de San Jose de Costa Rica.

Os argumentos que sustentavam essa posição passavam em geral pela supremacia da Constituição e a consequente vedação a que um tratado pudesse restringir a possibilidade de exceção ao direito de que trata o artigo 5º, LXVII, ou a competência atribuída ao Legislativo para tratar do tema, também atribuída pela Constituição. Apenas em 2009, o STF pacificou, definitivamente, a matéria com base na tese de que os tratados de direitos humanos gozam de supralegalidade e, portanto, o Pacto de San Jose gozaria de superioridade em face da legislação ordinária, invalidando as normas internas com ele incompatíveis¹⁴.

Um segundo exemplo envolveu o art. 178 da Constituição, que tem a seguinte redação: “A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.” A controvérsia, frequente na jurisprudência, dizia respeito à aplicação ou não das Convenções de Varsóvia e de Montreal acerca da indenização devida no caso de extravio de bagagens em transporte internacional. Apesar da previsão constitucional, a jurisprudência recorrentemente afastava a aplicação de tais convenções, e dos valores por ela previstos a título de indenização, para o fim de aplicar o Código de Defesa do Consumidor, que permitiria fixar, livremente, outros valores indenizatórios (em geral maiores do que os previstos nas Convenções). Em 2017, o STF manifestou-se sobre o ponto para definir que as Convenções internacionais

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. RE 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso, DJe 5.06.2009. São Paulo, 2009.

deveriam ser, afinal, aplicadas, e não o CDC, em razão do que dispõe o art. 178 da Constituição¹⁵.

Esses exemplos parecem sugerir que os Tribunais brasileiros tendem a apresentar certa resistência à aplicação das normas de origem internacional, mesmo devidamente internalizadas, sobretudo quando haja algum aparente conflito com normas de origem interna. Embora no caso do extravio de bagagem se possa imaginar que a “escolha” pelo CDC teria por motivação proporcionar indenizações maiores aos viajantes brasileiros, essa lógica não explica a manutenção, por anos, da prisão civil do alienante fiduciário, a despeito da previsão do Pacto de San Jose. A resistência ao pluralismo jurídico parece ser o elemento comum.

É certo, de outro lado, que, ao menos mais recentemente, o STF tem funcionado como um contraponto a essa tendência da jurisprudência, sobretudo quando haja um fundamento constitucional específico que autorize a intervenção, como nos dois exemplos referidos. De todo modo, a circunstância de questões aparentemente simples não terem sido pacificadas nas instâncias ordinárias, a ponto de exigirem a manifestação do STF, parece revelar a dificuldade dos órgãos jurisdicionais brasileiros na matéria.

2.2 Relações com decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Como já referido, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e em particular a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem desempenhado um papel relevante no contexto latino-americano¹⁶. Embora o cumprimento de suas decisões enfrente sempre muitos desafios¹⁷, na maior parte dos países da região, as decisões da Corte são tidas como relevantes, política e juridicamente, inclusive pelo Judiciário local. No Brasil, de forma um tanto diversa, o traço marcante da relação do Judiciário com as decisões da Corte Interamericana parece ser de desconhecimento e/ou indiferença¹⁸, indiferença que, a rigor, parece ser mútua.

Em maio de 2010, o STF rejeitou arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 153) que pretendia invalidar a lei da anistia e autorizar a persecução penal contra agentes estatais por atos cometidos durante a ditadura militar. O mesmo tema encontrava-se, também, em discussão na Corte Interamericana que proferiu decisão em sentido oposto — isto é: no sentido da invalidade da referida lei brasileira — em novembro do mesmo ano.

A despeito da simultaneidade das discussões, não houve qualquer diálogo ou referência de uma Corte à outra na ocasião, e cada uma ignorou a outra inteiramente. Foram opostos embargos de declaração após a decisão na ADPF 153 que, até o momento da conclusão deste artigo, ainda não foram julgados, sendo certo que diversas manifestações foram apresentadas. É possível, portanto, que o STF ainda venha a se manifestar sobre a decisão da Corte Interamericana.

Um outro exemplo envolve condenações do Brasil no âmbito do Sistema Interamericano por conta de violações a direitos básicos dos presos. Em 2002 o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana a tomar providências de modo a garantir a vida e integridade física dos presos na unidade prisional de Urso Branco, em Rondônia. A decisão, ao que tudo indica, foi ignorada em boa medida por autoridades administrativas e judiciais. O descumprimento da decisão levou o Brasil a ser convocado em 2009 a comparecer perante a Corte Interamericana para apresentar explicações acerca da situação da prisão em tela.

Interessantemente, em 2016 o STF julgou procedente ADPF para o fim de aplicar ao sistema prisional

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. *RE 636.331*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, DJe 13.11.2017. Rio de Janeiro, 2017.

¹⁶ GOLDMAN, Robert K. History and action: the Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 31, 2009, p. 856-887.

¹⁷ HUNEEUS, Alexandra. Courts Resisting Courts: Lessons from the InterAmerican Court's Struggle to Enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, v. 44, 2011, p. 493-533.

¹⁸ BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, n. 15, p. 135-156, 2011. e NEVES, Rafaela Teixeira Sena. Por que resistir? a resistência do STF ao diálogo judicial com a Corte IDH. *Revista Brasileira de Direito Internacional*. Brasília, v. 2, n. 1, 2016, p. 16-37.

brasileiro a categoria do “estado de coisas inconstitucional”. Em um acórdão de 210 páginas, porém, há apenas duas menções genéricas à Corte Interamericana, uma delas sendo no relatório¹⁹, sem qualquer discussão acerca das decisões proferidas por aquela Corte sobre o tema.

Não há dúvida de que a relação entre Cortes internas e internacionais envolve muitas outras complexidades para além da concepção eventualmente adotada pelas autoridades judiciais de um país acerca do pluralismo jurídico²⁰. No Brasil, porém, a resistência do próprio STF, de até mesmo examinar as decisões da Corte Interamericana — ainda que para afastar sua incidência ou aplicação, caso esse seja seu entendimento —, parece sugerir uma concepção que não atribui especial relevância a normatividades, no caso resultantes de decisão judicial, que não tenham origem em estruturas do próprio Estado brasileiro.

2.3 Relações com normas de Estados, Distrito Federal e Municípios

Uma outra dimensão do pluralismo jurídico examina o conforto maior ou menor que um sistema jurídico — e no caso deste estudo, que o Judiciário em particular — revela com a coexistência de normas produzidas não apenas pelo ente central, mas também por entes locais dentro do próprio Estado. Também aqui, e a despeito de adotar-se no Brasil uma federação desde 1891, parece correto afirmar que a conforto da jurisprudência em geral, e do STF em particular, com a pluralidade normativa, é bastante reduzida²¹.

De forma concreta, essa tendência unitarista se manifesta de múltiplas formas na jurisprudência, valendo destacar duas delas. Em primeiro lugar, por meio de uma interpretação ampliativa das competências legislativas privativas da União, que já recebeu considerável parcela de competências no particular do texto constitucional. Assim, diante de eventual dúvida sobre como classificar um determinado assunto — se como “direito civil e comercial” (matérias da competência legislativa privativa da União: art. 22, I) ou como “produção e consumo” (matéria inserida na competência concorrente da União, Estados e DF: art. 24, V) —, é muito mais provável que a dúvida seja resolvida em favor da competência legislativa privativa da União. Não é incomum, aliás, que o STF invoque a necessidade de tratamento uniforme e nacional — isto é: editado pela União — como fundamento para restringir normatividades locais declarando sua inconstitucionalidade²².

Um segundo mecanismo que conduz a uma visão menos plural do ordenamento jurídico, no que diz respeito às fontes normativas, é a imposição de normas a serem obrigatoriamente adotadas por Estados, Distrito Federal e Municípios, não expressamente previstas pela Constituição de 1988. O STF em geral identifica esse processo hermenêutico como a aplicação de um “Princípio da Simetria”. Com base nessa lógica, por exemplo, o STF declarou inconstitucional norma estadual que previa eleições para a escolha de diretores de escolas públicas estaduais, sob o fundamento de que a previsão impediria o Poder Executivo de nomear os diretores o que afetaria o modelo de separação de poderes contido na Constituição Federal e de observância obrigatória para todos os entes federados²³.

O tema da concentração de competências legislativas da União e de certa resistência às normatividades locais — desenhada pela Constituição e agravada pela jurisprudência do STF ao menos até aqui — é tradicional no Direito Constitucional brasileiro, e não há necessidade de aprofundar sua discussão. O ponto que

¹⁹ Esse o trecho que consta do relatório: “Cita intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a condenação do Brasil a tomar medidas que erradiquem “situações de risco e a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país”.

²⁰ SILVA, Alice Rocha da; ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. Tentativas de contenção do ativismo judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v.5, Número Especial, 2015, p. 391-408.

²¹ Sobre o tema, vale conferir PIRES, Thiago Magalhães. *As competências legislativas na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

²² RIBEIRO, Marcus Vinicius de Barros Magalhães. *Competências concorrentes sob a ótica do Supremo Tribunal Federal: fundamentos jurisprudências da Federação brasileira*, mimeo, 2019, Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2997*. Relator: Ministro Cezar Peluzo, DJe 11.03.2010.

se quer destacar aqui é que, para além de outras dimensões que a questão suscita, ela também fornece um indício acerca das concepções predominantes no Judiciário acerca do pluralismo jurídico.

2.4 Relações com normatividades de origem indígena

A Constituição brasileira de 1988 conferiu algum nível de proteção aos povos indígenas, mas em termos diversos, e bem mais limitados, do que outras Constituições na América Latina. O art. 216, por exemplo, considera integrantes do patrimônio cultural brasileiro, dentre outros elementos, os “modos de criar, fazer e viver” (inciso II) dos grupos formadores da sociedade brasileira. O art. 231 afirma que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”; todas as normas remanescentes do artigo lidam com o tema da terra: ocupação, demarcação e exploração dela e de recursos nela contidos. O Brasil internalizou também, em 2004, a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

Nesse sentido, diversamente do que se passou em outros lugares na América Latina, a Constituição brasileira não atribuiu expressamente aos povos indígenas autonomia ou reconhecimento de suas normatividades próprias. As expressões “modos de criar, fazer e viver” e “organização social” poderiam, eventualmente, ser compreendidos nesse sentido, mas esse não parece ser o entendimento do STF.

Com efeito, no rumoroso julgamento envolvendo a demarcação da reserva Raposa Serra do Sol, é possível ter uma percepção de que a compreensão da Corte é no sentido de que a Constituição não atribuiu qualquer validade ou eficácia a normatividades de origem indígena, devendo prevalecer em qualquer caso as normas de origem estatal, com clara predominância — liderança é o termo utilizado no acórdão — das iniciativas da União. Confira-se:

5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As “terras indígenas” versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou “independência nacional” (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as “terras indígenas” são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles “tradicionalmente ocupadas”. Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sociocultural, e não de natureza político-territorial.

6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF).

7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS “POVO”, “PAÍS”, “TERRITÓRIO”, “PÁTRIA” OU “NAÇÃO” INDÍGENA. Somente o “território” enquanto

categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo “terras” é termo que assume compostura nitidamente sociocultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em “terras indígenas”. A traduzir que os “grupos”, “organizações”, “populações” ou “comunidades” indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de “nacionalidade” e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.²⁴

A distinção que se observa, de um lado, entre o entendimento registrado acima pelo STF acerca das opções formuladas pelo sistema constitucional brasileiro e, de outro, as experiências multiculturais de outros países latino-americanos é bastante claro, de modo que não parece possível incluir o Brasil no novo constitucionalismo latino-americano sem maiores considerações. Ao contrário, o Brasil parece ocupar, de fato, uma posição particular nos debates latino-americanos em torno do pluralismo jurídico.

Isso não significa, porém, que não haja exceções pontuais. Em ao menos dois casos, oriundos do Estado de Roraima, envolvendo processos penais contra pessoas indígenas — um por homicídio²⁵ e outro por furto²⁶ —, deixou-se de aplicar sanção por conta da circunstância de que os indivíduos já haviam sido punidos pelos ilícitos no âmbito de suas comunidades e a punição estatal produziria vedado *bis in idem*. Esses interessantes exemplos revelam algum nível de reconhecimento à normatividade indígena, cujo resultado foi inclusive a limitação da incidência da norma estatal²⁷. A proximidade física desses órgãos judiciários com as comunidades indígenas e com a dinâmica de suas relações, internas e com o restante da sociedade, bem como o fato de se tratar de processos penais, talvez sejam as principais explicações para esse entendimento diverso.

2.5 Relações com normatividades privadas

Uma última dimensão do pluralismo jurídico que se pretende examinar neste artigo envolve as relações do Judiciário com normas de origem privada e qual o grau de deferência e reconhecimento que as decisões judiciais dedicam, ou não, à autonomia privada na criação de normatividades. Embora diferentes normas privadas — como convenções coletivas firmadas por sindicatos e convenções de condomínio — possam ter características muito diversas, atraindo previsões normativas estatais também diferentes, a conclusão que se pode apurar sugere uma mesma tendência. O nível de reconhecimento da autonomia privada é, em geral, limitado, sobretudo quando haja algum parâmetro normativo estatal relevante. E, muitas vezes, princípios constitucionais gerais são utilizados como parâmetros para limitar essa autonomia.

A Constituição de 1988 previu como um direito trabalhista o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI), inclusive em temas como salário e jornada (art. 7º, IV e XIII). A Convenção da OIT 154, internalizada pelo país em 1994, impõe ao Estado o dever de estimular e ampliar o escopo da negociação coletiva²⁸. Nada obstante tais previsões, o tradicional entendimento da Justiça do

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet 3388*. Relator: Ministro Carlos Brito, DJe 25.09.2009 e republicado em 30.06.2010. Brasília, 2009.

²⁵ RORAIMA. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. *Processo nº 0090.10.000302-0/RR*. Boa Vista, 2016.

²⁶ RORAIMA. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. *Processo nº 0005735-10.2010.4.01.4200/RR*. Boa Vista, 2014.

²⁷ Sobre o tema, v. RODRIGUES, Amanda; THEMUDO, Thiago. Sociedades primitivas e direito contemporâneo: de que forma a justiça tribal pode nos ajudar a repensar a nossa justiça. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, n. 1, 2015, p. 302-316.

²⁸ O diploma, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 1.256/1994, impõe ao Estado o dever de estimular a negociação coletiva. Seu art. 5º, nº 2, b, c/c o art. 2º, a, b, e c, exige que ela “seja progressivamente estendida” à fixação das “condições de trabalho e emprego”, às “relações entre empregadores e trabalhadores”, e às “relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou

Trabalho era no sentido da invalidade de qualquer pactuação coletiva que, de alguma forma, limitasse direitos ou garantias previstos em lei: acordos e convenções coletivas apenas poderiam ampliar direitos. Muitos fundamentos eram utilizados, dentre os quais cláusulas constitucionais como a da melhoria das condições sociais dos trabalhadores (art. 7º).

Esse quadro sofreu alteração em 2015, quando o STF decidiu, em sentido diverso, estabelecendo que, como regra geral, a convenção e acordo coletivo prevalecem sobre o que disponha a lei, ainda que para restringir direitos, ressalvado o respeito a direitos de indisponibilidade absoluta. O fundamento para esse reconhecimento foi o conjunto de opções normativas estatais nesse sentido: o art. 7º, XXVI da Constituição e as Convenções internalizadas pelo país²⁹. Em 2017, a Lei n. 13.467/17 alterou a CLT para prever, de forma expressa, que a convenção e o acordo coletivos prevalecem sobre a legislação estatal (art. 611-A) e para prever uma lista de temas que não poderiam ser objeto de negociação coletiva (art. 611-B).

A questão, porém, continua envolta em certa controvérsia no âmbito da Justiça do Trabalho, sobretudo quando o acordo ou convenção coletivos restrinjam direitos previstos em lei sem registrar, no próprio ajuste, qual seria a vantagem recebida em contrapartida³⁰. Independentemente de eventuais discussões sobre outras perspectivas, sob a ótica do pluralismo jurídico, a resistência do Judiciário trabalhista às normas coletivas revela uma premissa subjacente típica de concepções do monismo jurídico: a de que o Estado — seja por meio da lei ou da decisão judicial — sabe melhor o que convém aos trabalhadores do que a autonomia coletiva deles, por meio de seus sindicatos. O pluralismo jurídico parece ser indesejado e as normas estatais preferidas.

Um segundo exemplo envolve as chamadas convenções de condomínio e as normas por elas editadas. Nos termos do Código Civil (art. 1331 e ss.), os condôminos têm determinados direitos e deveres desde logo, que deverão ser respeitados, e a convenção de condomínio poderá prever outros “que os interessados houverem por bem estipular” (art. 1.334). O STJ, porém, decidiu que as convenções de condomínio não podem proibir, genericamente, a criação e guarda de animais nas unidades. O STJ também considerou inválida norma de convenção de condomínio que vedava morador em débito com taxas condominiais a utilizar área coletiva de lazer do complexo habitacional.

No primeiro caso, o fundamento principal do STJ foi a suposta irrazoabilidade da restrição já que determinados animais não representariam risco, *verbis*: “se a convenção veda apenas a permanência de animais causadores de incômodos aos demais moradores, a norma condominial não apresenta, de plano, nenhuma ilegalidade. 5. Se a convenção proíbe a criação e a guarda de animais de quaisquer espécies, a restrição pode se revelar desarrazoada, haja vista determinados animais não apresentarem risco à incolumidade e à tranquilidade dos demais moradores e dos frequentadores ocasionais do condomínio.”³¹. No segundo exemplo, os argumentos do acórdão para a invalidade da norma de origem privada giram em torno de três eixos principais: a existência de meios de cobrança previstos na legislação, a violação ao direito de propriedade em sua função social, que incluiria o uso das áreas comuns, e a violação à dignidade humana, já que a proibição teria o propósito de expor, ostensivamente, a situação de inadimplência dos devedores³². Também aqui, como se vê, argumentos que reconduzem a previsões constitucionais foram usados para limitar a autonomia coletiva.

várias organizações de trabalhadores”.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. *RE 590.415*. Relator: Min. Roberto Barroso, DJe 29.05.2015. Brasília, 2015: “No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida.”

³⁰ TST mantém invalidade de cláusula de acordo coletivo sobre horas de deslocamento. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-mantem-invalidade-de-clausula-de-acordo-coletivo-sobre-horas-de-deslocamento. Acesso em: 31 maio 2019.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1783076 – DF*. Relator: Min. Ricardo Cueva, DJe 24.05.2019. Brasília, 2019.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.564.030 – MG*, Rel. Min. Marco Belizze, DJe 19.08.2016.

Não é o caso de discutir aqui os diversos argumentos jurídicos manejados nos dois casos decididos pelo STJ. Destaca-se que o escrutínio bastante rígido utilizado pelo Judiciário para avaliar a validade de normas de origem privada parece refletir certo desconforto com normatividades de outras fontes que não as estatais ou que não adotem os padrões e soluções que seriam exigidos das normas estatais.

3 Considerações finais

Nas últimas décadas, vários países latino-americanos, dentre os quais o Brasil, promulgaram novas Constituições e algumas características comuns desses documentos têm justificado a identificação de um chamado novo constitucionalismo latino-americano. Uma dessas características comuns é, de forma destacada, a incorporação de soluções comprometidas com o pluralismo jurídico. O ponto é particularmente marcante no que diz respeito às relações com as normas de origem internacional sobre direitos humanos e com as populações indígenas e suas normatividades. Nesse último aspecto, alguns países têm adotado, inclusive, fórmulas multiculturais, reconhecendo validade e eficácia às normatividades dos povos indígenas que convivem no mesmo território sobre o qual o Estado exerce soberania.

O que esse artigo procurou indicar é que o Brasil se posiciona de forma particular e diversa nesse ambiente. Ao menos do ponto de vista da atuação do Judiciário, o pluralismo jurídico é frequentemente alvo de resistência no país, sendo preferidas as soluções que privilegiem a adoção de normas editadas pelo Estado e, em especial, pelo ente central da Federação brasileira. Os povos indígenas receberam proteções específicas pela Constituição brasileira de 1988, mas não autonomia ou reconhecimento de suas dinâmicas jurídicas. Mesmo as normas privadas editadas com fundamento em expressa autorização estatal sofrem, como regra, um escrutínio rigoroso por parte do Judiciário. O Judiciário brasileiro parece combinar supremacia constitucional com o monismo jurídico de tal modo que uma concepção estadocêntrica continua sendo a lógica principal que orienta o funcionamento da ordem jurídica brasileira.

Referências

- BAZÁN, Victor. Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 20, Bogotá, p. 385-429, 2014.
- BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Derechos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *SUR - Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 8, n. 15, p. 135-156, 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.564.030 – MG*, Rel. Min. Marco Belizze, DJe 19.08.2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1783076 – DF*. Relator: Min. Ricardo Cueva, DJe 24.05.2019. Brasília, 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. *RE 466.343.*, Relator: Ministro Cezar Peluso, DJe 5.06.2009. Brasília, 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. *RE 590.415*. Relator: Min. Roberto Barroso, DJe 29.05.2015. Brasília, 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. *RE 636.331*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, DJe 13.11.2017. Brasília, 2017.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2997*. Relator: Ministro Cezar Peluzo, DJe 11.03.2010. Brasília, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet 3388*. Relator: Ministro Carlos Brito, DJe 25.09.2009 e republicado em 30.06.2010. Brasília, 2009.
- CURI, Melissa Volpato. O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico. *Espaço Ameríndio*. Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 230-247, 2012.
- DELLAGNEZZE, René. O pluralismo jurídico. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 18, n. 138, 2015. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16159. Acesso em: 10 maio 2019.
- GOLDMAN, Robert K. History and action: the Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 31, p. 856-887, 2009.
- HENDERSEN, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista IIDH*, v. 39, p. 71-99, 2004.
- HUNEEUS, Alexandra. Courts Resisting Courts: Lessons from the InterAmerican Court's Struggle to Enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, v. 44, p. 493-533, 2011.
- Ibáñez Rivas, Juana Mariá. *Control de convencionalidad*. Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia. México: UNAM, 2017.
- LEAL, Jackson da Silva. As práticas de juridicidade alternativa na América Latina: entre o reformismo e o impulso desestruturador a partir de Stanley Cohen. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n.1, p. 648-666, 2018.
- LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. Política judicial brasileira: da produção de cidadania à cooptação sistêmica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 2, n. 1, p. 1-17, 2012.
- NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 201, p. 193-214, 2014.
- NEVES, Rafaela Teixeira Sena. Por que resistir? a resistência do STF ao diálogo judicial com a Corte IDH. *Revista Brasileira de Direito Internacional*. Brasília, v. 2, n. 1, p. 16-37, 2016.
- PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- PIRES, Thiago Magalhães. *As competências legislativas na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *R. Fac. Dir. Univ*, São Paulo, v. 106/107, p. 497 – 524, 2011/2012.
- REYNTJENS, Filip. Legal pluralism and hybrid governance: bridging two research lines. *Development and Change*, v. 47, n. 2, p. 347, 2015.
- RIBEIRO, Marcus Vinicius de Barros Magalhães. *Competências concorrentes sob a ótica do Supremo Tribunal Federal: fundamentos jurisprudências da Federação brasileira*, mimeo, 2019, Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.
- RODRIGUES, Amanda; THEMUDO, Thiago. Sociedades primitivas e direito contemporâneo: de que forma a justiça tribal pode nos ajudar a repensar a nossa justiça. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, n. 1, p. 302-316, 2015.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada. *Law & Society Review*, v. 12, n. 1, 1977.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios de sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. *Direito.UNB*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 65-92, 2014.

SILVA, Alice Rocha da; ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. Tentativas de contenção do ativismo judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v.5, Número Especial, p. 391-408, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José; Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

TST mantém invalidade de cláusula de acordo coletivo sobre horas de deslocamento. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-mantem-invalidade-de-clausula-de-acordo-coletivo-sobre-horas-de-deslocamento. Acesso em: 31 maio 2019.

Uprimny, Rodrigo. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1587-1609, 2011.

VON BOGDANDY, Armin; LANDA ARROYO, César; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (ed.). *¿Integración suramericana a través del derecho?: un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. Constitucionalismo e Pluralismo na trajetória do Direito Brasileiro. In: BALDI, César Augusto (coord.). *Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. In: MORAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Marcos Leite; UNNEBERG, Flávia Soares (org.). *Para além das fronteiras: o tratamento jurídico das Águas na UNASUL – Parte 1*. Itajaí: UNIVALI, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, 2011.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

As constituições latino-americanas pelas lentes das cortes constitucionais: A força normativa e o romantismo dos preâmbulos

Latin american constitution by the lens of constitutional courts : The normative force of romanism of the preambles

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Carlos Frederico Santos

As constituições latino-americanas pelas lentes das cortes constitucionais: A força normativa e o romantismo dos preâmbulos*

Latin american constitution by the lens of constitutional courts : The normative force of romanism of the preambles

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy**

Carlos Frederico Santos***

Resumo

O artigo explora os preâmbulos das constituições latino-americanas. Verifica a natureza retórica e discursiva desses textos e, ao mesmo tempo, indaga se as Cortes Constitucionais latino-americanas enfrentaram o problema da normatividade desses excertos introdutórios. Percebe-se um forte romantismo constitucional em relação à construção de vários preâmbulos, marcados por discursos históricos e nacionalistas, ainda que de matizes ideológicas distintas. Constata-se que há manifestações incidentais em âmbito de *obiter dicta*, bem como decisões pontuais proferidas na Colômbia e no Brasil. Pretende-se desvendar se a natureza jurídica dos preâmbulos no contexto latino-americano é normativa ou declarativa, com preocupação com o fato de que, apenas, duas das Cortes Constitucionais latino-americanas enfrentaram diretamente a questão. Constata-se, também, que, em poucos países da América Latina, as respectivas Cortes Constitucionais acenaram com o potencial de seus preâmbulos possuírem força normativa. Especula-se, também, se o elemento religioso, revelado pela recorrente referência ou invocação a Deus, poderia decorrer da atitude de diversas Cortes Constitucionais não atribuírem força normativa aos preâmbulos de suas constituições.

Palavras-chave: Constituição. Cortes Constitucionais. Preâmbulo. Força normativa. Efeito declarativo. Romantismo constitucional.

Abstract

The paper explores the preambles of the Latin America constitutions. It verifies the rhetorical and discursive nature of those texts and, simultaneously, poses a question regarding the Constitutional Courts as for the enforcement of the preambles. It perceives an intense constitutional romanticism in the building of the preambles, framed by historical and nationalistic discourses, albeit with diverse ideological roots. It verifies incidental opinions in the context of *obiter dicta*, as well as direct opinions by the Colombian and Brazilian Supreme Courts. The paper tries to unveil if the juridical nature of the preambles is either normative or declarative, from the vantage point that in

* Recebido em: 31/05/2019
Aprovado em: 31/07/2019

** O primeiro autor é Livre Docente pela USP e Professor Titular do UNICEUB. E-mail: arnaldo.godoy@pgfn.gov.br.

*** O segundo autor é Subprocurador Geral da República e Doutorando e Mestre pelo UNICEUB. E-mail: fredbsb1@gmail.com.

Latin America, only two Constitutional Courts tackled the issue. The paper also substantiates that few Latin American countries and its Constitutional Courts waded with the likely of its preambles achieve a normative power. The paper ventures if the religious component, unveiled by the recurrent reference or invocation of God, could have as a cause the fact that many a Constitutional Courts do not feature normative power to its constitutional preambles.

Keywords: Constitution. Constitutional Courts. Preamble. Normative power. Declarative effect. Constitutional romanticism.

1 Introdução e contornos da pesquisa

O presente artigo tem por objetivo sondar constituições da América Latina, explorando seus preâmbulos, a fim de responder, por meio de leituras elaboradas pelas respectivas Cortes Constitucionais, quais preâmbulos teriam força normativa no contexto latino-americano contemporâneo. Incidentalmente, faz-se também um levantamento de aspectos discursivos desses fragmentos constitucionais, evidenciando-se material de justificação histórica e política, explicitado em redação romântica e pretensamente revolucionária. Pode-se verificar uma forma oblíqua de patriotismo constitucional¹, no sentido em que se usa o preâmbulo como vetor de um certo ufanismo. Há, ainda, componente historiográfico, por intermédio do qual alguns preâmbulos constitucionais buscam plasmar, nas respectivas constituições, o ápice de uma trajetória política. É o tema da utilização da história do direito como justificativa para os arranjos institucionais.

Investigou-se o conteúdo dos preâmbulos das constituições de países latino-americanos, selecionando-se como objeto da seção final da pesquisa, apenas, os que passaram pelo crivo de critérios pré-definidos, identificando-se aqueles em relação aos quais as Cortes Constitucionais indicaram o potencial de possuir força normativa no ambiente constitucional.

Identificam-se, primeiramente, as constituições que não têm preâmbulo, bem como as que não contam com Cortes Constitucionais, descartando-se, dessa forma, do elenco da pesquisa, as seguintes constituições: México², Guatemala³, Chile⁴ e Uruguai⁵, as quais não contam com preâmbulos, e Cuba⁶, Haiti⁷ e Nicarágua⁸ que não dispõem sobre Cortes Constitucionais. Ainda que os preâmbulos das constituições da Bolívia⁹, de

¹ No tema do patriotismo constitucional, por todos, STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

² MÉXICO. Constitución (1917). *Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>. Acesso em: 18 maio 2019.

³ GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. *Expedientes Acumulados n°s 303-90 y 330-90*. Disponível em: <http://138.94.255.164/Sentencias/814514.303-90%20y%20330-90.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

⁴ CHILE. Constitución (1980). *Constitución Política de La República de Chile*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

⁵ URUGUAI. Constitución (1967). *Constitución de La Republica Oriental Del Uruguay*. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>. Acesso em: 18 maio 2019.

⁶ CUBA. Constitución (2019). *Constitución de La República de Cuba*. Disponível em: <http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Nueva%20Constitución%20240%20KB-1.pdf>. Acesso em: 18 maio 2019.

⁷ HAITI. Constitución (1987). *La Constitution de La République D'Haiti*. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/fr/hti/fr_hti-int-txt-const.html. Acesso: 18 maio 2019.

⁸ NICARÁGUA. Constitución (1986). *Constitución Política de La República de Nicaragua*. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_const.pdf. Acesso em 18 maio 2019.

⁹ BOLÍVIA. Constitución (2009). *Constitución Política Del Estado*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

Honduras¹⁰, do Panamá¹¹, do Paraguai¹² e da Venezuela¹³ tenham sido investigados, por conta de seus aspectos discursivos, não se avançou na análise de reverberação jurisprudencial, por conta da dificuldade no acesso de informações.

Observou-se, também, que algumas Cortes Constitucionais não decidiram, e também não se manifestaram, sobre o objeto da pesquisa, isto é, sobre os preâmbulos de suas respectivas constituições, conforme o resultado das buscas realizadas por parâmetros consistentes nas seguintes palavras-chave: “*preâmbulo*” e “*preâmbulo de la constitución*”; restando, assim, prejudicada a análise sobre a eventual existência de força normativa dos preâmbulos das constituições do Equador¹⁴ e El Salvador¹⁵, por exemplo.

Foram considerados, nessa parte do trabalho, somente os preâmbulos das constituições cujas Cortes Constitucionais manifestaram-se efetivamente sobre o objeto da pesquisa, cuidando-se, portanto, dos preâmbulos constantes das Constituições da Argentina¹⁶, do Brasil¹⁷, da Colômbia¹⁸, da Costa Rica¹⁹, da Guatemala²⁰, do Peru²¹ e da República Dominicana²².

Durante a pesquisa, percebeu-se a ausência de um diálogo entre as Cortes Constitucionais da América Latina sobre os preâmbulos de suas Constituições, revelando a possível falta de uma comunicação transjudicial sobre o objeto perquirido. É um ponto que sugere investigação futura, da qual se ocupa o tema do transconstitucionalismo²³.

Detectou-se, também, que as Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais da Argentina, Costa Rica, Guatemala, Peru e República Dominicana referiram-se ao preâmbulo de suas Constituições somente em *obiter dicta*, ou em votos estancos. Não há manifestação conclusiva sobre o conteúdo normativo dos preâmbulos.

Observa-se, assim, que apenas a Corte Constitucional da Colômbia e a Suprema Corte do Brasil enfrentaram, efetivamente, a questão da força normativa do preâmbulo de suas Constituições. Primeiramente, a Corte Colombiana decidiu que o preâmbulo de sua Constituição a integra, além de ter efeito vinculante, o que em nada influenciou o Corte brasileira, que, após treze anos da decisão colombiana, manifestou que o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil não substancializa aderência constitucional

¹⁰ HONDURAS, Constitución (1982). *Constitución Política de La República de Honduras*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_de_honduras.pdf. Acesso em 18 maio 2019.

¹¹ PANAMÁ, Constitución (1972). *Constitución Política de La República de Panama*. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/2083/CONSTITUTION.pdf>. Acesso em 18 maio 2019.

¹² PARAGUAI, Constitución (1992). *Constitución de La República de Paraguay*. Disponível em: <http://jme.gov.py/transito/leyes/1992.html>. Acesso em: 18 maio 2019.

¹³ VENEZUELA, Constitución (1999). *Constitución de La República Bolivariana de Venezuela*. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html. Acesso em: 18 maio 2019.

¹⁴ EQUADOR, Constitución (1998). *Constitución de La República Del Ecuador*. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

¹⁵ EL SALVADOR, Constitución (1983). *Constitución de La República de El Salvador*. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/constitucion_de_la_republica_del_salvador_1983.pdf. Acesso em: 18 de maio 2019.

¹⁶ ARGENTINA, Constitución (1953). *Constitución de La Nación Argentina*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acesso em: 18 de maio 2019.

¹⁷ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em: 18 maio 2019.

¹⁸ COLÔMBIA, Constitución (1991). *Constitución Política de Colombia*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em 18 maio 2019.

¹⁹ COSTA RICA, Constitución (1949). *Constitución Política de Costa Rica*. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/CostaRica/Leyes/constitucion.pdf>. Acesso em: 18 maio 2019.

²⁰ GUATEMALA, Constitución (1985). *Constitución Política de La República de Guatemala*. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

²¹ PERU, Constitución (1993). *Constitución Política Del Peru*. Disponível em: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>. Acesso em: 18 maio 2019.

²² REPÚBLICA DOMINICANA, Constitución (2015). *Constitución de La República Dominicana*. Disponível em: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/do/do070es.pdf>. Acesso em: 18 maio 2019.

²³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002/2002.

textual.

No direito comparado, há notícias de julgamento de Corte Constitucional relativo ao alcance do preâmbulo no direito norte-americano. Trata-se de decisão de 1904²⁴, relativa a um cidadão que se recusava a receber vacina obrigatória contra a varíola, invocando o preâmbulo da constituição norte-americana, que lhe garantiria “*bênçãos da liberdade*” e, portanto, a liberdade de optar por não ser vacinado. A Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu o direito de o cidadão, com base no preâmbulo da Constituição, se recusar a receber a vacina, admitindo, ao mesmo tempo, o direito de as autoridades multarem o insurgente, pela recusa. Ainda que contraditória, essa decisão reconhecia a força normativa do preâmbulo. Nesse sentido, é precedente importante.

Na Índia, a discussão sobre a normatividade do preâmbulo desdobrou-se no contexto da possibilidade (ou não) de se emendá-lo. O fato de que haveria necessidade de emenda para alteração do texto do preâmbulo substancializaria o preâmbulo como parte integrante do texto constitucional²⁵. O preâmbulo da Constituição da Índia foi emendado em 1976, acrescentando-se o Princípio da Fraternidade aos princípios da justiça, da liberdade e da igualdade como pontos de partida do texto constitucional, confirmando-se um exemplo de compreensão de normatividade da parte introdutória de uma constituição²⁶.

Quanto à América Latina, na análise do tema, utilizou-se o termo “*suporte secundário argumentativo*” para registrar a abordagem *obiter dictum* do preâmbulo, como forma de prestar ênfase à decisão ou lhe conferir índole orientadora interpretativa, mas sem lhe prestar força normativa, e o termo “*elemento primário de fundamentação*” quando dirigido, diretamente, à proteção dos valores constitucionais constantes das normas da Constituição, reconhecendo-lhe a devida força normativa, ao integrar a *ratio decidendi*.

Sem pretensão de esgotar o tema, cuja investigação pode ser alargada e aprofundada por outros meios e metodologias, a presente pesquisa foi realizada em fontes primárias, a exemplo das redações originais dos preâmbulos das diversas Constituições analisadas e as decisões emitidas por suas respectivas Cortes Constitucionais, a par de fontes secundárias, todas identificadas ao longo e ao fim do trabalho.

Pretende-se disponibilizar ao interessado um roteiro que possa permitir imersão nos valores constantes dos preâmbulos abrigados em diversas constituições latino-americanas, e conhecer, em que extensão, jurídica ou política, Cortes Constitucionais reconheceram esses valores. Incidentalmente, há possibilidade de avaliação dos conteúdos discursivos e retóricos dos preâmbulos das constituições latino-americanas. No limite, o presente artigo explora o tema dos conceitos e dos valores jurídicos dos preâmbulos²⁷, valendo-se como exemplo o contexto latino-americano.

2 Os preâmbulos nas constituições latino-americanas

Os direitos latino-americanos resultam, em seus aspectos mais peculiares, do movimento de expansão dos direitos europeus, nos modelos de transposições de ideias e de arranjos institucionais²⁸. Trata-se, em princípio, da recepção de famílias normativas europeias, de tradição romanista²⁹. Em locais de colonização espanhola, conheceu-se um direito europeu concebido para regulamentar a vida local, denominado de direi-

²⁴ U. S. Supreme Court, *Jacobson v. Commonwealth of Massachusetts*, 1905.

²⁵ LAHOTI, R. C. *Preamble: spirit and backbone of the Constitution of India*. Delhi: Easter Book, 2004.

²⁶ KRISHNASWAMY, Sudhir. *Democracy and Constitutionalism in India, a study of the basic structure doctrine*. Oxford: Oxford University Press, 2010. AUSTIN, Granville. *The Indian Constitution: Cornerstone of a Nation*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

²⁷ No tema, por todos, TEJADA TAJADURA, Javier. *El Preâmbulo Constitucional*. Granada: Comares, 1997.

²⁸ SÁNCHEZ, Ismael Bella; HERA, Alberto de la; DÍAZ, Carlos Rementeria. *Historia del Derecho Indiano*. Madrid: Editorial Mafre, 1992.

²⁹ ZWEIGART, Konrad; KOTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p.74 e ss.

to indiano³⁰. Os movimentos de libertação do século XIX foram influenciados pelo ideário iluminista e, por extensão, são manifestações de um incipiente ideário constitucionalista³¹; o papel político e constitucional de Bolívar é exemplo dessa premissa³². Os textos constitucionais mais recentes reproduzem os pontos centrais da tradição constitucionalista ocidental, inseridos em ambiente político de permanente tensão³³.

A construção discursiva dos preâmbulos³⁴ evidencia essa tradição, que, de algum modo, e em alguns preâmbulos, é marcada por uma retórica de exaltação histórica e nacionalista. O apelo a alguma forma de patriotismo é indicativo de vínculos entre constituição e cultura. Preâmbulos podem ser inseridos no contexto de identificação cultural que se processa na construção de um Estado constitucional³⁵. Percebe-se intenso simbolismo em alguns dos preâmbulos que seguem, e que se traduzem argumentos que pretendem a justificação das respectivas histórias, a par de veicularem conjunto de promessas³⁶. Pode-se tentar resgatar a intenção do legislador constituinte na construção discursiva dos preâmbulos³⁷.

O preâmbulo da constituição de Cuba³⁸, por exemplo, expressa explícita justificativa heroica para o regime político adotado desde a revolução de Fidel Castro. Afirma que os constituintes foram inspirados pelo heroísmo e pelo patriotismo dos que lutaram por uma pátria livre, independente, soberana, democrática e de justiça social. Faz referência aos aborígenes que resistiram à submissão, aos escravos que se rebelaram contra seus amos e aos que despertaram a consciência nacional e a ânsia cubana de uma pátria livre. O preâmbulo da constituição cubana também faz uma homenagem àqueles que lutaram durante mais de cinquenta anos contra o domínio imperialista, a corrupção na política, a falta de direitos e liberdades, o desemprego e contra as dificuldades impostas pelos capitalistas e pelos donos das terras. Faz-se, ainda, uma homenagem aos defensores da revolução, contribuindo para sua consolidação. Há, além disso, uma referência à resistência épica do povo cubano.

O preâmbulo da constituição cubana vincula os propósitos do país aos exemplos de José Martí e de Fidel Castro, às ideias políticas de Karl Marx, Friedrich Engels e Vladimir Lênin. Declara-se a decisão de se levar adiante uma revolução denominada de triunfante, sustentada na mais estreita unidade de todas as forças revolucionárias do povo, que teria conquistado a independência nacional, estabelecido o poder revolucionário, realizado as transformações democráticas e iniciado a construção do socialismo. Faz-se uma menção ao fato de que os cubanos estariam conscientes de que a edificação do socialismo e a liderança do partido comunista constituiriam os pilares fundamentais e as garantias para a ordem política, econômica e social. Cita-se, ao fim, José Martí, para quem a primeira lei da república deveria ser o culto dos cubanos à dignidade plena do ser humano.

A constituição do Haiti³⁹, de igual modo, também conta com um preâmbulo que revela certo romantismo constitucional. Afirma-se que a constituição é proclamada para garantir os direitos inalienáveis e imprescritíveis à vida, à liberdade e à busca da felicidade. Vincula-se essa declaração ao Ato de Independência do Haiti (1804) e à Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Afirma-se que se pretende construir

³⁰ GIL RODRIGUEZ, Magdalena. *Curso de Historia del Derecho Español*. Madrid: Portal Derecho, 2010. p. 311 e ss.

³¹ HALPERIN, Tulio Donghi. *Historia Contemporânea de América Latina*. Madrid: Aliança Editorial, 2005. p. 17 e ss.

³² URUENÁ, Jaime Cervera. *Bolívar Republicano, fundamentos ideológicos e históricos de su pensamiento político*. Bogotá: Ediciones Aurora, 2007.

³³ SKIDMORE, Thomas; SMITH, Peter H. *Modern Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

³⁴ Na literatura brasileira o tema do preâmbulo foi explorado monograficamente por MARÇAL, Patrícia Fontes. *Estudo Comparado do Preâmbulo da Constituição Federal do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001 e por BORGES, Alexandre Walmott. *Preâmbulos da Constituição e Ordem Econômica*. Curitiba: Juruá, 2008.

³⁵ O tema do elemento de identidade cultural no Estado Constitucional, ainda que na ótica dos feriados nacionais, foi estudado por HABERLE, Peter. *Constituição e Cultura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antonik.

³⁶ No tema, por todos, NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁷ O tema da intenção do constituinte é explorado, entre outros, por SANTIAGO NINO, Carlos. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 88.

³⁸ <http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Nueva%20Constitución%2024%20KB-1.pdf>

³⁹ https://www.oas.org/juridico/mla/fr/hti/fr_hti-int-txt-const.html

uma nação socialmente justa, economicamente livre e politicamente independente. Registra-se a pretensão de se fundar um Estado estável e forte, capaz de proteger valores, tradições, soberania, independência e visão nacional. Reconhece-se que, para se implantar a democracia, deve-se respeitar o pluralismo ideológico e a alternância política, afirmando-se os direitos invioláveis do povo haitiano. Escreveu-se, também, que a constituição tem como meta fortalecer a união nacional, eliminando-se todas as formas de discriminação entre as populações urbanas e rurais, mediante a aceitação das várias comunidades linguísticas e culturais. Reconhece-se o direito ao progresso, à informação, à educação, à saúde, ao trabalho e ao lazer. Por fim, menciona-se o objetivo de se instaurar um governo baseado nas liberdades fundamentais e no respeito aos direitos humanos, à paz social, à equidade econômica, e à participação de toda a população na tomada das decisões engajadas na vida nacional.

A constituição da Nicarágua⁴⁰ é mais um exemplo de romantismo constitucional revelado no preâmbulo. Evoca-se a luta dos antepassados indígenas, o espírito da unidade centro americana, a tradição combativa do povo nicaraguense, a inspiração e o exemplo de vários heróis da pátria. Lembram-se gerações de heróis e mártires que lutaram pela libertação e pela independência nacional. Proclama-se a constituição em nome do povo da Nicarágua, de todos os partidos e organizações democráticas, patrióticas e revolucionárias. Festejam-se homens e mulheres, trabalhadores e camponeses, a juventude gloriosa, suas mães heroicas, os cristãos crentes em Deus, comprometidos com luta pela liberdade. Refere-se aos oprimidos e aos intelectuais patriotas. Menciona-se inspiração em relação aos que lutaram e ofereceram suas vidas contra a agressão imperialista para garantir a felicidade das novas gerações. Refere-se à institucionalização das conquistas da revolução e à construção de uma sociedade nova que elimine toda forma de exploração. Pretende-se a igualdade econômica, política e social dos nicaraguenses, bem como o respeito absoluto aos direitos humanos. Conclui-se com uma chamada pela pátria, pela revolução, pela unidade da nação e pela paz.

De igual modo, extensa e romântica é a constituição da Bolívia⁴¹. Inicia-se com uma referência a tempos imemoriais nos quais se levantaram montanhas, se deslocaram rios e se formaram lagos. Refere-se à Amazônia, ao chaco, ao altiplano, às planícies e vales, que se cobriram de flores. Afirma-se que os bolivianos povoaram a *Terra Mãe* com rostos diferentes, e que, por isso, compreendem a pluralidade e a diversidade entre as pessoas e culturas. Rejeita-se o racismo. Acrescenta-se que o povo boliviano é de composição plural, inspirado na luta indígena anticolonial, na independência e nas lutas populares de libertação, em marchas indígenas, sociais e sindicais, em lutas pela terra e pelo território, forte na memória dos mártires, base de formação de um novo Estado. Este deveria ser baseado no respeito e na igualdade entre todos, com princípios de soberania, de dignidade, de complementariedade, de solidariedade, de harmonia e de equidade na distribuição do produto social. Insiste-se na deferência pela pluralidade econômica, social, jurídica, política e cultural dos habitantes da terra, em convivência coletiva com acesso à água, ao trabalho, à educação, à saúde e à moradia. Assume-se um desafio histórico da construção coletiva de um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, que integra e articula os propósitos de avanço, com vista à construção de uma Bolívia democrática, produtiva, inspiradora da paz, comprometida com o desenvolvimento integral e com a livre determinação dos povos. Encerra-se com uma lembrança de que os bolivianos, por intermédio de uma Assembleia Constituinte, manifestam um compromisso pela unidade e integridade do país.

A constituição de Honduras⁴² conta com um preâmbulo no qual se lê que deputados eleitos pela vontade soberana do povo hondurenho, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, invocam a proteção de Deus e o exemplo dos heróis, ao que se agrega a declaração de uma fé na restauração da união centro-americana. Decreta-se e sanciona-se uma constituição que fortaleça e perpetue o estado de direito que assegure uma sociedade justa, em seus aspectos políticos, econômicos e sociais, que afirme a nacionalidade e propicie as condições para a plena realização do ser humano, dentro da justiça, da liberdade, da segurança,

⁴⁰ https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_const.pdf

⁴¹ https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf.

⁴² https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_de_honduras.pdf.

da estabilidade, do pluralismo, da paz, da democracia representativa e do bem comum.

A constituição do Panamá⁴³ conta com preâmbulo minimalista. A constituição é decretada com o “*fim supremo de fortalecer a Nação, garantir a liberdade, assegurar a democracia e a estabilidade institucional, exaltar a dignidade humana, promover a justiça social e o bem-estar geral e a integração regional*”. Invoca-se a proteção de Deus.

A constituição do Paraguai também conta com um preâmbulo curto. Afirma-se que o povo paraguaio, por meio de seus legítimos representantes, reunidos em Convenção Nacional Constituinte, invoca a Deus, reconhece a dignidade humana com o fim de assegurar a liberdade, a igualdade e a justiça, reafirma os princípios da democracia republicana, representativa, participativa e pluralista, ratifica a soberania e a independência nacionais, com integração junto à comunidade internacional⁴⁴. Na doutrina dos constitucionalistas paraguaios, entende-se o preâmbulo como conjunto de valores ou desejos que inspiraram o legislador constituinte ao tempo da redação da constituição⁴⁵.

O preâmbulo da constituição da Venezuela⁴⁶, por sua vez, evoca o exemplo histórico de Bolívar, lembrado como libertador, acrescentando-se o heroísmo e o sacrifício dos antepassados aborígenes e dos precursores de uma pátria livre e soberana. Declara-se o fim supremo de se refundar a República para se estabelecer uma sociedade democrática, participativa, multiétnica e pluricultural, em um Estado de justiça, federal e descentralizado, que consolide os valores da liberdade, da independência, da paz, da solidariedade, do bem comum, da integridade territorial, da convivência e do império da lei, para as gerações presentes e futuras. Pretende-se assegurar o direito à vida, ao trabalho, à cultura, à educação, à justiça social e à igualdade, sem discriminação ou subordinação de nenhuma espécie. Pretende-se promover a cooperação pacífica entre as nações, bem como a consolidação da integração latino-americana, de acordo com os princípios da não intervenção e da autodeterminação dos povos. Insiste-se na garantia universal e indivisível dos direitos humanos, na democratização da sociedade internacional, no desarmamento nuclear, no equilíbrio ecológico e na ideia de que os bens jurídicos ambientais constituem patrimônio comum e irrenunciável da humanidade.

A constituição de El Salvador conta com preâmbulo que enfatiza a confiança em Deus, a vontade nacional relativa aos altos destinos da pátria e o exercício de um poder soberano. Os constituintes, autores do preâmbulo, pronunciam-se animados por um desejo fervoroso de estabelecer os fundamentos da convivência nacional, com base no respeito pela dignidade da pessoa humana, na construção de uma sociedade mais justa, como essência da democracia e do espírito de liberdade e justiça, indicados como valores de uma herança humanista⁴⁷.

O texto constitucional argentino⁴⁸ conta com preâmbulo sintético, no qual se declara o objetivo de se constituir uma união nacional, aprofundar a justiça, consolidar a paz interior, prover uma defesa comum, promover o bem-estar geral e assegurar os benefícios da liberdade, para os argentinos e para a posteridade, e para todas as pessoas que queiram habitar em solo argentino. Invoca-se a proteção de Deus, identificado como fonte de toda razão e justiça⁴⁹.

O preâmbulo da constituição da Colômbia⁵⁰ é também abreviado. Invoca-se a proteção de Deus. Indica-se como fim o fortalecimento da unidade da Nação e a garantia da vida, da convivência, do trabalho, da justiça, da igualdade, do conhecimento, da liberdade e da paz. A doutrina constitucional colombiana considera

⁴³ <https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/2083/CONSTITUTION.pdf>.

⁴⁴ <http://jme.gov.py/transito/leyes/1992.html>.

⁴⁵ RAMÍREZ, Manuel Dejesús Candia. *Derecho Constitucional Paraguayo*. Assunción: Litocolor, 2003.

⁴⁶ https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html.

⁴⁷ http://www.oas.org/dil/esp/constitucion_de_la_republica_del_salvador_1983.pdf.

⁴⁸ Para o tema do preâmbulo na Argentina, por todos, ZARINI, Helio Juan. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2009. p. 47 e ss.

⁴⁹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>.

⁵⁰ <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

que o preâmbulo contém força vinculante e efetivamente um texto prescritivo⁵¹.

No caso de Costa Rica⁵², o preâmbulo é muito curto. Invoca-se o nome de Deus e reitera-se a fé na democracia, tão somente. De igual modo, curto, também é o preâmbulo da constituição do Peru⁵³. Invoca-se a “Deus Todo Poderoso”, assinala-se que se obedece a um mandato do povo peruano e recorda-se o sacrifício das gerações precedentes.

O preâmbulo da constituição da República Dominicana⁵⁴ também invoca o nome de Deus. Afirma-se que os constituintes são guiados pelo ideário dos pais da pátria. Buscam estabelecer república livre, independente, soberana e democrática. A inspiração refere-se ao exemplo de lutas e sacrifícios de heróis e heroínas imortais, o estímulo, do trabalho abnegado de homens e mulheres. Os valores e princípios que movem os constituintes são os da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, do império da lei, da justiça, da solidariedade, da convivência fraterna, do bem-estar social, do equilíbrio ecológico, do progresso e da paz, fatores indicados como essenciais para a coesão social. Declara-se a vontade de se promover a unidade da Nação dominicana, adotando-se e proclamando-se a constituição no exercício de uma livre determinação.

Por fim, o preâmbulo da constituição do Brasil⁵⁵, no qual se lê que representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgam, sob a proteção de Deus, a Constituição da República Federativa do Brasil.

3 Os *obter dicta* e votos estanques sobre o preâmbulo nas cortes constitucionais latino-americanas

A evocação do preâmbulo da constituição pelas diversas Cortes Constitucionais da América Latina tem sido destacada não somente para prestar ênfase à decisão como suporte secundário argumentativo de uma tese jurídico-constitucional, mas também como elemento primário de fundamentação na proteção dos valores constitucionais instituídos pelo constituinte originário.

Nos casos em que foram utilizados argumentos fundados no preâmbulo das constituições latino-americanas, a alusão feita ao seu conteúdo — na maioria das vezes — se deu em votos estanques lançados nas Cortes Constitucionais, ora como afirmações *obter dicta*, ora como manifestação *ratio decidendi*.

Decisões do Tribunal Constitucional do Peru demonstram as afirmações *obter dicta* feitas ao preâmbulo de sua constituição, utilizando-se de uma retórica que não importa em vinculação para os casos subsequentes, sem desempenhar papel fundamental no julgado. Na Exp. N° 0042-2004-AI/TC⁵⁶, movida por “Luis Alexandro Lobotón Donayare y más de cinco mil ciudadanos” contra a tributação do valor pago pelo ingresso em espetáculos públicos não desportivos, o Tribunal Constitucional do Peru assim se manifestou:

“En efecto, la Constitución (artículo 1), al reconocer que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, capta al ser humano no sólo como ser ‘racional’, sino también aprehende la *conditio humana* desde el lado emocional o ‘irracional’. Lo cual se refleja claramente cuando se evoca a Dios o se evoca al sacrificio de las generaciones anteriores en el

⁵¹ FLÓREZ, José Rodrigo Ruiz, *Curso de Derecho Constitucional Colombiano*, Medellín: Señal Editora, 2011, pp. 28 e ss.

⁵² https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Costa_Rica.pdf.

⁵³ <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>.

⁵⁴ <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/do/do070es.pdf>.

⁵⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁵⁶ PERU. Tribunal Constitucional Del Peru. *Expediente n° 0042-2004-AI-TC*. Resolución del 13 de abril 2005. Disponível em: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.pdf>. Acesso: 19 de maio 2019.

Preámbulo de nuestra Constitución; o cuando se refiere a los símbolos patrios (artículo 49) — sobre los cuales se ha pronunciado este Tribunal en sentencia sobre el Exp. N° 0044-2004-AA/TC. Fundamento 36 —, a la bandera (artículo 49, segundo párrafo), o al idioma (artículo 2, inciso 2; 2, inciso 19; 48).⁵⁷

Em outra oportunidade, o mesmo Tribunal, ao decidir um agravo interposto pela “Telefónica del Perú S.A.A” contra uma resolução da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça, Exp. N° 665-2007-AA/TC⁵⁸, proveu, por maioria, um recurso para anular sua decisão anterior, deixando claro, naquele momento, o seu desiderato de não atribuir ao preâmbulo da Constituição peruana qualquer força normativa.

Esse fato ficou registrado entre linhas no voto vencido do magistrado Vergana Gotelli que, ao prestar conotação normativa ao preâmbulo para se opor à anulação de referido julgado, que favorecia os ex-empregados da recorrente, empresa que se encontrava obrigada a pagar uma dívida trabalhista, acabou tendo sua argumentação excluída da *ratio decidendi*. Assim, manifestou-se o magistrado em seu voto vencido:

“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.’ y ‘Toda persona tiene derecho ...’, — posición que es continuidad de las que tuvimos en las constituciones anteriores y especialmente en el preámbulo de la de 1979 ‘... Creyente en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado...’⁵⁹

Outros julgados do Tribunal Constitucional do Peru ratificaram a posição de não conferir força normativa ao preâmbulo da Constituição peruana, considerando-o, assim, como mera declaração, resultante de um enunciado político, social ou econômico utilizado para prestar ênfase à argumentação, servindo como suporte secundário argumentativo.

Nesse ponto, não diverge a experiência constitucional dominicana. Da leitura da “Sentencia TC/0605/16”⁶⁰ de seu Tribunal Constitucional, depreende-se que a Corte analisou — por meio de controle preventivo de constitucionalidade — a adesão da República Dominicana à Convenção de Minamata sobre o Mercúrio, e, ao verificar que nenhuma disposição constitucional foi violada, concluiu que mencionada Convenção estava afeita aos compromissos do Estado da seguinte forma:

”Ninguna de las disposiciones del referido acuerdo vulnera las disposiciones de la Constitución, sino que, por el contrario, se inclinan a hacer posible el cumplimiento de los compromisos del Estado dominicano, a luz de las previsiones del preámbulo de la Constitución, que consagran los principios de bienestar social, equilibrio ecológico, solidaridad, convivencia fraterna, paz y progreso.”⁶¹

Ao se manifestar nesse sentido, afirmou-se que a Convenção de Minamata sobre o Mercúrio, aderida pela República Dominicana, além de não ferir a constituição, estava afinada com os propósitos políticos, sociais e econômicos assentados em seu preâmbulo, ou seja, às diretrizes ali elencadas de forma declarativa — sem qualquer efeito normativo —, utilizando o preâmbulo, dessa forma, para prestar ênfase à decisão como suporte secundário argumentativo, *obter dictum*.

Isso foi confirmado pela mesmo Tribunal Constitucional na oportunidade em que apreciou a constitucionalidade do Acordo entre o Governo da República Dominicana e o Conselho Federal Suíço, sobre a

⁵⁷ PERU. Tribunal Constitucional Del Peru. *Expediente n° 0042-2004-AI-TC*. Resolución del 13 de abril 2005. p. 8. Disponível em: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.pdf>. Acesso: 19 de maio 2019.

⁵⁸ PERU. Tribunal Constitucional Del Peru. *Expediente n° 665-2007-AA/TC*. Sentencia. Disponível em: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00665-2007-AA.pdf>. Acesso: 19 de maio 2019.

⁵⁹ PERU. Tribunal Constitucional Del Peru. *Expediente n° 665-2007-AA/TC*. Sentencia. p. 9. Disponível em: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00665-2007-AA.pdf>. Acesso: 19 de maio 2019.

⁶⁰ REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional de La República Dominicana. *Expediente n° TC-02-2005-0011*. Sentencia TC/0605/16. Disponível em: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/9335/tc-0605-16.pdf>. Acesso: 19 de maio 2019.

⁶¹ REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional de La República Dominicana. *Expediente n° TC-02-2005-0011*. Sentencia TC/0605/16. p. 89. Disponível em: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/9335/tc-0605-16.pdf>. Acesso: 19 de maio 2019.

isenção de vistos para titulares de passaportes diplomáticos, oficiais, especiais ou de serviço, conforme se conclui da “Sentencia TC/0370/16”⁶², que repete, de forma retórica, a demonstração de harmonia entre referido acordo e as declarações preambulares registradas pelo constituinte, sem incluí-las, contudo, na *ratio decidendi*.

A “Sala Constitucional de La Suprema Corte de Justicia” da Costa Rica também vem, sucessivamente, manifestando-se de forma *obiter dicta* a respeito do preâmbulo de sua Constituição. Em 2007, mencionada Corte consagrou, pela primeira vez, não ter o preâmbulo da Constituição força normativa, ao excluir da *ratio decidendi* manifestações de dois magistrados sobre o valor “democracia” dele constante, a influir na decisão do julgado, que foram registradas como voto salvo anexo à Resolução N° 11151⁶³.

Essa argumentação fundada no valor “democracia”, constante do preâmbulo da Constituição da Costa Rica, foi repetida de forma mais elaborada em 2012, mas também não foi aceita pela Corte, que a juntou novamente como voto salvo — dessa vez anexo à Resolução N° 11506⁶⁴ — no qual ficou registrado o esclarecimento da adoção desse valor como critério restrito de admissão de consulta legislativa facultativa sobre a onstitucionalidade de projeto de lei, na seguinte forma:

“En mi criterio, el preámbulo de la Constitución Política señala así, *ab initio*, el sistema de gobierno que debe regir en nuestro país, e introduce con ello toda una carga de valores y principios que no puede ser obviado ni soslayado en momento alguno. El preámbulo constitucional refiere la existencia de un sistema democrático de carácter representativo, de donde resulta la inserción y necesidad de observar lo que se ha dado en llamar el «principio democrático» que más allá de enunciaciones genéricas sobre la organización del Estado y el ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos o culturales, señala igualmente obligaciones y responsabilidades de estricta observancia si se quiere un pleno respecto a los valores que informan la vida republicana.”⁶⁵

Mais recentemente, no ano de 2014, mencionada “Sala Constitucional de La Suprema Corte de Justicia” da Costa Rica, ao formular a Resolução N° 04575⁶⁶, recusou a impugnação da constitucionalidade de estatutos de partidos políticos que faziam referência à existência de Deus, aos princípios cristãos e às sagradas escrituras, bem como não conheceu do pedido de cassação dos políticos eleitos por esses partidos por violação ao Princípio da Igualdade sustentado na utilização de aspectos religiosos para atrair simpatizantes, fundamentando a decisão na liberdade de consciência, na liberdade de culto e na livre organização dos partidos, e incluiu, ainda, na *ratio decidendi* o seguinte:

“Nótese que incluso, validar la tesis del accionante respecto de la referencia a Dios en los Estatutos de los partidos políticos, pondría en entresijo la validez del propio Preámbulo Constitucional, el cual, según se indicó, contiene una expresa y directa referencia al Dios universal invocado por los Constituyentes originarios.”⁶⁷

Nesse caso, embora tenha a Corte Costarriquenha incluído na *ratio decidendi* a manifestação preambular dos constituintes originários, não conferiu ao preâmbulo de sua Constituição força normativa, uma vez que se restringiu a afirmar a possibilidade de se pôr em dúvida somente a validade de referida manifestação constituinte, deixando, contudo, de abordar a questão de sua eficácia, o que implicaria admitir sua força

⁶² REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional de La República Dominicana. *Expediente n° TC-02-2016-0001*. Sentencia TC/0370/16. Disponível em: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/9097/tc-0370-16.pdf>. Acesso: 19 de maio 2019.

⁶³ COSTA RICA. Sala Constitucional de Suprema Corte de Justicia. *Expediente n° 07-005688-0007-CO*. Resolución n° 11151-2007. Disponível em: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-418067>. Acesso em: 19 maio 2019.

⁶⁴ COSTA RICA. Sala Constitucional de Suprema Corte de Justicia. *Expediente n° 12-008765-0007-CO*. Resolución n° 11506-2012. Disponível em: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-633679>. Acesso em: 19 maio 2019

⁶⁵ COSTA RICA. Sala Constitucional de Suprema Corte de Justicia. *Expediente n° 12-008765-0007-CO*. Resolución n° 11506-2012. Disponível em: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-633679>. Acesso em: 19 maio 2019.

⁶⁶ COSTA RICA. Sala Constitucional de Suprema Corte de Justicia. *Expediente n° 13-000633-0007-CO*. Resolución n° 04575-2014. Disponível em: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-600738>. Acesso em: 19 maio 2019.

⁶⁷ COSTA RICA. Sala Constitucional de Suprema Corte de Justicia. *Expediente n° 13-000633-0007-CO*. Resolución n° 04575-2014. Disponível em: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-600738>. Acesso em: 19 maio 2019.

normativa, decidindo, assim, posicioná-lo no rol dos preâmbulos declarativos.

Segue esse vetor o preâmbulo da Constituição da Guatemala, conforme indicam os Expedientes Acumulados 303-90 e 330-90⁶⁸ julgados pela Corte de Constitucionalidade Guatemalense, que teve como objeto supostos atos de limitação da liberdade de ensino, critérios docentes e cotas escolares.

Ao apreciar o caso, a Corte tomou o preâmbulo como uma bússola cujo ponteiro magnético — que pode ser assimilado às declarações políticas, sociais e econômicas — aponta para o “bem comum”, expressão constante do preâmbulo, a qual passou a orientar os fundamentos que embasaram a decisão, ou seja, as normas constitucionais inseridas no documento Constituição, mas, contudo, não lhe atribuiu força normativa, o que fica claro a partir do seguinte excerto da decisão:

“La Constitución de Guatemala trata la educación dentro del contexto de los derechos sociales, y las libertades económicas dentro de los derechos del individuo, — artículo 43 de la Constitución — y es obvio que la acción del Estado está actuando en función de intereses sociales orientados al bien común. La responsabilidad del bien común ha sido debidamente consagrada en el preámbulo de la Constitución, y prevista como fin supremo dentro de los fines y deberes do Estado — artículo 1 de la Constitución —; y es la protección de la persona y de la familia la razón esencial de la organización del Estado — artículo 2 y 47 de la Constitución . Dentro de ese contexto teleológico, la facultad de inspección del Estado — artículo 73 — a los centros educativos privados lleva implícita las facultades necesarias de accionen la búsqueda del bien común y de protección a la familia; y la autorización de cuotas escolares se inscribe en este contexto.”⁶⁹

O simples fato de o preâmbulo se revestir de caráter orientador não significa que se caracterize como elemento primário de fundamentação na proteção dos valores constitucionais instituídos pelo constituinte originário e, assim, venha a integrar a *ratio decidendi*, pois nessa condição seu conteúdo continua desprovido de normatividade, uma vez que, embora não se reduza a prestar ênfase à decisão, segue com a vestimenta de suporte secundário argumentativo, numa alusão *obiter dictum*.

Esse papel, aparentemente mais forte do preâmbulo, revestido de característica orientadora, ganhou vitalidade na constituição da Argentina com base nas leituras feitas na “Corte Suprema de Justiça de La Nación” pelos magistrados Juan Carlos Maqueda e Raul Zaffaroni, ao participarem do julgamento da reclamação consistente no Recurso de Hecho, na Causa n° 17.768 (s. 1767. XXXVIII)⁷⁰, referente à inconstitucionalidade de leis de anistia em face de crimes contra a humanidade consistentes em privação ilegal da liberdade, agravada por violência, ameaças e desaparecimento forçado em época de regime de exceção. Juan Carlos Maqueda, sobre o preâmbulo da Constituição argentina, externou, em seu voto, o seguinte:

“El verdadero valor del derecho, dice R. Von Ihering, descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica... los otros poderes del Gobierno de la Nación se encuentran también vinculados por el propósito inspirador del dictado de la Constitución — que tanto vale como su propia razón de ser — integrado por los enunciados del Preámbulo, entre éstos el de ‘afianzar la justicia’ (Fallos: 300:1282) y respecto del alcance y sentido del principio preambular citado ha considerado que se trata ‘de un propósito liminar y de por sí operativo, que no solo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad...’ (...) (Fallos 302:1284).”⁷¹

Raul Zaffaroni deixou claro não tratar o preâmbulo da Constituição argentina de mera declaração, ao afirmar:

⁶⁸ GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. *Expedientes Acumulados n°s 303-90 y 330-90*. Disponível em: <http://138.94.255.164/Sentencias/814514.303-90%20y%20330-90.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

⁶⁹ GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. *Expedientes Acumulados n°s 303-90 y 330-90*. p. 10. Disponível em: <http://138.94.255.164/Sentencias/814514.303-90%20y%20330-90.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

⁷⁰ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina. *S.1767.XXXXV/III*. Disponível em: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=11294>. Acesso em: 19 maio 2019.

⁷¹ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina. *S.1767.XXXXV/III*. p. 112. Disponível em: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=11294>. Acesso em: 19 maio 2019.

“El Preámbulo de la Constitución Nacional no es una mera manifestación declarativa, sino que cumple una función orientadora de la interpretación de todas las normas del texto máximo. En su redacción está claramente establecida la función esencial de toda Constitución o norma fundamental. “Constituir la unión nacional, afianzar justicia, consolidar la paz interior”, no son objetivos enumerados al azar, sino claramente propios de toda Constitución, que serían negados en la medida en que se interpretase cualquiera de sus normas obligando a los jueces a admitir o legitimar una pretendida incapacidad de la Nación Argentina para el ejercicio de su soberanía, con la consecuencia de que cualquier otro país pueda ejercerla ante su omisión, en razón de violar el mandato internacional (asumido en ejercicio pleno de su propia soberanía) de juzgar los crímenes de lesa humanidad cometido en su territorio por sus habitantes y ciudadanos, cediendo ese juzgamiento a cualquier otra nación del mundo, colocando a sus habitantes en riesgo de ser sometidos a la jurisdicción de cualquier Estado del planeta, y, en definitiva, degradando a la propia Nación a un ente estatal imperfecto y con una grave *capitis deminutio* en el concierto internacional. Además, la omisión del ejercicio de la jurisdicción territorial (o sea, el no ejercicio de un claro atributo de su soberanía) abre un estado de sospecha sobre todos los ciudadanos del Estado omitente y no sólo sobre los responsables de estos crímenes.”⁷²”

Apesar de essas argumentações fortalecerem a índole orientadora do preâmbulo no julgado acima referido, no sentido de se “afianzar la justicia”, o concerto regido pelos magistrados Juan Carlos Maqueda e Raul Zaffanori, quanto ao preâmbulo da Constituição argentina, não ganha contornos de *ratio decidendi*, a começar pela forma como ocorreu a solução da questão posta em julgamento, que foi resolvida por meio da declaração de inconstitucionalidade de duas leis e o reconhecimento da constitucionalidade de uma outra, em face de normas constitucionais que não se identificam com o preâmbulo, como se pode concluir dos votos dos outros cinco magistrados presente no julgamento, que não fizeram qualquer alusão à questão preambular da Constituição, cujas menções feitas pelos dois magistrados, supracitados, ganham características *obiter dicta*.

4 A questão da plena eficácia jurídica do preâmbulo na América Latina: a visão colombiana e a visão brasileira

Os únicos dois países da América Latina que enfrentaram diretamente a questão da força normativa do preâmbulo de suas respectivas constituições foram a Colômbia e o Brasil, cujas decisões formaram precedentes a esse respeito.

A primeira decisão da Corte Constitucional colombiana decorreu da apreciação de tema em que se discutiu a questão de plano de aposentadoria de funcionários públicos impulsionado pelo governo e a questão da estabilidade no emprego, reunindo várias demandas nas quais se impugnavam normas legais em face do preâmbulo da constituição de 1991, ao argumento de ali restar assegurado o trabalho para os integrantes da Nação e a garantia de uma ordem política, econômica e social mais justa.

Nesse caso, o “Procurador General de La Nación” opinou por se considerar o preâmbulo um “querer ser” da Nação, contendo as aspirações e não as disposições da constituição, estas inseridas no corpo da carta, afirmando, assim, não se tratar o preâmbulo de uma norma jurídica ou mesmo um conjunto de normas desse gênero, balizando seus fundamentos em decisão da Corte Suprema de Justiça elaborada anteriormente à promulgação do novel ordenamento constitucional.

No entanto, a Corte Constitucional entendeu que o direito vai além das normas e que o significado do que é constitucional não se circunscreveria ao limitado campo dos artigos que integram uma constituição, ao considerar que o preceptivo constitucional foi endereçado pelo próprio constituinte para a realização de alguns objetivos e tarefas de ordens superiores ambicionados pela sociedade, que são justamente aqueles

⁷² ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina. *S.1767.XXXXVIII*. p. 238-239. Disponível em: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=11294>. Acesso em: 19 maio 2019.

moldados pelo preâmbulo da constituição e que justificam a criação e a vigência das instituições. Enfim, a Corte Constitucional colombiana conferiu poder vinculante ao preâmbulo em ementa assim redigida:

“El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas. Lejos de ser ajenos a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a **toda** la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. El Preámbulo goza de **poder vinculante** en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma — sea de índole legislativa o de otro nivel — que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios.”⁷³ (grifado do autor).

Treze anos mais tarde, a Corte Constitucional colombiana confirmou esse entendimento, aduzindo que o preâmbulo é a prova de que o Povo da Colômbia atuou no exercício de seu poder soberano ao produzir uma organização política e jurídica por meio dos seus representantes na Assembleia Nacional Constituinte, constando da ementa desse julgado o seguinte:

“El Preámbulo da cuenta del sentido político e jurídico que el Pueblo da Colombia le imprimió a la formulación de la Carta Política de 1991; es decir, indica los principios que la orientan y los fines a cuya realización se dirige y por elle no sólo hace parte de ésta como sistema normativo sino que además tiene efecto vinculante sobre los actos de la legislación, la administración y la jurisdicción y constituye parámetro de control en los procesos de constitucionalidad. Y esto es comprensible pues carecería de sentido que una fórmula política y jurídica tan densa de contenidos como la advertida en el Preámbulo, no estuviera llamada a tener implicaciones en los ejercicios de poder subordinados a la teleología en ella señalada.”⁷⁴

A Corte Constitucional da Colômbia reconheceu, assim, a força normativa do preâmbulo da constituição, e sua plena eficácia como norma constitucional, conferindo-lhe, inclusive, efeito vinculante.

Já o caso brasileiro consistiu numa ação direta de inconstitucionalidade em que foi impugnado o preâmbulo da Constituição do Estado do Acre sob o fundamento de não haver reproduzido a expressão preambular grafada na Constituição Federal: “sob a proteção de Deus”. Na solução do caso, o Supremo Tribunal Federal partiu do pressuposto de que as “normas centrais” da Constituição Federal são de reprodução obrigatória nas Constituições dos Estados Federados e, a despeito de serem reproduzidas ou não nessas constituições, incidirão sobre a ordem local.

Nesse ponto, a Suprema Corte brasileira se baseou nas lições de Raul Machado Horta, para quem as ditas “normas centrais” são:

“normas dos direitos e garantias fundamentais, as normas de repartição de competências, as normas dos Direitos Políticos, as normas de pré-ordenação dos poderes do Estado-membro, as normas dos princípios constitucionais enumerados — forma republicana, sistema representativo, regime democrático, autonomia municipal, — as normas da administração pública, as normas de garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público, as normas-princípios gerais do Sistema Tributário, as normas de limitação e de instituição do poder tributário, as normas-princípios gerais da atividade econômica, as normas da ordem social”.⁷⁵

A partir dessa premissa, formulou-se a seguinte pergunta: “e o preâmbulo da Constituição, constituiria ele norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro?”⁷⁶ Nesse esforço de resposta, o julgador buscou apoio doutrinário em de Jorge Miranda, Paulino Jacques, Luiz

⁷³ COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia n° C-479/92*. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-479-92.htm>. Acesso em: 19 maio 2019.

⁷⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia n° C-477/05*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-477-05.htm>. Acesso em: 19 maio 2019.

⁷⁵ HORTA, Raul Machado. Normas centrais da Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 135, p. 175-178.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.076-5/AC*. p. 224. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>. Acesso em: 19 maio 2019.

Souza Araújo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e José Wilson Ferreira Sobrinho, para os quais o preâmbulo não tem força normativa, mas sim declarativa⁷⁷. E concluiu o voto condutor da decisão:

“Não se pode afirmar que esse preâmbulo está dispondo de forma contrária aos princípios consagrados na Constituição Federal. Ao contrário, enfatiza ele, por exemplo, os princípios democrático e da soberania popular. Só não invoca a proteção de Deus. Essa invocação, todavia, posta no preâmbulo da Constituição Federal, reflete, simplesmente, um sentimento deísta e religioso, que não se encontra inscrito na Constituição, mesmo porque o Estado brasileiro é laico, consagrando a Constituição a liberdade de consciência e de crença (C.F., art. 5º), certo que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (C.F., art. 5º, VIII). A Constituição é de todos, não distinguindo entre deístas, agnósticos ou ateísta.”⁷⁸

A Corte Constitucional brasileira decidiu que o preâmbulo da Constituição não se caracteriza como uma norma central, o que implica dizer que a expressão “sob a proteção de Deus”, constante no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, não seria de reprodução obrigatória nas constituições dos Estados Federados, conferindo, assim, ao preâmbulo natureza declarativa, não dispondo, portanto, de força normativa.

Diante desses contextos díspares, e considerando-se que ambas as constituições — da Colômbia e do Brasil — protegem a liberdade de consciência e de crença⁷⁹, e se apresentam como Estados laicos, por que as decisões seguiram trilhas diferentes?

Ao que consta, o que norteou a tomada de posição das Cortes Constitucionais da Colômbia e do Brasil, quanto à força normativa dos preâmbulos de suas respectivas Constituições, foi o tema tratado, uma vez que, na Corte Constitucional Colombiana, a questão envolveu plano de aposentadoria de funcionários públicos impulsionado pelo governo e estabilidade no emprego, reunindo várias demandas nas quais se impugnavam normas legais em face do Preâmbulo da Constituição de 1991, fazendo frente a uma questão social. Na Corte Constitucional brasileira, o caso versou sobre a invocação da proteção de Deus para se declarar inconstitucional a Constituição de um Estado Federado, abordando uma questão puramente religiosa.

A expressão que invoca a proteção de Deus consta dos sete preâmbulos estudados, e integram dezesseis preâmbulos das vinte Constituições latino-americanas⁸⁰, fator que pode ter levado as Cortes Constitucionais a não reconhecerem suas respectivas forças normativas — conservando seu caráter declarativo — aludindo aos seus conteúdos de forma *obiter dicta*.

5 Considerações finais

A América Latina conta com constituições de diversas ordens ideológicas, conforme demonstram seus respectivos preâmbulos, digitais dos constituintes originários que identificam tendências políticas, sociais e

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076-5/AC*. p. 224-226. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>. Acesso em: 19 maio 2019.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076-5/AC*. p. 227. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>. Acesso em: 19 maio 2019.

⁷⁹ A Constituição da Colômbia dispõe o seguinte:

Artículo 18. Se garantiza la libertad de consciencia. Nadie será molesta-do por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.

Artículo 19. Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva.

A Constituição do Brasil dispõe o seguinte:

Artigo 5º. *omissis*

Inciso VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantidos, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas litúrgias.

⁸⁰ Vale lembrar aqui que as Constituições do México, Chile e do Uruguai não têm preâmbulo, e uma outra, a do Haiti, não mencionam expressão de caráter ou fundo religioso.

econômicas, e, muitas vezes, religiosas. Há fortíssimo componente de romantismo constitucional, no sentido de que vários preâmbulos exaltam nacionalismos e perspectivas históricas.

A maioria das Cortes Constitucionais latino-americanas utiliza o preâmbulo como suporte secundário argumentativo, para registrar menções *obiter dicta* como forma de prestar ênfase à decisão ou lhe atribuir índole orientadora, cujas manifestações não integram a *ratio decidendi*.

Somente duas Cortes Constitucionais da América Latina enfrentaram a questão da natureza jurídica do preâmbulo, decidindo a Corte colombiana como normativa, em tema que versou sobre inconstitucionalidade em face de questão social, e a Corte brasileira como declarativa, em tema que tratou de inconstitucionalidade implicada com religiosidade, invocação preambular da proteção de Deus.

Pode-se concluir, portanto, que há uma tendência na maioria das Cortes Constitucionais latino-americanas que evitam fixar precedentes com o conteúdo do preâmbulo de suas respectivas Constituições, utilizando-se, para tanto, das manifestações *obiter dicta*.

Coincidentemente, a maioria das constituições latino-americanas tem preâmbulo que faz invocação ou referência a Deus. Assim, cogitar conferir força normativa aos preâmbulos que invocam a proteção de Deus talvez se demonstre menos interessante a que lhes atribuir natureza declarativa, uma vez que, além de desafiar a questão religiosa e, até certo ponto, contradizer a liberdade de crença e de consciência, poderá produzir uma tendência maior ao acirramento a que a solução de conflitos.

A intuitiva ou deliberada ação da maioria das Cortes Constitucionais da América Latina em manter a natureza declarativa do preâmbulo pode ser a chave para se evitar um problema que a laicidade, reinante nas constituições ocidentais, supostamente tenham resolvido.

As lentes das Cortes Constitucionais latino-americanas revelam baixo nível de utilização dos preâmbulos como força efetivamente normativa. Tem-se referencial argumentativo, constado em vários *obiter dicta*. A recorrente referência a Deus, bem como declarações de propósito e inventários históricos mostram-se também como peculiaridades dos textos constitucionais latino-americanos.

Referências

ARGENTINA. Constitución (1953). *Constitución de La Nación Argentina*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acesso em: 18 de maio 2019.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina. *S.1767.XXXXVIII*. Disponível em: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=11294>. Acesso em: 19 maio 2019.

BOLÍVIA. Constitución (2009). *Constitución Política Del Estado*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

BORGES, Alexandre Walmott. *Preâmbulos da Constituição e Ordem Econômica*. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076-5/AC*. p. 224. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>. Acesso em: 19 maio 2019.

CHILE. Constitución (1980). *Constitución Política de La República de Chile*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

- COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia nº C-479/92*. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-479-92.htm>. Acesso em: 19 maio 2019.
- COLÔMBIA. Constitución (1991). *Constitución Política de Colombia*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em 18 maio 2019.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia nº C-477/05*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-477-05.htm>. Acesso em: 19 maio 2019.
- COSTA RICA. Sala Constitucional de Suprema Corte de Justiça. *Expediente nº 13-000633-0007-CO*. Resolución nº 04575-2014. Disponível em: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-600738>. Acesso em: 19 maio 2019.
- COSTA RICA. Constitución (1949). *Constitución Política de Costa Rica*. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/CostaRica/Leyes/constitucion.pdf>. Acesso em: 18 maio 2019.
- COSTA RICA. Sala Constitucional de Suprema Corte de Justiça. *Expediente nº 07-005688-0007-CO*. Resolución nº 11151-2007. Disponível em: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-418067>. Acesso em: 19 maio 2019.
- COSTA RICA. Sala Constitucional de Suprema Corte de Justiça. *Expediente nº 12-008765-0007-CO*. Resolución nº 11506-2012. Disponível em: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-633679>. Acesso em: 19 maio 2019.
- CUBA. Constitución (2019). *Constitución de La República de Cuba*. Disponível em: <http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Nueva%20Constitución%20240%20KB-1.pdf>. Acesso em: 18 maio 2019.
- EL SALVADOR. Constitución (1983). *Constitución de La República de El Salvador*. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/constitucion_de_la_republica_del_salvador_1983.pdf. Acesso em: 18 de maio 2019.
- EQUADOR. Constitución (1998). *Constitución de La República Del Ecuador*. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.
- GUATEMALA. Constitución (1985). *Constitución Política de La República de Guatemala*. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.
- GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. *Expedientes Acumulados nºs 303-90 y 330-90*. Disponível em: <http://138.94.255.164/Sentencias/814514.303-90%20y%20330-90.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.
- HABERLE, Peter. *Constituição e Cultura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- HAITI. Constitución (1987). *La Constitution de La République D'Haïti*. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/fr/hti/fr_hti-int-txt-const.html. Acesso: 18 maio 2019.
- HONDURAS. Constitución (1982). *Constitución Política de La República de Honduras*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_de_honduras.pdf. Acesso em 18 maio 2019.
- HORTA, Raul Machado. Normas centrais da Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 135, p. 175-178.
- KRISHNASWAMY, Sudhir. *Democracy and Constitutionalism in India, a study of the basic structure doctrine*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- LAHOTI, R. C. *Preamble: spirit and backbone of the Constitution of India*. Delhi: Easter Book, 2004.
- MARÇAL, Patrícia Fontes. *Estudo Comparado do Preâmbulo da Constituição Federal do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MÉXICO. Constitución (1917). *Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <http://>

www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm. Acesso em: 18 maio 2019.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NICARÁGUA. Constitución (1986). *Constitución Política de La República de Nicaragua*. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_const.pdf>. Acesso em 18 maio 2019.

PANAMÁ. Constitución (1972). *Constitución Política de La República de Panama*. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/2083/CONSTITUTION.pdf>. Acesso em 18 maio 2019.

PARAGUAI. Constitución (1992). *Constitución da La República de Paraguay*. Disponível em: <http://jme.gov.py/transito/leyes/1992.html>. Acesso em: 18 maio 2019.

PERU. Tribunal Constitucional Del Peru. *Expediente n° 0042-2004-AI-TC*. Resolución del 13 de abril 2005. Disponível em: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.pdf>. Acesso: 19 de maio 2019.

PERU. Constitución (1993). *Constitución Política Del Peru*. Disponível em: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>. Acesso em: 18 maio 2019.

PERU. Tribunal Constitucional Del Peru. *Expediente n° 665-2007-AA/TC*. Sentencia. Disponível em: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00665-2007-AA.pdf>. Acesso: 19 de maio 2019.

RAMÍREZ, Manuel Dejesús Candia. *Derecho Constitucional Paraguayo*. Assunción: Litocolor, 2003.

REPÚBLICA DOMINICANA. Constitución (2015). *Constitución de La República Dominicana*. Disponível em: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/do/do070es.pdf>. Acesso em: 18 maio 2019.

REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional de La República Dominicana. *Expediente n° TC-02-2016-0001*. Sentencia TC/0370/16. Disponível em: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/9097/tc-0370-16.pdf>. Acesso: 19 de maio 2019.

REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional de La República Dominicana. *Expediente n° TC-02-2005-0011*. Sentencia TC/0605/16. Disponível em: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/9335/tc-0605-16.pdf>. Acesso: 19 de maio 2019.

GIL RODRIGUEZ, Magdalena. *Curso de Historia del Derecho Español*. Madrid: Portal Derecho, 2010.

SÁNCHEZ, Ismael Bella; HERA, Alberto de la; DÍAZ, Carlos Rementeria. *Historia del Derecho Indiano*. Madrid: Editorial Mafre, 1992.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005.

SKIDMORE, Thomas; SMITH, Peter H. *Modern Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

TEJADA TAJADURA, Javier. *El Preámbulo Constitucional*. Granada: Comares, 1997.

URUGUAI. Constitución (1967). *Constitución de La Republica Oriental Del Uruguay*. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>. Acesso em: 18 maio 2019.

VENEZUELA. Constitución (1999). *Constitución de La República Bolivariana de Venezuela*. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html>. Acesso em: 18 maio 2019.

ZARINI, Helio Juan. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2009.

ZWEIGART, Konrad; KOTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

Redes sociales, justicia constitucional y deliberación pública de calidad: lecciones del plebiscito por la paz en Colombia
Redes sociais, justiça constitucional e deliberação pública de qualidade: lições do plebiscito pela paz na Colômbia

Jorge Ernesto Roa Roa

Redes sociales, justicia constitucional y deliberación pública de calidad: lecciones del plebiscito por la paz en Colombia*

Redes sociais, justiça constitucional e deliberação pública de qualidade: lições do plebiscito pela paz na Colômbia

Jorge Ernesto Roa Roa**

Resumen

Desde una perspectiva deliberativa, este artículo analiza el plebiscito realizado en Colombia en el año 2016 para ratificar el Acuerdo de Paz. En el texto se argumenta que el diseño de esa consulta tuvo un alto costo deliberativo que repercutió en la forma como se dejó abierto un profundo desacuerdo social. Además, se infieren algunas lecciones sobre la influencia negativa de las redes sociales, las *fake news* y la posverdad en mecanismos de participación popular con diseños deficientes. Asimismo, se delimita el rol del poder judicial frente a consultas con problemas deliberativos y se argumenta a favor de la adopción de medidas estratégicas de largo plazo que permitan la estabilidad institucional en momentos de crisis o emergencia. Finalmente, en el texto se propone una arquitectura constitucional compleja que permita asegurar la igualdad en los procesos de participación ciudadana y obtener una respuesta confiable frente a desacuerdos sociales complejos y profundos.

Palabras-clave: Deliberación, acuerdo de paz, Colombia, redes sociales, posverdad.

Resumo

O presente artigo analisa o plebiscito realizado na Colômbia, no ano de 2016, que tinha por objeto a ratificação do Acordo de Paz, com base em uma perspectiva deliberativa. O texto argumenta que o desenho dessa consulta teve um alto custo deliberativo, que repercutiu na forma por meio da qual se manteve aberto um profundo desacordo social. Além disso, se extraem algumas lições sobre a influência negativa das redes sociais, as *fake news* e a pós-verdade com relação a mecanismos de participação popular com desenhos deficientes. Ainda assim, se identifica o papel do Poder Judiciário no que respeita a consultas com problemas deliberativos e se argumenta no sentido da adoção de medidas estratégicas de longo prazo que permitam a estabilidade institucional em momentos de crise ou emergência. Finalmente, se propõe, no texto, uma arquitetura constitucional complexa que permita assegurar a igualdade nos processos de participação cidadã e obter uma re-

* Recibido em: 31/05/2019
Aprovado em: 20/08/2019

** Doctor en Derecho (*summa cum laude*) por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Profesor de derechos humanos y derecho constitucional comparado de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: jorge.roa@uexternado.edu.co.

sposta confiável diante de desacordos sociais complexos e profundos.

Palavras-chave: Deliberação, acordo de paz, Colômbia, redes sociais, pós-verdade.

1 Introducción

La tesis que se defiende en este artículo es que existe una conexión entre el diseño institucional de los procesos electorales o de los mecanismos de participación ciudadana con la potencial influencia de las redes sociales e internet en esas decisiones. Esa tesis descriptiva implica una tesis normativa, de acuerdo con la cual, es necesario diseñar el proceso electoral y de participación ciudadana de manera que esos procesos logren la mayor deliberación con el fin de combatir las influencias negativas de las redes sociales y potenciar las influencias positivas de esos mecanismos.

El artículo se divide en cuatro partes. En la primera parte se describe la tensión entre el consentimiento electoral informado -que propende por el mayor flujo posible de la información- y el consentimiento electoral cualificado -que propende por una información de calidad-. En la segunda parte se estudia el caso del plebiscito convocado en Colombia para refrendar el acuerdo de paz firmado con la guerrilla de las FARC en 2016. El objetivo de ese análisis es verificar la manera como la tensión descrita en la sección anterior se presentó en ese plebiscito, la influencia de las redes sociales en ese proceso de participación ciudadana y las lecciones que ofrece ese caso. En especial, se mantendrá que los errores del diseño institucional de ese mecanismo lo hicieron deficitario en términos deliberativos y, por ende, altamente permeable a la influencia negativa de las redes sociales.

En tercer lugar, se analiza el rol del poder judicial frente a procesos electorales o de participación ciudadana con fuerte influencia de las redes sociales, el populismo, la posverdad y las *fake news*. Finalmente, se esboza una propuesta de diseño institucional de los mecanismos de participación ciudadana con el objetivo de que estos reflejen un modelo deliberativo, potencien las ventajas de las redes sociales, minimicen sus riesgos y permitan conocer la voluntad real de la sociedad frente a un desacuerdo social relevante¹.

2 La tensión entre el libre mercado de las ideas (consentimiento electoral informado) y la información de calidad (consentimiento electoral cualificado) en el plebiscito por la paz en Colombia

En materia de libertad de expresión y acceso a la información en los procesos electorales se presenta una tensión que está directamente relacionada con el poder informativo de las redes sociales. Por una parte, existe la pretensión de que en esos periodos circule la mayor cantidad de información posible. Eso significa que se haga efectivo el libre mercado de las ideas, se pronuncien y escuchen todas las voces sobre temas de interés público y exista el mayor escrutinio a los candidatos y propuestas². El objetivo es que el tiempo electoral sea un tiempo esencialmente deliberativo y que esa deliberación sea robusta, profunda y rica. Por esa razón, incluso se tolera la crítica, la ofensa y la expresión incómoda³.

Las redes sociales resultan idóneas para lograr esa primera finalidad porque permiten una comunicación

¹ WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons: Madrid, 2009.

² NACIONES UNIDAS. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/26/3. 2014.

³ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Declaración conjunta sobre medios de comunicación y elecciones*. R 29/09. 2009. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=745&IID=2>. Acceso en: 8 mayo 2019.

fluida, ágil, rápida y gratuita o, al menos, de bajo costo para el usuario. Además, la multiplicidad de fuentes contrarresta los efectos perversos de los monopolios informativos y la influencia de los intereses económicos en los medios □ tradicionales- de comunicación⁴. Se podría concluir que en los periodos electorales son bienvenidas las redes sociales para que exista la mayor cantidad de fuentes de información y el consentimiento popular sea plenamente informado⁵.

Por otra parte, no es suficiente con que el consentimiento electoral sea informado, sino que este debe ser cualificado. Eso implica contar con información de calidad en la que exista el mayor nivel de veracidad y se combatan, entre otras, las *fake news*. Además, la información debe ser accesible para todo el público, es decir, se debe presentar de manera sencilla, objetiva y debe ser el producto de investigaciones de calidad⁶.

En relación con esta segunda pretensión, las redes sociales no son siempre idóneas porque presentan altos riesgos que cuestionan la posibilidad de cumplir estos objetivos. Por ejemplo, las cuentas falsas, los *trolls*, la manipulación de los algoritmos, las tendencias emotivas, la movilización de escritorio (clicktivismo) que desestimula la movilización social y el fomento de la abstención electoral⁷.

Esa tensión entre el consentimiento electoral informado y el cualificado se presentó en el plebiscito convocado por el Gobierno de Colombia con el fin de ratificar el acuerdo de paz negociado con la guerrilla de las FARC en la Habana (Cuba) y firmado en Cartagena en el año 2016.

Por una parte, existía un afán desmedido del Gobierno del presidente Juan Manuel Santos por ratificar el acuerdo de paz. Aunque la ratificación popular del acuerdo de paz no era obligatoria desde el punto de vista jurídico, esta adquirió esa condición en virtud de tres factores. En primer lugar, el presidente se comprometió públicamente a consultar al pueblo cuando finalizaran las negociaciones con la guerrilla⁸. En segundo lugar, la guerrilla exigió un mecanismo de refrendación popular del acuerdo final mediante una asamblea constituyente⁹. A pesar de que, durante las negociaciones, el grupo guerrillero renunció a la idea de la asamblea constituyente, este mantuvo su exigencia de que el acuerdo fuera refrendado popularmente por algún mecanismo de los existentes en la Constitución de 1991: consulta popular, plebiscito o referendo. En tercer lugar, la aprobación popular mayoritaria del acuerdo de paz en la votación del plebiscito fue establecida como el requisito necesario para activar el procedimiento legislativo especial o *fast track* que permitiría aprobar las leyes y reformas constitucionales necesarias para implementar el acuerdo final de paz¹⁰.

El Gobierno diseñó un mecanismo de refrendación popular del acuerdo de paz *ad hoc* basado en el plebiscito establecido en la Constitución de 1991. Mediante la Ley Estatutaria 1806 de 2016, el Congreso de la República autorizó al presidente a convocar un plebiscito con las siguientes características: i) umbral de aprobación del 13%, ii) carácter vinculante a efectos del desarrollo legal del acuerdo, iii) tiempo de campaña de tres meses porque el plebiscito no podía ocurrir antes de un mes, ni después de cuatro meses contados

⁴ WILLIAMS, Christine; GULATI, Girish. Social networks in political campaigns: Facebook and the congressional elections of 2006 and 2008. *New Media and Society*, v. 15, n. 1, p. 52-71, 2013.

⁵ BAKER, Andy; AMES, Barry; RENNO, Lucio. Social context and campaign volatility in new democracies: networks and neighborhoods in Brazil's 2002 Elections. *American Journal of Political Science*, v. 50, n. 2, p. 382-399, 2006.

⁶ HALU, Arda; ZHAO, Kun; BARONCHELLI, Andrea; BIANCONI, Ginestra. Connect and win: the role of social networks in political elections. *EPL Europhysics Letters*, v. 102, n. 1, p. 1-5, 2013.

⁷ TUMASJAN, Andranik; SPRENGER, Timm; SANDNER, Philipp; WELPE, Isabell. Predicting elections with twitter: what 140 characters reveal about political sentiment. *AAAI Publications, Fourth International AAAI Conference on Weblogs and Social Media*, p. 178-185, 2010. Disponible en: <https://www.aaai.org/ocs/index.php/ICWSM/ICWSM10/paper/view/1441/1852>. Acceso en: 8 mayo 2019.

⁸ SANTOS, Juan Manuel. *La batalla por la paz: el largo camino para poner fin al conflicto con la guerrilla más antigua del mundo*. Madrid: Planeta, 2019. p. 529, 531.

⁹ DE LA CALLE, Humberto. *Revelaciones al final de una guerra: testimonio del jefe negociador del gobierno colombiano en La Habana*. Bogotá: Debate, 2019.

¹⁰ ROA ROA, Jorge Ernesto. Control constitucional del 'fast track y deliberación pública de calidad. *Ámbito Jurídico*, 2017. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/constitucional-y-derechos-humanos/control-constitucional-del-fast-track-y-deliberacion>. Acceso en: 8 mayo 2019.

desde el momento en el que el presidente enviaba la convocatoria al Congreso de la República. La configuración de ese plebiscito fue avalada por la Corte Constitucional en las sentencias C-379 de 2016 y C-699 de 2016¹¹.

La configuración especial del plebiscito tenía altos costos en términos deliberativos. Sin embargo, la prisa desmedida del Gobierno -como suele ocurrir con las prisas institucionales- era razonable por varios factores. En primer lugar, la mayor parte de la guerrilla se había desmovilizado y estaba concentrada en algunas veredas a la espera de comenzar el proceso de sometimiento a la justicia e incorporación a la vida civil. Además, el Gobierno del presidente Santos había superado la mitad de su segundo periodo (2014-2018), lo cual reducía su poder e influencia sobre el Congreso de la República. Asimismo, la proximidad de las elecciones parlamentarias y presidenciales amenazaban las mayorías afines al proceso de paz dentro del parlamento. Finalmente, el Estado debía empezar a ocupar los territorios dejados por la guerrilla. Todo esto sugería un proceso de refrendación expedito, en el que el poder de las redes sociales era esencial para difundir el acuerdo, fomentar el debate, lograr la movilización y convocar al pueblo a las urnas¹².

Ahora bien, el costo de oportunidad deliberativo de ese mecanismo expedito de refrendación popular del acuerdo de paz aumentaba en virtud de varios factores. Por una parte, es importante recordar que el acuerdo final tenía una extensión superior a las 300 páginas, se refería a todas las materias de la vida nacional, desde la agricultura, la economía o el acceso a la justicia hasta aspectos culturales o deportivos¹³. Se trataba, sin duda, de un acuerdo que cerraba un conflicto armado de más de cincuenta años, cuya implementación requería una serie de reformas legales y constitucionales de amplia trascendencia. Todo esto sugería un proceso de deliberación pausada y de refrendación compleja y extendida en el que las redes sociales representaban más riesgos que beneficios.

En el caso del plebiscito por la paz se asumió el costo deliberativo y prevaleció la urgencia de refrendar el acuerdo de paz para iniciar su implementación. Con el mecanismo diseñado por el Gobierno, aprobado por el Congreso y avalado por la Corte Constitucional, se puso en marcha una campaña breve e intensa que terminó con el apretado resultado contrario a la refrendación del acuerdo de paz. Los resultados definitivos del plebiscito realizado el 2 de octubre de 2016 fueron los siguientes: a favor del SI 49,78% (6.377.482 votos) y a favor del NO 50,21% (6.431.376 votos). El índice de participación fue de 37,43%, lo cual implica que participaron 13.066.047 de las 34.899.945 personas habilitadas para votar en Colombia en ese momento¹⁴. A continuación, se indican algunas lecciones de esta tensión y de esta historia.

3 Lecciones de una consulta popular precipitada en la que hubo mucho espacio para la posverdad, las *fake news* y la mentira en las redes sociales

El diseño, la campaña y los resultados del plebiscito por la paz de 2016 en Colombia permiten inferir algunas conclusiones (lecciones) sobre la conexión entre el diseño institucional de este tipo de procesos de

¹¹ ROA ROA, Jorge Ernesto. *La acción pública de constitucionalidad a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 3-6.

¹² ROA ROA, Jorge Ernesto. Deliberación y dilación en el control de constitucionalidad. *Ámbito Jurídico*, 2017. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/deliberacion-y-dilacion-en-el-control-de>. Acceso en: 8 mayo 2019.

¹³ El texto del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC-EP se puede consultar en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>. Acceso en: 7 mayo 2019.

¹⁴ Los resultados oficiales de las votaciones en el plebiscito se pueden consultar en línea en la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Allí se ofrecen datos desagregados por departamentos: https://elecciones.registraduria.gov.co/pre_plebis_2016/99PL/DPL////////////////////////_L1.htm. Acceso en: 26 abr. 2019.

consulta popular y la influencia de las redes sociales. A continuación, se mencionan cuatro de esas lecciones que deberían generar un proceso de reflexión sobre la manera de construir y diseñar los mecanismos de participación popular basados en una ingeniería constitucional moderna, compleja y enfocada en la manera de resolver desacuerdos sociales complejos sin despreciar la deliberación.

3.1 En realidad, nadie ganó deliberativamente el plebiscito por la paz

La primera lección que se infiere de todo el proceso de refrendación del acuerdo de paz realizado en 2016 es que ninguna de las opciones puede reivindicar una victoria clara. Dicho de otra manera, no es plausible determinar la manera como fue resuelto el desacuerdo social sobre la ratificación (o no) del acuerdo de paz.

Por supuesto que, desde el punto de vista estrictamente matemático y en virtud de la alta fiabilidad del sistema electoral colombiano de ese momento, la opción favorable a la refrendación del acuerdo de paz (el SI) perdió. Sin embargo, el triunfo matemático de la opción contraria a la refrendación de los acuerdos de paz (el NO) quedó deslegitimado, no tanto por su escasa mayoría sobre el SI -53.894 votos- como por la estrategia de campaña utilizada por sus promotores.

Es precisamente en este punto en el que la calidad de la deliberación pública que precede al acto de depositar un voto en una urna adquiere su mayor relevancia. Por eso, el hecho de que la estrategia de los promotores de la opción contraria a la refrendación de los acuerdos de paz se hubiese basado en la difusión de mentiras deslegitima su ya menguada victoria electoral. En efecto, como fue reconocido por el gerente de la campaña a favor de la opción NO, se utilizaron mentiras tanto sobre el contenido de las negociaciones (i.e. el gobierno cedió todo a la guerrilla) y el texto o contenido del acuerdo (i.e. se incluyó la ideología de género; se estableció un modelo político y económico propio del castrochavismo; el acuerdo le entrega el país a las FARC; el acuerdo le asigna dinero, le concede pensiones y les dona casas a los guerrilleros y el acuerdo es un pacto de impunidad) como sobre el futuro del país (i.e. Colombia se va a convertir en Venezuela cuando se implemente el acuerdo de paz).

De conformidad con su estrategia, los promotores de la opción contraria a la refrendación del acuerdo de paz generaron contenidos unificados en torno a mensajes emotivos que canalizaban toda la rabia, apatía e indignación popular que la población colombiana ha sentido tradicionalmente contra la guerrilla de las FARC. Esos sentimientos se redirigieron en contra del acuerdo de paz que, paradójicamente, ponía fin a la estela de violencia dejada por ese grupo armado. Así lo reconoció el jefe de la campaña por el NO, Juan Carlos Vélez, en una entrevista para un medio de comunicación que fuera concedida apenas cuatro días después de celebrado el plebiscito. A la pregunta: “La campaña del SI fue basada en la esperanza de un nuevo país: ¿Cuál fue el mensaje de ustedes?” El señor Vélez contestó lo siguiente: “La indignación. Estábamos buscando que la gente saliera a votar verraca”¹⁵.

Eso significa, entre otras cosas, que la estrategia consistía precisamente en apagar o desviar la deliberación sobre el acuerdo de paz. En concreto, de lo que se trataba era de evitar discutir el contenido del acuerdo mientras que se argumentaba en torno a temas que no tenían relación directa con el objeto de la consulta. Por ejemplo, se difundió la idea de que votar en contra de la refrendación del acuerdo de paz equivalía a: oponerse a aspectos tan disímiles como la interrupción voluntaria del embarazo, rechazar la denominada ideología de género o evitar que se redujeran las pensiones a los jubilados.

Por esa razón, si lo que interesa es algo mucho más importante que contar papeletas en una urna porque se encuentra más valioso analizar el grado de información, debate, discusión, acuerdos y respuestas sociales frente a un desacuerdo social, resulta difícil reconocer la victoria de alguna de las dos partes en el plebiscito

¹⁵ VÉLEZ, Juan Carlos. Estábamos buscando que la gente saliera a votar verraca. *El colombiano*. Medellín, 2016. Disponible en: <https://www.elcolombiano.com/colombia/acuerdos-de-gobierno-y-farc/entrevista-a-juan-carlos-velez-sobre-la-estrategia-de-la-campana-del-no-en-el-plebiscito-CE5116400>. Acceso en: 8 mayo 2019.

por la paz.

3.2 Los límites de las redes sociales frente al consentimiento electoral informado y cualificado

La anterior lección permite inferir una segunda relacionada con los límites de las redes sociales para contribuir a la formación de un consentimiento electoral informado y cualificado. Esto ocurre especialmente porque la veracidad no ocupa un lugar central en algunos medios digitales, la gratuidad de estos permite la difusión masiva de información distorsionada y existen fuertes límites de esos entornos para explicar y deliberar sobre desacuerdos sociales complejos.

En primer lugar, la veracidad es un concepto que ocupa un segundo lugar en las redes sociales. Por el contrario, la capacidad para despertar emociones suele ser la prioridad en la red porque esta, a su vez, tiene mayor capacidad de movilización. A la falta de información veraz se agrega que una parte de esa información no es contrastada y proviene de fuentes anónimas. En el caso del plebiscito por la paz en Colombia, el propio líder de la campaña por el NO confesó que, en este aspecto, su estrategia se basó en mentiras y en imágenes falsas que, además, incitaban el odio de los ciudadanos¹⁶.

En materia de veracidad existen dos asimetrías que afectan a las redes sociales. Por una parte, la primera asimetría consiste en que, una vez difundido un mensaje con un contenido falso, la carga de desmentir tal mensaje y eliminarlo del debate público es muy alta para quien resulta afectado frente a la rapidez y facilidad con la que este fue difundido. Como señala el propio expresidente de Colombia, Juan Manuel Santos:

Es muy difícil defenderse de una mentira, y de medias verdades que, por incompletas, son las mejores aliadas de la falsedad. Mucho más en estos tiempos de internet y redes sociales, cuando vuelan a la velocidad del viento. Y debo admitir que no dimensionamos, ni el Gobierno ni los amigos del proceso de paz, cuánto podían pesar estas mentiras en los ciudadanos, y cómo podían influir en su decisión de apoyar o no el acuerdo en el plebiscito. No acabábamos de refutar una, cuando ya estaban circulando diez más. Y así fueron ganando un terreno que no logramos cubrir con la pedagogía¹⁷.

La segunda asimetría se produce entre la apelación a las emociones y la veracidad. Esta consiste en que, una vez que se ha movilizado emocionalmente, no existe información veraz que pueda cambiar la posición de quien ha sido motivado por sus sentimientos. En el plebiscito sobre el acuerdo de paz en Colombia, tanto los amigos del proceso con las FARC como la oposición apelaron al miedo de volver a la guerra (los primeros) o de que el país fuera gobernado por la guerrilla (los segundos) para movilizar a su electorado. Al menos los primeros han reconocido su error al haber acudido, dentro de su estrategia de campaña, al miedo y no a la esperanza y a la información básica sobre el acuerdo de paz¹⁸.

La segunda arista de esta lección es que la gratuidad de las redes sociales no siempre es una oportunidad para el acceso a información de calidad. En este ámbito, la gran promesa de las redes sociales era que la gratuidad iba a democratizar la información frente al gran poder económico de unos grupos con intereses políticos. En concreto, las redes permitirían disminuir el poder informativo de las élites económicas o políticas. El ciudadano tomaría su ordenador o su teléfono para informarse de acuerdo con sus preferencias, empoderarse y movilizarse. Sin embargo, en contra de lo esperado, la gratuidad ha representado una oportunidad para quienes pueden contratar empresas que administran cuentas falsas y *trolls*, para el *influencer* que difunde dolosamente información falsa y para la consolidación de grupos económicos e informativos que

¹⁶ VÉLEZ, Juan Carlos. Estábamos buscando que la gente saliera a votar verraca. *El colombiano*. Medellín, 2016. Disponible en: <https://www.elcolombiano.com/colombia/acuerdos-de-gobierno-y-farc/entrevista-a-juan-carlos-velez-sobre-la-estrategia-de-la-campana-del-no-en-el-plebiscito-CE5116400>. Acceso en: 8 mayo 2019.

¹⁷ SANTOS, Juan Manuel. *La batalla por la paz*: el largo camino para poner fin al conflicto con la guerrilla más antigua del mundo. Madrid: Planeta, 2019. p. 532.

¹⁸ SANTOS, Juan Manuel. *La batalla por la paz*: el largo camino para poner fin al conflicto con la guerrilla más antigua del mundo. Madrid: Planeta, 2019. p. 534-535.

se han adaptado a las nuevas tecnologías.

Eso significa que el acceso gratuito o a bajo costo a las redes sociales no conlleva efectos transformadores, ni facilita el acceso a la información política por parte de personas vulnerables¹⁹. De nuevo, el propio director de la campaña en contra de la refrendación del acuerdo de paz confiesa como la gratuidad de las redes sociales habilitó la manipulación de la información durante la campaña. A la pregunta: □ ¿Con cuánto dinero se hizo la campaña?”, contestó:

[] Fue una campaña hecha con las uñas. En el partido del Centro Democrático y en la corporación que creamos “La paz es de todos” logramos recaudar \$1.300 millones, principalmente de 30 empresas y 30 personas naturales. Fue muy difícil conseguir respaldo y los bancos no estaban preparados. Sin embargo, el No fue la campaña más barata y efectiva en mucho tiempo. Su costo-beneficio es muy alto²⁰.

La misma decepción ocurre cuando se analizan las asimetrías entre el centro y la periferia y la influencia diferenciada de las redes sociales en las regiones más apartadas del país. Por último, pero no menos importante, es imprescindible reconocer que las redes sociales tienen límites para explicar y deliberar sobre desacuerdos sociales complejos. El intercambio ágil en las redes sociales puede conducir al siguiente dilema: reducir la complejidad para ampliar la cobertura de un mensaje o mantener una deliberación compleja centrada en unos cuantos participantes. En el caso del plebiscito por la paz en Colombia, quienes intentaron enfrentar la campaña de mentiras que se realizaba en las redes sociales contra el acuerdo de paz mediante argumentos sólidos pero complejos, finalmente fracasaron porque a los promotores de la opción NO les “resultó más fácil traducir al lenguaje de las redes sociales la simplicidad de los argumentos opositores que las complejas razones del oficialismo”²¹.

3.3 Es imprescindible fortalecer la protesta social, la movilización social y reivindicar al periodismo como actividad profesional

La tercera lección sobre la influencia de las redes sociales en el plebiscito por la paz en Colombia es que es imprescindible recuperar la protesta social, la movilización ciudadana y el periodismo independiente y de calidad en momentos de profundos desacuerdos sociales. Desde luego, ninguno de esos factores puede eliminar por completo el riesgo de manipulación, pero sí tiene la capacidad de reducir la desinformación y desarticular movimientos sistemáticos que apagan la deliberación.

En este ámbito, la gran promesa de las redes sociales era que estas iban a crear, a su vez, redes mundiales que conectaran a los movimientos sociales. No hay duda de que existen ejemplos de que esto ha ocurrido. Sin embargo, el verdadero sentido de esa expectativa era que el ciudadano tomaría su ordenador o su teléfono para manifestar su indignación y convocar a otros ciudadanos en su misma condición. El resultado de ese proceso serían las primaveras árabes, los movimientos de indignados y campañas como *me too* u *Occupy Wall Street*.

Esta promesa se invirtió con la preocupación por el desenfreno, la intensidad, la pugnacidad y la virulencia de las discusiones en las redes sociales frente a una apatía y abstención ante la movilización social y la participación electoral. El activismo de escritorio (clicktivismo) es el factor con el que el ciudadano suele compensar su falta de movilización real. Al final, las experiencias de movilización social coordinadas a través de las redes sociales son tan maravillosas como verdaderamente excepcionales e insostenibles.

¹⁹ BERNAL TRIVIÑO, Ana Isabel. Tecnología, redes sociales, política y periodismo. ¿Pluralidad informativa o efecto bumerán? *Cuadernos.info*, n. 36, p. 191-205 p. 192, 2015.

²⁰ VÉLEZ, Juan Carlos. Estábamos buscando que la gente saliera a votar verraca. *El colombiano*. Medellín, 2016. Disponible en: <https://www.elcolombiano.com/colombia/acuerdos-de-gobierno-y-farc/entrevista-a-juan-carlos-velez-sobre-la-estrategia-de-la-campana-del-no-en-el-plebiscito-CE5116400>. Acceso en: 8 mayo 2019.

²¹ GONZÁLEZ, María Fernanda. La «posverdad» en el plebiscito por la paz en Colombia. *Revista Nueva Sociedad*, n. 269, p. 114-126, 2016.

En este panorama, habría que reivindicar al periodismo como una actividad profesional con unos códigos éticos y profesionales frente a los desafíos de las redes sociales. Un error común en el que se incurre como producto de la emoción que aparejan los avances digitales es pensar que la deliberación de calidad se puede dejar librada a lo que ocurra en las redes. Se trata, desde luego, de una creencia que perjudica a la propia deliberación democrática. En este aspecto, resultan equivalentes tanto los errores de omitir lo que se discute en las redes -que es una parte de nuestra deliberación colectiva- como suponer que esta solo se desarrolla en tales entornos digitales.

El modelo deliberativo -que se revela contra la idea de que existe un enemigo interno o externo, contra la mentira dolosa, contra los ataques al Estado de Derecho y a los Derechos Humanos o contra la idea de que todas las élites e instituciones públicas son corruptas- rescata las virtudes de una prensa libre, vigorosa e independiente frente al modelo populista que la desacredita, utiliza las redes sociales para anular el debate, crea enemigos y oculta deliberadamente información relevante.

3.4 Lección final: en materia de diseño institucional, nunca fue más cierto que del afán solo queda el cansancio

De acuerdo con el diseño constitucional del plebiscito por la paz en Colombia, el triunfo del NO carecía de efectos vinculantes. Sin embargo, según se indicó previamente, la activación del mecanismo de refrendación (*fast track*) del acuerdo de paz se vinculó al triunfo del SI en la consulta ciudadana. Con el resultado favorable a la opción NO, salieron a relucir todos los problemas del diseño inicial del plebiscito. Esto ocasionó que se profundizara la tensión entre la necesidad de profundo debate público, la prisa institucional y la presión por la falta de tiempo para implementar los acuerdos antes de que finalizara el Gobierno del presidente Santos.

Por esa razón, después de conocidos los resultados del plebiscito, hubo que abrir una fase de doble negociación. Por una parte, se debió negociar con los representantes del NO los puntos que debían ser modificados del acuerdo. Por otra parte, se debió renegociar con la guerrilla de las FARC esas mismas modificaciones. Todo lo anterior se realizó con una prisa inédita que negó toda posibilidad a un debate abierto y profundo sobre los errores cometidos al diseñar el primer mecanismo de refrendación, el significado de los resultados del plebiscito y la forma de enmendar todo el proceso. Por el contrario, se optó por la vía rápida de realizar unas cuantas reuniones con voceros del NO, trasladar sus objeciones a la guerrilla y pactar un nuevo acuerdo. Este, a su vez, fue firmado en el teatro Colón de Bogotá, cuestionadamente refrendado por el Congreso y su implementación comenzó un año después de lo planeado²².

Como era previsible, los líderes de la campaña por el NO siempre han reclamado el déficit de refrendación del segundo acuerdo en virtud de que este no fue sometido nuevamente a la consideración del pueblo, sino que se ratificó mediante lo que se denominó *refrendación popular indirecta*²³. La refrendación parlamentaria, que fue avalada por la Corte Constitucional con base, *inter alia*, en las sentencias C-699 de 2016, C-160 de 2017 y C-007 de 2018, ha sufrido duros reveses en virtud del triunfo electoral del partido de oposición al acuerdo de paz en las elecciones presidenciales que dieron la victoria a Iván Duque y las elecciones parlamentarias en las que aumentó el número de congresistas contrarios al acuerdo de paz. A partir de ese punto, se ha abierto un proceso de revisión legislativa de las normas de implementación, con lo cual, la Corte Constitucional ha debido asumir una labor de defensa de los avances normativos que aplicaron el acuerdo de paz. Se trata, como se dirá en la siguiente sección, del rol propio de un tribunal constitucional en un contexto de constitucionalismo transicional.

²² ROA ROA, Jorge Ernesto. La sustitución constitucional, el 'fast track' y el Acuerdo Final de Paz. *Ámbito Jurídico*, 2017. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/la-sustitucion-constitucional-el-fast-track-y>. Acceso en: 8 mayo 2019.

²³ Ver, entre otras: Ley 1820 de 2016 (artículo 1) y Proposición 83, Gaceta del Congreso, año XXVI.

4 El rol del juez en transiciones y posverdad

Uno de los grandes debates del constitucionalismo colombiano contemporáneo gira en torno a la potencial existencia de un constitucionalismo transicional, los rasgos esenciales de ese (¿nuevo?) constitucionalismo y sus consecuencias concretas sobre la organización del poder público y los derechos de los ciudadanos. Una de las ideas centrales que respalda la existencia de un constitucionalismo transicional es el diseño de instituciones y procedimientos para permitir la refrendación, implementación y desarrollo de todas las transformaciones necesarias para consolidar la transición del conflicto armado hacia la desmovilización armada de los antiguos grupos guerrilleros. En este aspecto, tanto el constitucionalismo transformador como el constitucionalismo transicional ostentan estrechos puntos de conexión.

En el marco del constitucionalismo transicional, una de las principales cuestiones por resolver es el papel de los tribunales dentro del proceso de transición. Afortunadamente, sobre este aspecto existen múltiples casos en el constitucionalismo comparado que permiten analizar el papel que juegan los tribunales durante estos complejos periodos sociales. Con base en la experiencia de Sudáfrica, por ejemplo, Rosalind Dixon y Theunis Roux han señalado que los tribunales constitucionales pueden jugar un rol de impulso (transformador) o un rol de conservación (conservador) en los procesos de transición. Desde luego, también existe la posibilidad de que los jueces se ubiquen en una posición intermedia y gradúen la velocidad de la transición para conseguir el equilibrio entre los viejos y nuevos proyectos políticos y sociales²⁴.

Una de las principales lecciones de los estudios comparados es que, si los tribunales constitucionales apuestan por un papel transformador y de impulso, es importante que cuenten con aliados institucionales y sociales para avanzar esas transformaciones. Los aliados pueden ser los demás poderes del Estado (Gobierno y Congreso), las organizaciones sociales y la ciudadanía en general. Además, es deseable que la Corte Constitucional desarrolle construcciones jurisprudenciales sólidas que permitan el avance colectivo de la transición. Por ejemplo, es importante contar con una serie de precedentes sobre la deferencia razonable que la Corte debe tener con el legislador. Este es un buen mecanismo para realizar el control de constitucionalidad efectivo sobre las normas de transición y, al mismo tiempo, avanzar en alianza con las demás instituciones del Estado²⁵.

Desde luego, el hecho de que la Corte Constitucional asuma la función de impulsar la transición no resuelve todos los problemas, no soluciona todos los dilemas, ni materializa todas las transformaciones que requiere la transición material. Sin embargo, es importante que la Corte comprenda que, si no impulsa la transición de manera conjunta con el Congreso -vale decir, no es deferente con las reformas aprobadas por el Congreso- la carga posterior de proteger la transición y lograr otros avances será responsabilidad casi exclusiva del propio tribunal.

El anterior riesgo es todavía más acuciante cuando cambian las condiciones políticas y las instituciones favorables a la transición pasan a ser ocupadas por movimientos adversos a ese proceso de cambio. Por esa razón, es deseable potenciar el momento cooperativo y dialógico para avanzar en la transición con el fin de crear los precedentes adecuados para impulsar las transformaciones, reaccionar frente a los problemas emergentes y enfrentar los retrocesos promovidos por Gobiernos menos comprometidos con la transición.

Entre otras cosas, eso implica un cambio en la forma de construir la jurisprudencia constitucional, de manera que, al mismo tiempo, se piense a largo plazo y se mantenga la sensibilidad por el periodo político actual. También es un momento adecuado para reconocer que algunas herramientas deben mutar o evo-

²⁴ DIXON, Rosalind; ROUX, Theunis. Marking constitutional transitions: the law and politics of constitutional implementation in South Africa. *University of New South Wales Law Research Series*, n. 64, p. 1-18, 2018.

²⁵ ROA ROA, Jorge Ernesto. Los retos constitucionales del proceso de paz en Colombia: la fase instrumental de ratificación o refrendación y la implementación de los acuerdos de paz. *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia*, n. 47, p. 1-25, 2015.

lucionar. Por ejemplo, la Corte Constitucional debe aceptar que el juicio de sustitución no está acabado, ni tampoco el fundamento de su implementación; mucho menos los casos en los que procede o el tipo de enmienda que pretende evitar.

Asimismo, el reto de una judicatura que apueste por impulsar la transición es hacer un esfuerzo por mantenerse como un actor jurídico, superar las tradiciones jurídicas formalistas consolidadas antes de la transición, evitar las interpretaciones originalistas de la Constitución y habilitar la evolución del sistema constitucional. El objetivo final es la construcción de fundamentos jurídicos sólidos para las decisiones e intervenciones que debe realizar el tribunal del constitucionalismo transicional.

Ahora bien, la pregunta concreta es cómo pueden actuar los jueces para impulsar la transición y asegurar, simultáneamente, que hay un amplio debate y deliberación en todas las etapas de ese proceso. En el caso del plebiscito por la paz de 2016 en Colombia, por ejemplo, cuál ha debido ser el rol de los jueces para proteger el consentimiento informado y cualificado de la ciudadanía frente a la estrategia de desinformación e instrumentalización de las redes sociales utilizada por los adversarios del acuerdo de paz.

Desde luego, existen casos claros en los que el juez puede i) desbloquear la deliberación cuando hay censura oficial por medio de la no concesión de licencias, la publicidad pública, la censura y el bloqueo de portales de internet o redes sociales; ii) proteger la honra, el buen nombre y la intimidad en casos extremos de *fake news* o discurso del odio; y iii) limitar el ejercicio de la libertad de expresión cuando este implica una incitación a la violencia contra un candidato, partido político o idea.

Sin embargo, en casos más sutiles de instrumentalización estratégica de las redes sociales -como el del plebiscito por la paz en Colombia o el Brexit en el Reino Unido- los tribunales tienen poco margen de maniobra. Quizá lo máximo que puede hacer el juez es levantar la mano y decir: ¡alguien ha mentido!, pero no tiene el poder de anular los resultados de consultas, como el plebiscito por la paz o el Brexit, con base en ese argumento. Se trata de una respuesta débil e insatisfactoria, pero con profundos efectos simbólicos y respetuosa, en últimas, del principio democrático.

En este último sentido fue precisamente la actuación del Consejo de Estado de Colombia al admitir la demanda interpuesta por dos ciudadanos que solicitaron la nulidad de los actos administrativos que consolidaron los resultados del plebiscito por la paz. El argumento de los demandantes era que se había ejercido violencia psicológica contra los electores. La prueba esencial de esa violencia psicológica era la entrevista (aquí citada en varias oportunidades) del líder de la campaña del NO en la que reconocía haber utilizado las redes sociales para mentir o distraer la discusión pública. El fundamento jurídico de esa demanda fue el artículo 275-1 de la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Allí se establecía que una causal de nulidad electoral era que se hubiera ejercido cualquier tipo de violencia en contra del elector.

El Consejo de Estado declaró probada la causal de nulidad invocada por los demandantes y decretó algunas medidas cautelares. La principal medida cautelar consistió en ordenar al Congreso que avanzara en la implementación del acuerdo de paz mediante el *fast track* y exhortó a la Corte Constitucional a priorizar las demandas de constitucionalidad sobre la vigencia del *procedimiento legislativo especial*. En la fundamentación de su decisión, el Consejo de Estado de Colombia hizo lo que se acaba de indicar, esto es, levantar la mano y decir: ¡alguien ha mentido! En efecto, así se lee en la providencia:

[] Es así que cuando mediante maniobras engañosas, se obtiene que la ciudadanía vote un plebiscito en determinado sentido “o incluso que se abstenga de hacerlo, si ello es el resultado de un comportamiento que coarta la libertad electoral” lo que se logra al final no es más que un resultado espurio, en la medida en que está edificado sobre la destrucción de los pilares sobre los cuales se levanta la democracia, y que son los mismos cuya preservación se extrema a través de los principios *pro hominum* (humanidad), *pro electoratem* (electorado) y *pro sufragium* (electores).

[] todo engaño que anule la libertad del electorado para escoger autónomamente entre las opciones

sometidas al mecanismo de participación en cuestión, entre los que destacan circunstancias como i) la pululación de mentiras expuestas de formas masiva y sistemática, ii) la creación de un clima rodeado de información sesgada y deliberadamente manipulada, iii) así como la distorsión o tergiversación de la verdad mediante el uso de propaganda, o cualquier otro medio, o iv) la omisión deliberada en la revelación de aspectos necesarios para la cabal comprensión de los diferentes puntos del “acuerdo de paz”, y v) su manipulación en todos los niveles, provengan de quien provengan, son actos que constituyen violencia psicológica, cuya incidencia se expande isotrópicamente hacia todo el electorado²⁶.

Esta decisión del Consejo de Estado y las sentencias de la Corte Constitucional que avalaron tanto el mecanismo de refrendación popular directa como los actos de refrendación indirecta del acuerdo de paz permitieron desatar el bloqueo institucional que había creado el inesperado resultado del plebiscito. En perspectiva, la judicatura asumió un rol de impulso de la transición en un contexto favorable en el que el Gobierno y el Congreso eran aliados del proceso de cambio. Ahora bien, de cara al futuro, no solo es importante evitar la judicialización completa de la paz²⁷ sino que es muy relevante pensar los diseños institucionales y la arquitectura constitucional para asegurar la deliberación en los procesos que definen las diferencias más profundas dentro de la sociedad.

5 Un diseño institucional que minimice los riesgos negativos de influencia de las redes sociales y potencie la deliberación

El alcance de este artículo no permite medir la influencia exacta de las redes sociales en los resultados finales del plebiscito. No solo no existe un estudio de data y bigdata que haya hecho tal medición en Colombia, sino que hay un amplio desacuerdo sobre la forma de hallar la relación entre la difusión de mensajes (verdaderos o falsos) en las redes sociales y la expresión de la voluntad ciudadana en las urnas. Ahora bien, lo que sí se puede afirmar es que el resultado final del plebiscito de 2016 fue sorprendente tanto para los promotores de ambas opciones como para todos los encuestadores y para el propio Gobierno. Aun así, no ha habido una sola voz seria que cuestione la fiabilidad del mecanismo electoral, por lo cual, una de las opciones es pensar, como se ha indicado en este texto, que la sorprendente victoria de quienes se oponían a la refrendación del acuerdo de paz se debiera, en buena medida, a que su campaña tuvo un desempeño cualitativamente superior en las redes sociales²⁸.

Si eso fue así, entonces desde el punto de vista de la ingeniería constitucional corresponde formular alguna respuesta de diseño institucional que minimice los riesgos de las redes sociales, potencie sus ventajas y, especialmente, amplíe la deliberación en momentos de amplio desacuerdo social. Eso significa que la tesis que aquí se defiende parte de la confianza en el diseño de los mecanismos electorales y de participación ciudadana como medio para limitar las influencias negativas de las redes sociales y potenciar sus ventajas en momentos de decisiones públicas.

Una modificación inmediata y mínima que podría cualificar el diseño de consultas populares -como el plebiscito por la paz en Colombia o el Brexit en el Reino Unido- consistiría en introducir la doble vuelta o doble refrendación. El proceso iniciaría con una primera campaña extendida, pausada y robusta en la que se debatirían todas las opciones sobre un determinado desacuerdo social. A esa campaña seguiría una primera votación de la que derivaría un primer resultado electoral. A partir de ese momento, habría un tiempo de reflexión de uno, tres, cinco o diez años, según corresponda con la dimensión del desacuerdo social. Entre

²⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de medidas cautelares en el Radicado 11001-03-28-000-2016-00081-00, 19 diciembre 2016. p. 49 y 51.

²⁷ GARGARELLA, Roberto. Some reservations concerning the judicialization of peace. *Harvard International Law Journal Comment*, v. 59, p. 1-19, 2019.

²⁸ GONZÁLEZ, María Fernanda. La «posverdad» en el plebiscito por la paz en Colombia. *Revista Nueva Sociedad*, n. 269, p. 114-126, p. 114, 2016.

otras cosas, durante ese periodo se analizaría todo lo ocurrido hasta el resultado electoral inicial: las mayorías obtenidas, el nivel de abstención, la reacción nacional e internacional, el comportamiento de los mercados y, especialmente, las causas del veredicto electoral.

Posteriormente, se abriría un segundo periodo de deliberación y movilización de cara a una segunda votación. No resulta insólito esperar que la segunda etapa sea cualitativamente superior en términos deliberativos porque en esta se han analizado las posibles influencias perversas de las redes sociales en el resultado electoral inicial, la abstención se puede reducir en la segunda elección si se logra movilizar a las personas que no se movilizaron en la primera votación y se mantiene el interés público por el tema. Por el contrario, si el desacuerdo social deviene en irrelevante puede ocurrir que, en realidad, el asunto sometido a consulta fuera también irrelevante socialmente, producto de una coyuntura o que el desacuerdo no fuera tan profundo como para ameritar una consulta popular. Por esa razón, el segundo momento deliberativo debe ser lo más prolongado posible e, idealmente, más distendido que la campaña inicial.

La segunda votación puede dar lugar a dos escenarios. Por una parte, si el resultado 1 se confirma en el resultado 2, eso le confiere una mayor legitimidad al primero por la sostenibilidad de la mayoría a favor de una determinada respuesta social. Aunque la mayoría sea ajustada en ambos resultados, eso significa que el objeto de la consulta es un desacuerdo profundo de la sociedad y que la mejor manera de resolverlo era mediante la (doble) consulta popular.

Sin embargo, el resultado 2 puede ser contrario al resultado 1. En ese caso, surge un problema porque no hay un criterio para determinar cuál de los dos resultados debe prevalecer. Se podría pensar en la prelación del segundo resultado en virtud de que la etapa posterior a la primera elección agrega virtudes deliberativas a lo ocurrido en la primera votación. Sin embargo, lo que verdaderamente demuestra la contradicción entre el primer y el segundo resultado es que el objeto consultado refleja un desacuerdo genuino dentro de la sociedad sobre el que la propia población no tiene un criterio definitivo. Es decir, se prueba que no era bueno quedarse con el primer veredicto porque se trataba de una imagen parcial, precaria y fragmentada de la opinión pública sobre un determinado debate público.

Esta propuesta deja el desasosiego de no saber qué hacer en este segundo caso. Sin embargo, la respuesta es que es necesario dar tiempo para que la sociedad depure ese desacuerdo. Ninguna contradicción social es tan urgente que no pueda dar tiempo de espera a la madurez del debate y de la deliberación. Ni siquiera bajo los estados de emergencia o excepción es posible tomar decisiones inmediatas sin seguir unos determinados protocolos. Esos tiempos de espera no son formalidades o protocolos vacuos, sino que son condiciones fundamentales para mejorar las ventajas epistémicas de nuestras decisiones como sociedad.

Así lo demostró Stephen Holmes en 2009 al señalar que las situaciones en las que aparentemente se requiere una respuesta inmediata, rápida, eficaz, apresurada, efectiva y poco deliberada son, en realidad, momentos que exigen mayor pausa, seguir protocolos, acciones coordinadas, deliberación y contención. Holmes empezaba su artículo relatando la experiencia de su hija Alexa, quien sufrió un grave accidente que la dejó en estado de coma. Cuando la niña se encontraba en la sala de emergencias de la clínica, las enfermeras y profesionales que la atendieron actuaron bajo estrictos protocolos que dilataban la acción urgente e inmediata que la situación de la Alexa ameritaba. Por ejemplo, antes de transfundirle sangre, las enfermeras verificaban dos veces el nombre de la paciente y el tipo de sangre. Aunque todos los profesionales sabían que la vida de la paciente dependía de que ellos actuaran rápidamente, nunca dejaron de seguir los protocolos. Lo que esto enseña, dice Holmes, es que esos protocolos evitan que se comenten “errores fatales pero evitables bajo las presiones psicológicamente inquietantes del momento”²⁹.

La idea es evitar lo que el propio Holmes denominó reacciones viscerales que son un mal sustituto de las reacciones estratégicas porque aquellas se basan en un supuesto falso que indica que cada emergencia

²⁹ HOLMES, Stephen. In case of emergency: misunderstanding tradeoffs in the war on terror. *California Law Review*, v. 97, n. 2, p. 301-355. p. 301-302, 2009.

requiere una reacción instantánea en lugar de una decisión de fondo basada en la consideración de todos los intereses involucrados y en un proceso sosegado de deliberación. De lo que se trata es de tomar la mejor decisión (pausada, deliberativa) que resuelva un profundo desacuerdo social. En momentos en que existe inestabilidad institucional es mejor adoptar decisiones que den pausa, estabilidad, control y no decisiones que profundicen la excepcionalidad, la angustia social y la desestabilización de los poderes públicos.

En este punto vale hacer la siguiente pregunta: ¿todo debe ser lentitud, pausa y deliberación en el diseño institucional? Desde luego que la respuesta es negativa porque también se deben implementar mecanismos de reacción digital rápida que permitan la comunicación directa entre los ciudadanos y los centros de decisión. En este ámbito son destacables los procesos constituyentes que se han realizado de manera digitalmente abierta y que han permitido a cualquier persona proponer, comentar o discutir el contenido de una política. Por ejemplo, en el caso de Islandia, los ciudadanos podían comunicar sus opiniones por correo electrónico o por Twitter, Facebook, YouTube y Flickr. En este ámbito, las instituciones públicas tienen el gran reto de implementar procedimientos de reacción por medio de las propias redes sociales para que el diálogo ocurra en el mismo nivel y con la fluidez que exigen los entornos digitales.

Finalmente, nada de lo dicho aquí debe llevar a pensar, como dijera el expresidente Juan Manuel Santos, que “en los referendos o plebiscitos la gente vota por todo menos por lo que se les está preguntando”³⁰. Desde luego que existen muchos factores que determinan el acto de marcar una u otra opción en una papeleta. Sin embargo, el modelo deliberativo también se revela contra la idea de que el ciudadano es manipulable, ignorante o exclusivamente interesado.

Por el contrario, aquí se han resumido unas lecciones de un proceso esencialmente mal diseñado y se han sugerido algunas propuestas para evitar cometer el mismo error en el futuro. En cuanto eso sucede, el constitucionalismo transicional colombiano necesita enfrentar el hecho duro de que perdura un profundo desacuerdo social que no ha sido resuelto y que tiene que ver con la refrendación social del acuerdo de paz, el futuro de los arreglos hechos con la guerrilla y la mejor forma de avanzar la transición. Parece bastante como para considerarlo resuelto con una proposición en el Congreso, algunas normas aprobadas rápidamente y unas cuantas sentencias de la Corte Constitucional. El reto es, entonces, enorme y requiere de la mayor deliberación pública de calidad.

Bibliografía

BAKER, Andy; AMES, Barry; RENNO, Lucio. Social context and campaign volatility in new democracies: networks and neighborhoods in Brazil's 2002 Elections. *American Journal of Political Science*, v. 50, n. 2, p. 382-399, 2006.

BERNAL TRIVIÑO, Ana Isabel. Tecnología, redes sociales, política y periodismo. ¿Pluralidad informativa o efecto bumerán? *Cuadernos.info*, n. 36, p. 191-205, 2015.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Declaración conjunta sobre medios de comunicación y elecciones*. R 29/09. 2009. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=745&lID=2>. Acceso en: 8 mayo 2019.

DE LA CALLE, Humberto. *Revelaciones al final de una guerra: testimonio del jefe negociador del gobierno colombiano en La Habana*. Bogotá: Debate, 2019.

DIXON, Rosalind; ROUX, Theunis. Marking constitutional transitions: the law and politics of constitutional implementation in South Africa. *University of New South Wales Law Research Series*, n. 64, p. 1-18, 2018.

³⁰ SANTOS, Juan Manuel. *La batalla por la paz: el largo camino para poner fin al conflicto con la guerrilla más antigua del mundo*. Madrid: Planeta, 2019. p. 530.

GARGARELLA, Roberto. Some reservations concerning the judicialization of peace. *Harvard International Law Journal Comment*, v. 59, p. 1-19, 2019.

GONZÁLEZ, María Fernanda. La «posverdad» en el plebiscito por la paz en Colombia. *Revista Nueva Sociedad*, n. 269, p. 114-126, 2016.

HALU, Arda; ZHAO, Kun; BARONCHELLI, Andrea; BIANCONI, Ginestra. Connect and win: the role of social networks in political elections. *EPL Europhysics Letters*, v. 102, n. 1, p. 1-5, 2013.

HOLMES, Stephen. In case of emergency: misunderstanding tradeoffs in the war on terror. *California Law Review*, v. 97, n. 2, p. 301-355, 2009.

NACIONES UNIDAS. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/26/3. 2014.

ROA ROA, Jorge Ernesto. Control constitucional del ‘fast track y deliberación pública de calidad. *Ámbito Jurídico*, 2017. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/constitucional-y-derechos-humanos/control-constitucional-del-fast-track-y-deliberacion>. Acceso en: 8 mayo 2019.

ROA ROA, Jorge Ernesto. Deliberación y dilación en el control de constitucionalidad. *Ámbito Jurídico*, 2017. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/deliberacion-y-dilacion-en-el-control-de>. Acceso en: 8 mayo 2019.

ROA ROA, Jorge Ernesto. *La acción pública de constitucionalidad a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

ROA ROA, Jorge Ernesto. La Corte Constitucional y el constitucionalismo transicional. *Ámbito Jurídico*, 2017. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/constitucional-y-derechos-humanos/la-corte-constitucional-y-el>. Acceso en: 8 mayo 2019.

ROA ROA, Jorge Ernesto. La sustitución constitucional, el ‘fast track’ y el Acuerdo Final de Paz. *Ámbito Jurídico*, 2017. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/la-sustitucion-constitucional-el-fast-track-y>. Acceso en: 8 mayo 2019.

ROA ROA, Jorge Ernesto. Los retos constitucionales del proceso de paz en Colombia: la fase instrumental de ratificación o refrendación y la implementación de los acuerdos de paz. *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia*, n. 47, p. 1-25, 2015.

SANTOS, Juan Manuel. *La batalla por la paz: el largo camino para poner fin al conflicto con la guerrilla más antigua del mundo*. Madrid: Planeta, 2019.

TUMASJAN, Andranik; SPRENGER, Timm; SANDNER, Philipp; WELPE, Isabell. Predicting elections with twitter: what 140 characters reveal about political sentiment. *AAAI Publications, Fourth International AAAI Conference on Weblogs and Social Media*, p. 178-185, 2010. Disponible en: <https://www.aaai.org/ocs/index.php/ICWSM/ICWSM10/paper/view/1441/185>. Acceso en: 8 mayo 2019.

VÉLEZ, Juan Carlos. Estábamos buscando que la gente saliera a votar verraca. *El colombiano*. Medellín, 2016. Disponible en: <https://www.elcolombiano.com/colombia/acuerdos-de-gobierno-y-farc/entrevista-a-juan-carlos-velez-sobre-la-estrategia-de-la-campana-del-no-en-el-plebiscito-CE5116400>. Acceso en: 8 mayo 2019.

WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons: Madrid, 2009.

WILLIAMS, Christine; GULATI, Girish. Social networks in political campaigns: Facebook and the congressional elections of 2006 and 2008. *New Media and Society*, v. 15, n. 1, p. 52-71, 2013.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

A efetividade do estado de coisas inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil

The effectiveness of the unconstitutional state of affairs in reason due to monitoring systems: a comparative analysis between Colombia and Brazil

Aléssia Barroso Lima Brito Campos
Chevitarese

Ana Borges Coêlho Santos

Felipe Meneses Graça

A efetividade do estado de coisas inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil*

The effectiveness of the unconstitutional state of affairs in reason due to monitoring systems: a comparative analysis between Colombia and Brazil

Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese**

Ana Borges Coêlho Santos***

Felipe Meneses Graça****

Resumo

O artigo trata da efetividade do Estado de Coisas Inconstitucional em relação a experiência da Corte Constitucional da Colômbia com base no sistema de monitoramento das ordens proferidas nos casos T-153/1998, relativo ao sistema prisional, e T-025/2004, relativo às vítimas do deslocamento forçado. Ainda, analisa o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional na realidade brasileira, em relação às audiências públicas e aos processos de acompanhamento das ordens proferidas. A metodologia utilizada é a revisão de bibliografia e a análise de decisões judiciais. A pesquisa permite concluir que a efetividade do Estado de Coisas Inconstitucional declarado pela Corte Constitucional da Colômbia no caso T-025/2004 se deu em razão do sistema de monitoramento desenvolvido pela Corte, que consiste na realização de audiências públicas e no acompanhamento das ordens judiciais proferidas por meio dos *autos de seguimento*. Permite concluir, ainda, ser desejável que o Supremo Tribunal Federal estruture um sistema de monitoramento pautado em audiências públicas e em processos de acompanhamento para garantir a efetividade do Estado de Coisas Inconstitucional declarado no julgamento da medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Finalmente, a originalidade da pesquisa reside na abordagem do Estado de Coisas Inconstitucional a partir da sua efetividade, uma vez que a abordagem da dimensão simbólica do instituto é a mais frequente entre os estudos publicados sobre o tema.

Palavras-chave: Corte Constitucional da Colômbia. Supremo Tribunal Federal. Estado de Coisas Inconstitucional. Efetividade. Monitoramento.

* Recebido em: 31/05/2019

Aprovado em: 29/08/2019

Esse trabalho é produto da pesquisa desenvolvida no âmbito do grupo Cortes Constitucionais e Democracia (linha: constitucionalismo latino-americano), coordenado pelas professoras Patrícia Perrone Campos Melo e Alessia Barroso L. Campos Chevitarese.

** Advogada. Professora da Pós-Graduação (lato sensu) do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB. Doutora e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB. E-mail: alessia.chevitarese@uniceub.br.

*** Subprocuradora-Geral da República com atuação no Superior Tribunal de Justiça. Mestre em Direito e Especialista em Direitos Sociais, Ambiental e do Consumidor pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB. E-mail: anabcs1@gmail.com.

**** Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB. E-mail: felipe.meneses96@gmail.com.

Abstract

The article deals with the effectiveness of the Unconstitutional State of Affairs in the experience of the Constitutional Court of Colombia based on the monitoring system of orders issued in the cases T-153/1998, concerning the prison system, and T-025/2004, concerning the victims of forced displacement. Still, it analyzes the Unconstitutional State of Affairs in the Brazilian reality, regarding the public hearings and the accompanying process of the orders. The methodology used is the review of bibliography and the analysis of judicial decisions. The research concludes that the effectiveness of the Unconstitutional State of Affairs declared by the Constitutional Court of Colombia in case T-025/2004 was due to the monitoring system developed by the Court, which consists of holding public hearings and following judicial orders by the accompanying process. It also makes it possible to conclude that it is desirable for the Brazilian Supreme Court to structure a monitoring system based on public hearings and follow-up processes to ensure the effectiveness of the Unconstitutional State of Affairs declared in the judgment of the precautionary measure of the Claim of Non-compliance with a Fundamental (constitutional) Precept number 347. Finally, the originality of the research lies in the approach of the Unconstitutional State of Affairs from its effectiveness, since the approach of the symbolic dimension of the institute is the most frequent among the studies published on the subject.

Key words: Colombian Constitutional Court. Brazilian Supreme Court. Unconstitutional State of Affairs. Effectiveness. Monitoring.

1 Introdução

A Corte Constitucional da Colômbia é responsável por profundos impactos e transformações na sociedade colombiana. A Corte protagonizou decisões relativas ao aborto¹, eutanásia², descriminalização de drogas³, casamento de pessoas do mesmo sexo⁴, autonomia e influência de índios sobre seus territórios⁵, direitos dos trabalhadores de rua⁶ e das profissionais do sexo⁷, educação inclusiva para crianças com ne-

¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *C-355/06*. Sala Plena. Autor: Mónica del Pilar Roa López e outros. Relatores: Jaime Araújo Rentería e Clara Inés Vargas Hernandez. Bogotá, 10 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

² COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *C-239/1997*. Sala Plena. Autor: José Eurípides Parra Parra. Relator: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, 20 de maio de 1997. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

³ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *C-221/1994*. Sala Plena. Autor: Alexandre Sochandamandou. Relator: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, 5 de maio de 1994. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *C-075/2007*. Sala Plena. Autor: Marcela Sánchez Buitrago e outros. Relator: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, 7 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017; COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *C-577/2011*. Sala Plena. Autor: Carlos Andrés Echeverry Restrepo e outros. Relator: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, 26 de julho de 2011. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017; COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *SU-214/2016*. Sala Plena. Autor: Luis Felipe Rodríguez Rodas e outros. Relator: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, 28 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

⁵ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *SU-039/1997*. Sala Plena. Autor: Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en representación de varias personas integrantes del Grupo Etnico Indígena U'WA. Relator: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, 3 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *SU-360/99*. Sala Plena. Autor: Ana Mercedes Martínez de García e outros. Réu: Governador Maior de Bogotá e outros. Relator(a): Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, 19 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1999/SU360-99.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-629/2010*. Terceira Sala de Revisão. Autor: LAIS. Réu: Bar Discoteca PAN-DEMO, de propiedad del señor ZOTO. Relator: Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá, 13 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-629-10.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

cessidades especiais⁸, direito à água⁹, entre outros. A Corte não se contenta com mudanças pontuais. Sua maior contribuição está relacionada com a postura firme em promover mudanças estruturais. Alguns casos que exemplificam isso são: a reforma do sistema de saúde¹⁰, a reforma do sistema carcerário¹¹, o caso dos devedores hipotecários¹² e o caso das vítimas de deslocamento forçado¹³.

Contudo, o protagonismo judicial é recente na Colômbia: a Corte Constitucional e a atual Constituição Política da Colômbia existem desde 1991. Sob a égide da Constituição de 1886, o Estado colombiano viveu longo período de estabilidade institucional, contando com um sistema de *judicial review* que incluía a Suprema Corte, a ação pública de inconstitucionalidade e relativa independência judicial. No mesmo período, porém, a sociedade colombiana se submetia a elevados níveis de violência.¹⁴ Na década de 50, o país foi imerso em grave conflito civil, denominado “La Violencia”, decorrente da competição entre os partidos “Liberais” e “Conservadores”. Nos anos 80, durante o regime político da “Frente Nacional”, as guerrilhas e o tráfico de drogas geraram o aumento dos níveis de violência e desordem pública, até o ponto em que a Suprema Corte e o Conselho de Estado foram invadidos.¹⁵

Em 1991, essa situação levou à elaboração da atual Constituição, caracterizada como socialmente representativa, normativamente transformadora e especialmente enfática na defesa dos direitos humanos. Para concretizar suas promessas, a Constituição de 1991 criou uma Corte Constitucional exclusivamente dedicada ao exercício do *judicial review*.¹⁶ Desde então, a Corte tem exercido papel de principal defensora dos valores constitucionais. Seu arsenal de ferramentas conta com o sistema de precedentes, a ação de tutela —

www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm. Acesso em: 16 dez. 2017.

⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-523/16*. Quinta Sala de Revisão. Autor: Margarita María Atehortua Ortega. Réu: Ministério de Educación-Dirección de Cobertura e Equidad. Relatora: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-523-16.htm>. Acesso em: 7 dez. 2017.

⁹ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-616/10*. Nona Sala de Revisão. Autor: Hernán Galeano Días e outros. Réu: Empresas Públicas de Medellín E.S.P e outros. Relator: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, 5 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-616-10.htm>. Acesso em: 7 dez. 2017.

¹⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-760/08*. Segunda Sala de Revisão. Autor: Personeria Distrital Delegada en Derechos Humanos en Cartagena e outros. Réu: Ministerio de la Protección Social. Relator: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 31 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

¹¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-153/1998*. Terceira Sala de Revisão. Autor: Manuel José Duque Arcila. Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 1998. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017;

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-388/2013*. Primeira Sala de Revisão. Autor: Luis Hernando Tangarife Suaza e outros. Relatora: María Victoria Calle Correa. Bogotá, 28 de junho de 2013. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm#_ftn3. Acesso em: 16 dez. 2017; COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-762/15*. Quinta Sala de Revisão. Autor: Diosemel Quintero Bayona e outros. Réu: EPMSC, Cárcel Modelo de Bucaramanga, Pabellón Cuarto e outros. Relator(a): Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 16 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

¹² COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *C-700/99*. Sala Plena. Autor: Humberto de Jesús Longas Londoño. Relator: José Gregório Hernandez Galindo. Bogotá, 16 de setembro 1999. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-700-99.htm>. Acesso em: 7 dez. 2017.

¹³ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-025/04*. Terceira Sala de Revisão. Autor: Fundação Ayudémonos FUNDY-UDE e outros. Réu: Red de Solidaridad Social e outros. Relator(a): Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

¹⁴ CEPEDA ESPINOSA, Manuel José; LANDAU, David E. *Colombian constitutional law: leading cases*. New York: Oxford University Press, 2017. p. 2-3.

¹⁵ CEPEDA ESPINOSA, Manuel José; LANDAU, David E. *Colombian constitutional law: leading cases*. New York: Oxford University Press, 2017. p. 4-5.

¹⁶ CEPEDA ESPINOSA, Manuel José; LANDAU, David E. *Colombian constitutional law: leading cases*. New York: Oxford University Press, 2017. p. 5-9.

instrumento de amplo acesso à Corte¹⁷ — e, nos casos mais extremos, remédios estruturais.¹⁸ A posição de protagonismo judicial no país é reforçada pelo magistrado Carlos Bernal Pulido, no seguinte trecho:

[...] A ineficácia do Congresso e do Executivo gera um vácuo de poder, que deslegitima o estado e põe em risco os direitos fundamentais que a Constituição garante. Já que a função da Corte consiste em velar pela integridade dos direitos fundamentais, seu papel deve se robustecer no cenário político e suprir o déficit dos poderes do Estado, cuja negligência conduz a um estado de coisas contrário ao prescrito pela Constituição.¹⁹

Em investigação à jurisprudência da Corte, descobre-se que o seu principal meio de transformações sociais consiste na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Isso ocorre quando a Corte reconhece, no caso, “omissão estatal que implica violação massiva e contínua de direitos fundamentais”²⁰. A ordem judicial contida na decisão que reconhece o ECI obriga as autoridades a formularem e implementarem políticas públicas destinadas à superação da situação.²¹ Em tese, o instituto tem todas as características para alavancar soluções estruturais. Porém, é fato que as decisões judiciais não transformam a realidade apenas em decorrência de sua prolação. Na verdade, a parte mais complexa — e mais negligenciada²² — do instituto é a fase de implementação da decisão que reconhece o ECI. Afinal, quais são as variáveis que podem tornar o instituto mais ou menos efetivo, na experiência da Corte Constitucional da Colômbia? A efetividade, nesse caso, pode ser observada com base na relação entre o Estado e o cidadão, ou seja, se a decisão é capaz de gerar transformações fáticas na vida cotidiana do cidadão²³.

A presente investigação será feita com base em análise de duas situações em que a Corte declarou o ECI: a primeira, que não gerou resultado, mesmo após três declarações; e a segunda, que resultou em verdadeiras transformações após uma única declaração. A primeira situação diz respeito ao sistema penitenciário e a segunda diz respeito à população vitimada pelo deslocamento forçado. No caso dos presídios colombianos, a Corte Constitucional declarou três vezes o ECI, mas não conseguiu monitorar, efetivamente, suas decisões, motivo pelo qual o instituto não foi efetivo. No caso da população vitimada pelo deslocamento forçado, bastou declarar o ECI uma vez e implementar a decisão, por meio de complexo sistema de monitoramento, para que o instituto atingisse patamares elevados de efetividade. Essa observação é relevante para o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 347²⁴, em que partido político pede a declaração de ECI da situação dos presídios brasileiros. No julgamento da medida cautelar, o STF declarou o ECI, mas não tomou nenhuma medida dramática — deixou os pedidos mais complexos para o julgamento de mérito. Portanto, são atuais e relevantes as reflexões sobre o instituto.

Em primeiro lugar, serão investigadas as falhas de efetividade do ECI, à luz dos casos relativos ao sistema penitenciário, com foco nos prejuízos advindos da falta de monitoramento das decisões da Corte. Em seguida, será investigada a efetividade do Estado de Coisas Inconstitucional no caso do deslocamento forçado

¹⁷ “A ação de tutela pode ser ajuizada por qualquer pessoa contra qualquer pessoa ou organização pública ou privada, sem necessidade de advogado, desde que se alegue violação a direito fundamental constitucional. A ação deve ser decidida por um juiz em, no máximo, 10 dias, com possibilidade de recurso para o tribunal de apelação. Após a decisão final do juiz ou do tribunal, a ação é encaminhada à Corte, que possui a discricionariedade para selecionar e revisar apenas os casos que desejar.” (Tradução livre). CEPEDA ESPINOSA, Manual José; LANDAU, David E. *Colombian constitutional law: leading cases*. New York: Oxford University Press, 2017. p. 9-16.

¹⁸ CEPEDA ESPINOSA, Manual José; LANDAU, David E. *Colombian constitutional law: leading cases*. New York: Oxford University Press, 2017. p. 16-19.

¹⁹ PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos*: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante e Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 21.

²⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 95-96.

²¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 206.

²² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 204-205.

²³ ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 41, p. 82. 2007.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347 MC*. DJe: 19 de fevereiro de 2016. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 16 dez. 2017.

em razão dos sistemas de monitoramento desenvolvidos pela Corte. Por último, será analisado o ECI na realidade brasileira com base na ADPF 347.

2 As falhas de efetividade do Estado de Coisas Inconstitucional nos casos relativos ao sistema prisional colombiano

Em 1998, a Corte Constitucional da Colômbia declarou, pela primeira vez, o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário, em razão da violação massiva de direitos fundamentais dos detentos, decorrente da omissão do Estado em resolver o problema da superlotação carcerária. Ao analisar a situação fática dos detentos, a Corte: (i) identificou violações aos direitos à dignidade, à vida, à integridade pessoal, aos direitos da família, à saúde, ao trabalho, à presunção de inocência, dentre outros; (ii) afirmou que há anos o Poder Público e a sociedade colombiana tratam com indiferença a situação; e (iii) declarou que a solução do problema exige medidas de diversos órgãos e Poderes estatais.²⁵ Ante o diagnóstico, a Corte proferiu decisão no sentido de ordenar a cada autoridade competente as devidas medidas a serem tomadas. Foi determinado: (i) ao Ministério da Justiça e do Direito e ao Departamento Nacional de Planejamento a elaboração de um plano de ação; (ii) ao Governo Nacional o repasse de recursos e medidas executivas do plano; e (iii) à Defensoria do Povo e à Procuradoria-Geral da Nação fiscalizar o plano.²⁶ Contudo, na prática, a decisão não gerou os efeitos desejados pela Corte.

Em 2013, a Corte declarou o ECI relativo ao sistema prisional colombiano novamente. Apesar dos esforços voltados à melhoria da infraestrutura carcerária após a decisão de 1998, o quadro de superlotação se manteve, uma vez que as autoridades competentes não tomaram todas as medidas legislativas ou administrativas capazes de melhorar a situação dos presídios.²⁷ Em 2015, o sistema prisional colombiano foi objeto

²⁵ “ESTADO INCONSTITUCIONAL DAS COISAS NO ESTABELECIMENTO CARCERÁRIO - superlotação. As prisões colombianas são caracterizadas por superlotação, deficiências graves em termos de serviços públicos e assistência, o império da violência, extorsão e corrupção e a falta de oportunidades e meios de ressocialização de presos. Essa situação está totalmente alinhada com a definição do estado de coisas inconstitucional. E, a partir daí, segue uma violação flagrante de uma série de direitos fundamentais dos presos nas prisões colombianas, como a dignidade, a vida e a integridade pessoal, os direitos à família, à saúde, ao trabalho e à presunção de inocência, etc. Durante muitos anos, a sociedade e o Estado cruzaram os braços diante dessa situação, observando com indiferença a tragédia diária das prisões, apesar de ela representar dia a dia a transgressão à Constituição e às leis. As circunstâncias da vida nas prisões exigem uma solução rápida. Na realidade, o problema da prisão representa não apenas uma delicada questão de ordem pública, como é percebida atualmente, mas uma situação de extrema gravidade social que não pode ser deixada sem vigilância. Mas o remédio para os males que afligem o sistema prisional não está apenas nas mãos do INPEC ou do Ministério da Justiça. Por esta razão, a Corte deve exigir que diferentes ramos e órgãos do Poder Público tomem as medidas apropriadas na direção de resolver esse problema.” (tradução livre). COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-153/1998*. Terceira Sala de Revisão. Autor: Manuel José Duque Arcila. Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 1998. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

²⁶ “RESOLVE: [...] Terceiro. - ORDENAR AO INPEC, ao Ministério da Justiça e da Lei e ao Departamento de Planejamento Nacional a preparação, no prazo de três meses após a notificação desta decisão, de um plano de construção e remodelação carcerária, destinado a garantir condições de reclusão de vida digna. O Defensor do Povo e o Ministério Público exercerão supervisão sobre este ponto. Além disso, para financiar integralmente as despesas necessárias para a execução do plano de construção e remodelação carcerária, o Governo deve tomar imediatamente as providências necessárias para que o orçamento para o atual período fiscal e os sucessivos incluam os itens necessários. Do mesmo modo, o Governo deve avançar os procedimentos exigidos para que o plano de construção e remodelação carcerária acima mencionado e as despesas exigidas pela sua execução sejam incorporadas no Plano Nacional de Desenvolvimento e Investimento.” (Tradução livre). COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-153/1998*. Terceira Sala de Revisão. Autor: Manuel José Duque Arcila. Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 1998. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

²⁷ “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO – Declarado na sentença T-153/98 não é igual ao que se reconhece atualmente. [...] ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO - Declarado na sentença T-153/98 por superlotação ainda persiste. [...] SISTEMA PENITENCIÁRIO E CARCERÁRIO APRESENTA UM NOVO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – As autoridades encarregadas não adotaram as medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar efetivamente a vulneração dos direitos.” (Tradução livre). COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-388/2013*. Primeira Sala de Revisão. Autor: Luis Hernando Tangarife Suaza e outros. Relatora: María Victoria Calle Correa. Bogotá, 28 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

da terceira declaração do ECI. Na ocasião, foi definida a diferença entre o ECI declarado em 1998, relativo à infraestrutura do sistema carcerário; e o ECI declarado em 2013, relativo à política criminal. Logo, a Corte estabeleceu parâmetros a serem respeitados na elaboração e na execução da política criminal colombiana.²⁸

A análise da atuação da Corte Constitucional da Colômbia na declaração do ECI relativo à superlotação do sistema prisional apresenta as falhas de efetividade do instituto. Isso porque, mesmo após três tentativas, o ECI não produziu o impacto social desejado e, por consequência, não foi capaz de resolver o quadro de violação massiva de direitos fundamentais dos detentos. Ao estudar o caso, César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco defendem que a decisão proferida no caso T-153/1998 gerou resultados duvidosos. Os autores sustentam que a ausência de mecanismos de acompanhamento das ordens proferidas pela Corte fez com que a decisão tivesse efeitos limitados.²⁹

No caso T-153/1998, o maior erro da Corte foi ter proferido ordens excessivamente flexíveis e não ter monitorado as ordens que proferiu. Carlos Alexandre de Azevedo Campos defende ideia semelhante:

[...] o erro da Corte no enfrentamento do ECI no sistema carcerário por meio da *Sentencias T – 153, de 1998*, foi proferir ordens estruturais sem estabelecer procedimentos adequados de monitoramento durante a fase de implementação. As ordens foram flexíveis, possibilitando que os outros poderes manifestassem suas capacidades institucionais, mas faltou uma ‘jurisdição supervisória’ sobre essa efetiva manifestação. A Corte pecou em acreditar que sua autoridade contida nas decisões, por si só, seria suficiente para que os órgãos públicos cumprissem efetivamente as medidas ordenadas. Ela se descuidou com a real possibilidade de as autoridades públicas não cumprirem as ordens. Faltou diálogo em torno de como melhor realizar as decisões, não tendo sido retida jurisdição sobre a execução das medidas.”³⁰

Em estudo sobre as promessas de transformações sociais contidas nas novas Constituições latino-americanas, Roberto Gargarella defende que as novas Constituições surgem com o propósito de remediar algum problema político-social relevante. Isso não significa que as Constituições possuam chaves mágicas para resolver problemas, porém, é nelas que se encontra o que há de mais importante para que a coletividade saia em busca de mudanças.³¹ Em analogia às novas Constituições latino-americanas, o ECI surgiu para remediar problemas político-sociais relevantes; não é a chave mágica para a solução do problema, mas, ainda assim, serve como meio importante para a promoção de mudanças via jurisdição constitucional na Colômbia.

A falta de efetividade das ordens proferidas na primeira declaração do ECI na Colômbia foi motivo de duras críticas contra o instituto. Porém, as experiências da Corte Constitucional da Colômbia apresentam o outro lado da moeda: a declaração do ECI combinada com sistemas de monitoramento pode gerar impactos significativos na vida dos cidadãos colombianos.

3 A efetividade do Estado de Coisas Inconstitucional no caso do deslocamento forçado em razão dos sistemas de monitoramento desenvolvidos pela Corte Constitucional da Colômbia

Em 2004, a Corte Constitucional da Colômbia declarou o Estado de Coisas Inconstitucional da política de atendimento às vítimas do deslocamento forçado, em razão da violação massiva de direitos fundamentais

relatoria/2013/t-388-13.htm#_ftn3. Acesso em: 16 dez. 2017.

²⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. T-762/15. Quinta Sala de Revisão. Autor: Diosemel Quintero Bayona e outros. Réu: EPMSC, Cárcel Modelo de Bucaramanga, Pabellón Cuarto.e outros. Relator(a): Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 16 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

²⁹ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 36.

³⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 134.

³¹ GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: Cepal, 2009.

dos deslocados, decorrente de problemas no conteúdo e alcance da política assistencial. Ao analisar a situação fática dos deslocados, a Corte: (i) identificou violações aos direitos à vida digna, à integridade pessoal, à igualdade, ao trabalho, à saúde, à seguridade social, à educação, ao mínimo vital e à proteção especial devida às pessoas de terceira idade, à mulher cabeça de família e às crianças; (ii) afirmou que o Poder Público foi omissivo em prestar a proteção oportuna e efetiva por parte das autoridades competentes; e (iii) declarou que a solução do problema exige medidas de diversos órgãos e Poderes estatais.³²

Além disso, a Corte se aprofundou em cada uma das falhas estruturais da política pública de atendimento às vítimas do deslocamento forçado. Foram apontadas falhas nas fases de definição da agenda, formulação, implementação e avaliação da política pública. Ainda, foi identificada a baixa alocação de recursos para custeio assistencial dos deslocados.³³ Ante o diagnóstico, a Corte determinou: (i) a elaboração de um plano de ação que garanta os direitos fundamentais dos deslocados de modo adequado; (ii) a alocação de recursos financeiros para garantir os direitos fundamentais dos deslocados; e (iii) a alteração das práticas institucionais declaradas inconstitucionais.³⁴

O que há de diferente nesse caso é que, após proferir a decisão, a Corte manteve a jurisdição sobre as ordens proferidas. Para o magistrado relator do caso, Manoel José Cepeda Espinosa, esse fator fez com que a Corte promovesse verdadeira mudança na vida das vítimas de deslocamento forçado:

olhando para o passado, o Tribunal notou que a própria decisão deu maior visibilidade ao problema do deslocamento, tanto na burocracia como no público, e resultou em aumentos maciços no montante do orçamento para questões de IDP. O Tribunal também enfatizou os resultados do processo de monitoramento e o estabelecimento de indicadores para medir a extensão do gozo efetivo dos direitos pela população e no estabelecimento de programas e medidas para dar proteção especial aos grupos vulneráveis. Também observou a aprovação da Lei de Vítimas em 2011, que codificou muitos dos direitos das pessoas deslocadas que foram estabelecidos na jurisprudência do Tribunal. No entanto, o Tribunal observou dificuldades contínuas em muitas áreas, especialmente a prevenção de deslocados, o direito de retorno, a geração de renda por indivíduos deslocados e a proteção real das populações vulneráveis e afirmou que nessas áreas o estado de coisas inconstitucional não foi superado. O Tribunal continua, assim, a emitir ordens de acompanhamento e a realizar audiências, 12 anos após a decisão ter sido emitida pela primeira vez. (Tradução livre).³⁵

³² “A Terceira Câmara de Revisão, ao decidir sobre as atuais ações de tutela, conclui que as condições de extrema vulnerabilidade em que a população deslocada está localizada, bem como a omissão repetida para fornecer proteção atempada e efetiva pela diferentes autoridades encarregadas de sua atenção, violaram os direitos a uma vida digna, à integridade pessoal, à igualdade, à petição, ao trabalho, a saúde, segurança social, educação, mínimo vital e proteção especial por idosos, chefe de família e filhos (seções 5 e 6), tanto dos atores do processo atual como a população deslocada em geral. Esta violação tem ocorrido de forma massiva, prolongada e repetida e não é atribuível a uma única autoridade, mas sim a um problema estrutural que afeta toda a política assistencial projetada pelo Estado e seus diferentes componentes, devido à recursos insuficientes para financiar esta política e a capacidade institucional precária para implementá-la. (Seção 6.3) Essa situação constitui um estado de coisas inconstitucional que será formalmente declarado neste julgamento (seção 7 e ordinário primeiro da parte operativa)”. (Tradução livre). COLOMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. T-025/2004. Terceira Sala de Revisão. Autor: Fundação Ayudémonos FUNDYUDE e outros. Réu: Red de Solidaridad Social e outros. Relator(a): Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

³³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 145-148.

³⁴ CEPEDA ESPINOSA, Manuel José; LANDAU, David E. *Colombian constitutional law: leading cases*. New York: Oxford University Press, 2017. p. 182-183.

³⁵ “Olhando para trás, a Corte observou que a própria decisão tinha dado maior visibilidade ao problema do deslocamento, tanto na burocracia quanto no debate público, e resultou em aumentos maciços no montante do orçamento para questões de deslocamento interno. A Corte também enfatizou os resultados do processo de monitoramento no estabelecimento de indicadores para medir a extensão do gozo efetivo dos direitos pela população e no estabelecimento de programas e medidas para dar proteção especial aos grupos vulneráveis. Também observou a aprovação de uma Lei de Vítimas em 2011, que codificou muitos dos direitos das pessoas deslocadas que foram estabelecidos na jurisprudência da Corte. No entanto, a Corte observou dificuldades contínuas em muitas áreas, especialmente na prevenção de deslocados, no direito de retorno, na geração de renda por indivíduos deslocados e na proteção real das populações vulneráveis e afirmou que nessas áreas o estado de coisas inconstitucional não foi superado. Assim, a Corte continua a emitir ordens de acompanhamento e realizar audiências, mais de 12 anos após a decisão ter sido emitida pela primeira vez” (tradução livre). CEPEDA ESPINOSA, Manuel José; LANDAU, David E. *Colombian constitutional law: leading cases*. New York: Oxford University Press, 2017. p. 188-189.

O fenômeno de implementação das ordens proferidas nesse caso foi apelidado por César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco de “sentença em movimento”. Os dois instrumentos fundamentais utilizados pela Corte foram as audiências públicas e os *autos de seguimiento*.³⁶

Nos anos seguintes, a Corte realizou diversas audiências públicas com a participação de representantes de órgãos públicos, entidades representativas dos direitos de indivíduos deslocados, organismos internacionais e demais pessoas interessadas no caso, com o intuito de fiscalizar e ajustar o cumprimento das ordens proferidas. “Foram citados para as audiências ministros, o Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, a Procuradoria e a Defensoria do Povo” e, no total, entre 2004 e 2010, foram convocadas 14 audiências.³⁷

O outro instrumento utilizado pela Corte foi a instituição dos *autos de seguimiento*. Os processos de acompanhamento tiveram três fases: (i) a primeira, entre 2004 e 2006, foi caracterizada por ordens genéricas de implementação das correções cabíveis a cada instituição no âmbito da política pública de assistência aos deslocados; (ii) a segunda, entre 2007 a 2008, foi marcada pela estipulação de indicadores utilizados para aferir o progresso de cada ator envolvido com a proteção dos direitos dos deslocados; (iii) a terceira, a partir de 2008, foi responsável pela vigilância dos entes públicos no cumprimento das políticas públicas relativas aos deslocados. No total, entre 2004 e 2010, foram instituídos 84 *autos de seguimiento*.³⁸

É possível dizer que o roteiro seguido pela Corte colombiana na Sentença T-025/2004 induz um modelo efetivo. Desse modo, mesmo que cada Estado tenha suas peculiaridades, a atuação do Supremo Tribunal Federal, em relação à declaração do ECI e à implementação de ordens estruturais no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 347, pode se inspirar na vasta experiência da Corte Constitucional da Colômbia.

4 A análise do Estado de Coisas Inconstitucional na realidade brasileira a partir da ADPF 347

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal declarou, pela primeira vez, o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, em razão da violação massiva de direitos fundamentais dos detentos, decorrente da omissão do Estado em resolver o problema da superlotação carcerária. Na ocasião, o Ministro Relator, Marco Aurélio Mello, destacou as condições degradantes que acometem a vida diária dos detentos:

superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.³⁹

Em seu voto, o Ministro Relator citou a violação de dispositivos constitucionais que amparam direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III), a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”), o direito de cumprimento de pena em estabelecimento adequado à natureza do delito, à idade e ao sexo do apenado (art. 5º, inciso XLVIII), a segurança à integridade física e moral (artigo

³⁶ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 84-90.

³⁷ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 85.

³⁸ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 85-90.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347 MC*. DJe: 19 de fevereiro de 2016. p. 23. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 16 dez. 2017.

5º, inciso XLIX) e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).⁴⁰

No que diz respeito à natureza estrutural do litígio, o Ministro Relator registrou que a responsabilidade pela situação do sistema penitenciário deve ser atribuída ao Legislativo, Executivo e Judiciário, em diferentes níveis federativos — da União, do Distrito Federal e dos estados — uma vez que há problemas de formulação e implementação de políticas públicas, bem como de interpretação e aplicação da lei penal. Os problemas identificados foram, em síntese, a ausência de políticas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes; a falta de sensibilidade do Legislativo e de motivação política do Executivo; e os equívocos do Judiciário, que é responsável por manter 41% dos presos do país em custódia provisória, quando a maioria é absolvida ou condenada ao cumprimento de penas alternativas.⁴¹

Ante a situação dos presídios, o Tribunal reconheceu a presença dos três requisitos fundamentais do ECI: (i) a violação massiva a direitos fundamentais; (ii) as falhas estruturais de políticas públicas; e (iii) a necessidade de medidas estruturais para solucionar o problema. É o que se lê no seguinte trecho da ementa:

[...] SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’. [...]⁴²

O mérito da ADPF 347 ainda está pendente de julgamento. O Tribunal foi tímido na concessão das medidas cautelares: foram deferidos, apenas, dois dos oito pedidos, no sentido de (i) liberar a verba contingenciada pela União para o Fundo Penitenciário Nacional e (ii) obrigar o Poder Judiciário a realizar audiências de custódia, nos termos do Pacto de San José de Costa Rica.⁴³ Além disso, o Tribunal determinou à União e aos Estados a prestação de informações a respeito da situação prisional, na forma de um diagnóstico que discrimine o número de vagas faltantes, os custos financeiros e o limite das obrigações de cada ente federado.

Passados quase quatro anos desde o julgamento, a União, o Distrito Federal e quinze Estados prestaram informações⁴⁴. Foram prolatadas decisões que reiteraram a determinação que a União promovesse o descontingenciamento de verbas do Fundo Penitenciário Nacional, especialmente relativas aos Estados da Bahia e do Ceará. Foram admitidos onze *amicus curie*⁴⁵. Além disso, em 2018 o autor apresentou fatos novos

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC. DJe: 19 de fevereiro de 2016. p. 24-25. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de agosto de 2015. p. 26-28. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 16 dez. 2017.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC. DJe: 19 de fevereiro de 2016. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 16 dez. 2017.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC. DJe: 19 de fevereiro de 2016. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de agosto de 2015. p. 3. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 16 dez. 2017.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC. DJe: 19 de fevereiro de 2016. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de agosto de 2015. p. 3. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 16 dez. 2017.

⁴⁴ Até o dia 5 de agosto de 2019, se manifestaram a União, o Distrito Federal e os seguintes Estados: Amazonas, Alagoas, Bahia, Ceará, Goiás, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Piauí, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e Tocantins. Além disso, se manifestaram os seguintes tribunais: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins.

⁴⁵ Até o dia 5 de agosto de 2019, foram admitidos os seguintes *amicus curie*: Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos, Conectas Direitos Humanos, Defensoria Pública do Estado do Paraná, Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Defensoria Pública da União, Fundação de Apoio ao Egresso do Sistema Penitenciário, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Instituto de Defesa do Direito de Defesa – Márcio Thomaz Bastos e Instituto Pro Bono.

que motivariam a urgência do julgamento do mérito da ADPF 347, relativos ao aumento da população carcerária e a uma série de rebeliões e massacres ocorridos em estabelecimentos prisionais, principalmente, das regiões Norte e Nordeste.

De acordo com a experiência de sucesso da Corte Constitucional da Colômbia no caso do deslocamento forçado, é prudente pensar em audiências públicas e em *autos de seguimento*. No Brasil, já existe a previsão das audiências públicas, que podem ser convocadas pelo Presidente ou pelo Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno do STF, que reproduzem a seguinte redação:

convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.⁴⁶

As audiências públicas são convocadas pelo Tribunal, normalmente, em casos que transbordam os limites da análise exclusivamente jurídica, exigindo-se posicionamentos técnicos e multidisciplinares. Além disso, são convocadas em casos que demandam análises prognósticas a respeito de repercussões práticas nas esferas administrativa, social e econômica.⁴⁷

Apesar de o Regimento Interno do Tribunal não conter previsão expressa aos *autos de seguimento* de ordens estruturais, é possível pensar na formação de processos de acompanhamento a partir das classes “Petição” ou “Comunicação”, nos termos do art. 56, IX⁴⁸. Por meio desses processos, os magistrados encarregados do monitoramento da decisão seriam capazes de fiscalizar e ajustar as ordens proferidas pelo Tribunal. O rito colombiano da Sentença T-025/2004 sugere que, em um primeiro momento, os magistrados formariam diversos autos de acompanhamento contendo ordens de implementação de correções dirigidas a cada instituição envolvida; em um segundo momento, os magistrados utilizariam indicadores para aferir o progresso das instituições no cumprimento das ordens proferidas; e, por fim, estabeleceriam um período de vigilância do cumprimento das ordens.

A prolação de ordens estruturais exigirá do Tribunal, ainda, a alocação de recursos humanos. Na Colômbia, os três magistrados autores da Sentença T-025/2004 foram responsáveis por manter jurisdição sobre o caso, por meio de requerimentos feitos por oficiais, instituições de controle e grupos sociais organizados, nos *autos de seguimento*.⁴⁹ A Corte colombiana mobilizou diversos funcionários para trabalharem exclusivamente no monitoramento das ordens. Inclusive, foi instituída a Comissão de Monitoramento, composta de ex-magistrados e líderes de grupos sociais organizados, responsáveis por fiscalizar e auxiliar a elaboração e o cumprimento das políticas públicas determinadas pela Corte.⁵⁰

Independentemente dos meios a serem escolhidos pelo STF, é urgente a necessidade de se pensar em como será feito o monitoramento das ordens — afinal, esse é o fator mais importante para a efetividade do instituto, de acordo com a experiência colombiana. Para isso, o Tribunal conta com o tempo estratégico de estabilização do clima político, bem como com o auxílio da academia, que se dispõe a analisar as causas e consequências contidas nos possíveis cenários de atuação do Tribunal.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.

⁴⁷ MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 25, n. 62, p. 143, 2017.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁴⁹ CEPEDA ESPINOSA, Manual José; LANDAU, David E. *Colombian constitutional law: leading cases*. New York: Oxford University Press, 2017. p. 186.

⁵⁰ CEPEDA ESPINOSA, Manual José; LANDAU, David E. *Colombian constitutional law: leading cases*. New York: Oxford University Press, 2017. p. 186.

5 Considerações finais

O presente artigo propôs reflexões a respeito da efetividade do ECI em razão dos mecanismos de monitoramento desenvolvidos pela Corte Constitucional da Colômbia e analisou o instituto na realidade brasileira a partir da ADPF 347. Foram analisados o caso do sistema penitenciário, que ilustra as falhas de efetividade do ECI em razão da falta de um sistema de monitoramento das ordens proferidas pela Corte; e o caso do deslocamento forçado, que representa o sucesso de efetividade do instituto a partir do monitoramento das ordens proferidas pela Corte. Além disso, foi analisado o instituto na realidade brasileira a partir da ADPF 347.

A partir do conteúdo apresentado, é possível chegar a algumas conclusões. Antes de tudo, o ECI não é uma espécie de chave mágica para a solução de graves problemas político-sociais, mas serve como meio importante para a promoção de mudanças pela via da jurisdição constitucional colombiana. A atuação da Corte no caso T-153/1998, relativa aos presídios colombianos, gerou resultados duvidosos, uma vez que a ausência de mecanismos de monitoramento das ordens proferidas limitou os efeitos da decisão. Já no caso T-025/2004, relativo às vítimas do deslocamento forçado, a Corte manteve a jurisdição sobre as ordens proferidas. As ordens proferidas no caso T-025/2004 foram monitoradas por meio do sistema conhecido como “sentença em movimento”. As políticas públicas desenvolvidas em razão desse sistema implicaram melhorias significativas no tratamento dos direitos fundamentais de indivíduos deslocados. O sucesso desse sistema dependeu, fundamentalmente, de dois instrumentos disponíveis na Corte: as audiências públicas e os *autos de seguimento*.

A experiência colombiana pode ser útil para o Brasil, no que diz respeito ao julgamento da ADPF 347. O intervalo de tempo entre o julgamento das medidas cautelares da ADPF 347 — ocasião em que foi declarado o ECI — e o julgamento do mérito da ação pode ser utilizado de modo estratégico pelo STF, como forma de captar ideias úteis ao amadurecimento do instituto. É urgente a necessidade de se pensar em como será feito o monitoramento das ordens contidas na decisão da ADPF 347, para que o ECI não incorra em falhas de efetividade. De acordo com a experiência de sucesso da Corte Constitucional da Colômbia, apresentada no caso T-025/2004, é desejável que o STF estruture um sistema de monitoramento pautado em audiências públicas e em processos de acompanhamento (inspirados nos *autos de seguimento*).

Referências

- ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 41, p. 67-82, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347 MC*. DJe: 19 de fevereiro de 2016. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 16 dez. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José; LANDAU, David E. *Colombian constitutional law: leading cases*. New York: Oxford University Press, 2017.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *C-221/1994*. Sala Plena. Autor: Alexandre Sochandamandou. Relator: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, 5 de maio de 1994. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *SU-039/1997*. Sala Plena. Autor: Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en representación de varias personas integrantes del Grupo Etnico Indígena U'WA. Relator: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, 3 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *C-239/1997*. Sala Plena. Autor: José Eurípides Parra Parra. Relator: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, 20 de maio de 1997. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-153/1998*. Terceira Sala de Revisão. Autor: Manuel José Duque Arcila. Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 1998. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *SU-360/99*. Sala Plena. Autor: Ana Mercedes Martínez de García e outros. Réu: Governador Maior de Bogotá e outros. Relator(a): Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, 19 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1999/SU360-99.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *C-700/99*. Sala Plena. Autor: Humberto de Jesús Longas Londoño. Relator: José Gregório Hernandez Galindo. Bogotá, 16 de setembro 1999. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-700-99.htm>. Acesso em: 7 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-025/04*. Terceira Sala de Revisão. Autor: Fundação Ayudémonos FUNDYUDE e outros. Réu: Red de Solidaridad Social e outros. Relator(a): Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *C-355/06*. Sala Plena. Autor: Mónica del Pilar Roa López e outros. Relatores: Jaime Araújo Rentería e Clara Inés Vargas Hernandez. Bogotá, 10 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *C-075/2007*. Sala Plena. Autor: Marcela Sánchez Buitrago e outros. Relator: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, 7 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-760/08*. Segunda Sala de Revisão. Autor: Personeria Distrital Delegada en Derechos Humanos en Cartagena e outros. Réu: Ministerio de la Protección Social. Relator: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 31 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-616/10*. Nona Sala de Revisão. Autor: Hernán Galeano Díaz e outros. Réu: Empresas Públicas de Medellín E.S.P e outros. Relator: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, 5 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-616-10.htm>. Acesso em: 7 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-629/2010*. Terceira Sala de Revisão. Autor: LAIS. Réu: Bar Discoteca PANDEMO, de propiedad del señor ZOTO. Relator: Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá, 13 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *C-577/2011*. Sala Plena. Autor: Carlos Andrés Echeverry Restrepo e outros. Relator: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, 26 de julho de 2011. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-388/2013*. Primeira Sala de Revisão. Autor: Luis Hernando Tangarife Suaza e outros. Relatora: María Victoria Calle Correa. Bogotá, 28 de junho de 2013. Dispo-

nível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm#_ftn3. Acesso em: 16 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-762/15*. Quinta Sala de Revisão. Autor: Diosemel Quintero Bayona e outros. Réu: EPMSC, Cárcel Modelo de Bucaramanga, Pabellón Cuarto.e outros. Relator(a): Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 16 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *SU-214/2016*. Sala Plena. Autor: Luis Felipe Rodríguez Rodas e outros. Relator: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, 28 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-523/16*. Quinta Sala de Revisão. Autor: Margarita María Atehortua Ortega. Réu: Ministério de Educación-Dirección de Cobertura e Equidad. Relatora: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-523-16.htm>. Acesso em: 7 dez. 2017.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: Cepal, 2009.

MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 25, n. 62, p. 131-156, 2017.

PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante e Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

**SEÇÃO III: CONSTITUCIONALISMO
TRANSFORMADOR E “IUS CONSTITUCIONALE
COMMUNE” NA AMÉRICA LATINA**

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O mandato transformador
do Sistema Interamericano:
Legalidade e Legitimidade
de um processo jurisgenético
extraordinário**

**The transformative mandate
of the Inter-American System:
Legality and Legitimacy of an
extraordinary jurisgenetic process**

Armin von Bogdandy

O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário*

The transformative mandate of the Inter-American System: Legality and Legitimacy of an extraordinary jurisgenetic process

Armin von Bogdandy**

Resumo

O presente artigo se propõe a examinar os fundamentos jurídicos, a legitimidade e o êxito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O trabalho se estrutura em seis partes. Na primeira parte, explica como tal sistema recebeu um mandato para promover um constitucionalismo transformador na região. Demonstra que esse mandato se baseia em uma interpretação evolutiva da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual, por sua vez, possibilitou o desenvolvimento de um corpo de direito a que se denomina *Ius Constitutionale Commune* em América Latina. Na segunda parte, examina a legitimidade social de que goza tal mandato atualmente. Na terceira parte, discorre sobre o *Ius Constitutionale Commune* em América Latina, demonstrando a sua importância para os avanços alcançados em matéria de direitos humanos. Na quarta parte, define condições e limites para o seu desenvolvimento. Na quinta parte, propõe um critério para o exame do êxito do sistema em implementar as transformações a que se propõe na região. Ao final, o artigo traça breves considerações sobre o valor da crítica para o desenvolvimento do Sistema Interamericano.

Palavras-chave: Constitucionalismo transformador. *Ius Constitutionale Commune* em América Latina. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Mandato transformador. Legitimidade. Impacto.

Abstract

The article examines the legal basis, legitimacy and success of the Inter-American Human Rights System. It is structured in six parts. The first part explains how such a system received a mandate to promote a transformative constitutionalism in the region. It also demonstrates that this mandate is based on an evolutionary interpretation of the American Convention on Human Rights, which has made it possible to develop a body of law called *Ius Constitutionale Commune* in América Latina. The second part examines the social legitimacy that this mandate enjoys. The third part discusses the *Ius Constitutionale Commune* in América Latina, demonstrating its importance for the progress achieved in the field of human rights. The fourth

* Autor Convivado

Esta contribuição baseia-se em uma palestra proferida na Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ocasião do 40º aniversário da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Refere-se, ainda, a outras conferências oferecidas durante as celebrações em San José, que serão publicadas em breve no site do Tribunal. Agradeço a Dienstagsrunde, por suas críticas; e a Ximena Soley, pelo apoio investigativo.

Artigo traduzido por Cláudio Fontes Faria e Silva e revisado por Patrícia Perrone Campos Mello, como parte dos trabalhos desenvolvidos pelo Grupo de Pesquisa “Cortes Constitucionais e Democracia”, Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação.

** Diretor do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemanha). Professor de Direito Público da Universidade de Frankfurt/Main. Doutor pela Universidade de Freiburg. Graduado em Direito e em Filosofia. Condecorado com: the Leibniz Prize (2014), Premio Internacional “Hector Fix Zamudio” (2015), Premio the “Mazo” da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2015) e prêmio da Berlin-Brandenburg Academy of Sciences (2008), por feitos extraordinários nos campos do direito e da economia. E-mail : sekreavb@mpil.de

part defines conditions and limits for its development. The fifth part proposes a criterion for examining the success of the system in implementing transformations in the region. In the end, the article draws brief considerations on the value of criticism for the development of the Inter-American System.

Keywords: Transformative constitutionalism. *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Inter-American Court of Human Rights. Transformative mandate. Legitimacy. Impact.

1 Introdução

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) é o instrumento mais importante para estudar o direito constitucional da América Latina à luz do direito internacional. Nos últimos quarenta anos, esse instrumento converteu-se em um pilar do constitucionalismo transformador latino-americano. Em nível global, talvez seja o instrumento mais relevante desse tipo. Essa constatação suscita as seguintes interrogações: como um desenvolvimento tão extraordinário foi possível? É válido e legítimo? As respostas exigem, antes de mais nada, avaliar se tal desenvolvimento está sustentado pelo mandato outorgado ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

Constitucionalismo transformador significa interpretar e aplicar as normas constitucionais de modo a promover uma mudança social profunda para alcançar determinados objetivos constitucionais¹. Na América Latina, o constitucionalismo transformador é definido pelos desafios impostos pela violência generalizada², pela exclusão social³, pela extrema desigualdade⁴ e pela debilidade de muitas instituições nacionais⁵. Essa debilidade deve-se, entre outros fatores, a fenômenos como o hiperpresidencialismo, a falta de independência judicial e a corrupção⁶.

É claro que os tribunais não podem e não devem conduzir tal mudança sozinhos. Transformações dessa dimensão requerem um grande esforço de múltiplos atores de toda a sociedade, assim como vontade política⁷. Como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) tem explicitado, por meio de sua doutrina de controle de convencionalidade, todas as instituições (e não apenas o Poder Judicial) são

¹ O termo foi cunhado por KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, 146-188, jan. 1998. p. 146 e 150.

² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Informe anual 2018*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/indice.asp>. Acesso em: 2 jun. 2019. Em particular o Capítulo IV, sobre o desenvolvimento dos direitos humanos na região.

³ COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). *Social panorama of Latin America 2018*. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/44396>. Acesso em: 2 jun. 2019. p. 153 e ss.

⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>. Acesso em 2 jun. 2019.

⁵ Roberto Gargarella afirma que a América Latina é caracterizada por suas “democracias defeituosas”. Nesse sentido, os problemas que considera distintivos dos sistemas constitucionais defeituosos são seis: 1) a exclusão política, econômica e social; 2) o problema da “dissonância democrática” (elitismo que segue presente no quadro institucional, excluindo a participação política da sociedade e não lhe permitindo articular questões comuns); 3) as dificuldades derivadas da concentração de poderes; 4) os problemas gerados por uma multiplicidade de direitos sociais que o sistema institucional estabelece, mas não ajuda a satisfazer; 5) o problema do perfeccionismo moral; 6) os altos níveis de violência política e social existentes. GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo dialógico em democracias defeituosas*. Dissertação no Seminário García Pelayo, Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, Madri, 27 fev. 2019.

⁶ BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; SOLEY, Ximena. *Ius constitutionale commune en América Latina: a regional approach to transformative constitutionalism*. In: BOGDANDY Von, Armin et al. (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford University Press, 2017. p. 5, 7.

⁷ HUNEEUS, Alexandra. Courts resisting courts: lessons from the Inter-American Court's struggle to enforce human rights. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, 2011; DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad: un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos? In: RIVERA, Julio César (ed.). *Tratado de los derechos constitucionales*. Argentina: Abeledo Perrot, 2014. p. 533 e ss.; SOLEY, Ximena. The transformative dimension of inter-american jurisprudence. In: BOGDANDY Von, Armin et al. (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford University Press, 2017. p. 338, 344.

responsáveis pela proteção dos direitos humanos. Entretanto, isso não reduz a importância da contribuição do Judiciário para perseguir esses objetivos, o que pode ser visto em vários países. Basta considerar, a título ilustrativo: a punição ao terrorismo de Estado no Peru, a inclusão dos povos indígenas no processo político no Equador, a proteção de pessoas homossexuais no Chile⁸ ou — como exemplo de um processo impulsionado principalmente em âmbito doméstico —, o desenvolvimento de um verdadeiro sistema de saúde pública na Colômbia⁹.

Estruturo meu argumento em seis partes. A primeira parte explica como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) recebeu, por meio de uma evolução constitucional na América Latina, seu mandato de apoiar o constitucionalismo transformador. A segunda parte trata da legitimidade social de que goza esse mandato atualmente. A terceira parte centra-se no direito comum dos direitos humanos (common law of human rights), talvez o seu instrumento transformador mais relevante, enquanto a quarta parte examina as salvaguardas para o seu exercício legítimo. A quinta parte destina-se a esboçar algumas medidas para avaliar o êxito do Sistema no exercício do seu mandato. A parte final conclui o trabalho com uma nota sobre o valor da crítica.

2 A evolução do mandato

Desde princípios do século XXI, a Convenção Americana de Direitos Humanos confere às instituições do Sistema Interamericano um mandato para promover o constitucionalismo transformador nas Américas. Esse mandato constitui o fundamento jurídico de uma jurisprudência em direitos humanos que aborda os problemas estruturais da região, em particular: instituições fracas, exclusão social e violência. Essa jurisprudência constitui um tipo de *Ius Constitutionale Commune* na América Latina¹⁰, um direito comum dos direitos humanos que tem influência real na vida das pessoas.

Como isso é juridicamente possível? Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos não se observam disposições específicas para promover tal mandato. De fato, praticamente ninguém suspeitava, nem em 1969, nem em 1978, que a Convenção poderia fornecer a base para um constitucionalismo transformador. Basta recordar as políticas e orientações dos governos da época¹¹. No entanto, quatro décadas mais tarde,

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf. Acesso em: 3 jun. 2019; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la sentencia de fondo de 3 de septiembre de 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_83_esp.pdf. Acesso em: 3 jun. 2019; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *La Cantuta vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 [Fondo, Reparaciones y costas]. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. Acesso em: 3 jun. 2019; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012 [Fondo y Reparaciones]. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Acesso em: 3 jun. 2019; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Atala Ríffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 [Fondo, Reparaciones y costas]. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Acesso em: 3 jun. 2019.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DA COLÔMBIA [Segunda Sala de Revisão]. *Sentencia n° T-760, de 31 de julio de 2008*. Disponível em: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/04/T-760-08-Colombia-20083.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2019.

¹⁰ Para uma terminologia similar, v. PIEDRAHITA, Carlos Restrepo. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1978. p. 137; HÄBERLE, Peter. Mexiko: Konturen eines Gemeinamerikanischen Verfassungsrechts: ein jus commune americanum. *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, v. 52, 2004, p. 581; HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. México: Universidad Autónoma de México, 2003.

¹¹ Sobre o antes inimaginável potencial da Convenção, assim como a evolução inesperada que conduziu a resultados inovadores, v. FARER, Tom J. The rise of the inter-american human rights regime: no longer a unicorn, not yet an ox. *Human Rights Quarterly*, v. 19, n. 3, Aug. 1997, p. 510-546, p. 514 e ss.; RAGONE, Sabrina. The inter-american system of human rights: essential features. In: BOGDANDY, Armin Von et al. (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford University Press, 2017. p. 281.

pode-se verificar que a Convenção Americana confere esse mandato ao Sistema Interamericano e sobretudo à Corte IDH.

Como isso aconteceu? Nos anos sessenta e setenta, a maioria dos países da América Latina estava submetida a governos autoritários ou repressivos. Somente a partir dos anos oitenta, a maioria dos países da região entrou em um processo de transição para a democracia. Enquanto seguiam esse caminho, tinham ideias claras sobre o que fazer. A mais significativa delas era a máxima “Nunca más”, ou seja, “nunca mais” ditaduras militares. Entretanto, os países também buscaram um consenso social mais amplo.

Partindo desses objetivos, adotaram várias medidas. Deve-se enfatizar que, na maioria das Constituições, foram incluídos extensos catálogos de direitos, muitas vezes progressistas. Tais países também abriram suas Constituições para tratados internacionais de direitos humanos. Certas Constituições até mesmo atribuíram aos tratados de direitos humanos uma classificação especial em sua ordem jurídica interna¹². Desse modo, as Constituições superaram uma compreensão da soberania, com frequência, excessivamente rígida e aderiram a um sistema regional para fortalecer a garantia dos direitos humanos.

Nesse contexto, a Corte Interamericana, inspirada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por organizações não governamentais (ONGs) e — de forma notável — por forças nacionais afins, passou a interpretar as disposições da Convenção de uma maneira evolutiva, desenvolvendo uma forma específica de constitucionalismo transformador, uma forma latino-americana. O constitucionalismo transformador, ou seja, a compreensão do direito constitucional como um instrumento de mudança profunda pode ser encontrada em vários países. A Constituição mexicana de 1917, a Constituição italiana de 1947 ou a Constituição portuguesa de 1976 são bons exemplos. Mas os tribunais desses países não seguiram o programa transformador estabelecido no texto constitucional. Em contraste, a Corte Suprema da Índia e as Cortes Constitucionais da África do Sul e da Colômbia levaram suas constituições transformadoras e seus mandatos a sério, gerando uma jurisprudência distinta, que aborda problemas estruturais¹³. De fato, a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia desempenhou um papel relevante no caminho para o acordo de paz colombiano, que recebeu o Prêmio Nobel da Paz em 2016¹⁴.

O constitucionalismo transformador é um fenômeno global, mas há duas singularidades latino-americanas que devem ser destacadas. Primeiro, seu constitucionalismo transformador não é apenas apoiado pela constituição nacional, mas também por um regime internacional com duas instituições operativas: a Comissão e a Corte Interamericanas¹⁵. Segundo, esse sistema de dois níveis é complementado por um diálogo horizontal entre instituições nacionais que compartilham essa visão, fundamentalmente: os juízes nacionais encarregados da justiça constitucional, mas também os membros do Ministério Público (fiscales) e os Defensores do Povo (defensores del pueblo), as ONGs e, entre outros, o Instituto Iberoamericano de Direito Constitucional. Por meio desse discurso regional, as instituições nacionais de vários países envolvidas com o desenvolvimento de um constitucionalismo transformador apoiam-se mutuamente e, portanto, fortalecem

¹² ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Protección supranacional de la democracia en Suramérica: un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*. México: UNAM, 2014.

¹³ Para o fenômeno global, v. BONILLA, Daniel (ed.). *Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013; RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015; HAILBRONNER, Michaela. Transformative constitutionalism: not only in the global south. *American Journal of Comparative Law*, v. 65, n. 3, nov. 2017, p. 527-565, p. 527.

¹⁴ FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA, EJÉRCITO DEL PUEBLO - FARC-EP. Gobierno De Colombia. *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, de 24 de noviembre de 2016; CÉSPEDES-BAÉZ, Lina M; PRIETO-RIOS, Enrique (ed.). *Utopía u oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2017; HUNEEUS, Alexandra; URUEÑA, René. *Introduction to symposium on the colombian peace talks and international law*. *American Journal of International Law Unbound*, v. 110, p. 161-164, 2016. p. 161.

¹⁵ UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (ed.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011. p. 109, 114.

esse fenômeno. O plano internacional é essencial para essa ancoragem horizontal, porque as decisões da Corte Interamericana produzem grande parte do conteúdo que impulsiona o discurso regional¹⁶. Os juízes nacionais podem estabelecer laços mais profundos quando discutem sobre um sistema regional comum, sobre casos que dizem respeito a todos. Esse processo dinâmico tem lugar em um entrelaçamento contínuo e, assim, sustenta a legitimidade da Corte Interamericana, cujo fundamento é formado por uma densa rede de raízes finas que crescem profundamente no tecido social de cada Estado da região.

A Corte IDH contribuiu, decisivamente, para o desenvolvimento de um constitucionalismo transformador com a formulação ousada da doutrina do controle de convencionalidade¹⁷. O termo direito comum é um conceito que expressa algo que está sendo configurado, já que o controle de convencionalidade impõe que a jurisprudência produzida pela Corte informe e até mesmo guie cada juiz da região.

Certamente, como ressalta a Declaração sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos produzida por Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai, em 11 de abril de 2019, a coisa julgada afeta somente as partes do litúgio. No entanto, também é fundamental considerar os demais efeitos produzidos por uma sentença internacional, universalmente reconhecidos. Qualquer corte internacional, inclusive a Corte Interamericana, para não ser arbitrária, deve, em princípio, aplicar a mesma interpretação a casos futuros semelhantes. Daí deriva a função orientadora de sua jurisprudência para cada corte nacional, sobretudo em sistemas cujas constituições atribuem ao direito internacional dos direitos humanos um papel importante no ordenamento interno¹⁸. Nesse marco, o controle de convencionalidade é certamente uma interpretação avançada dessa doutrina reconhecida em âmbito internacional, mas é perfeitamente compatível com a sua lógica¹⁹.

Em consequência, cada juiz nacional torna-se um juiz interamericano, o que amplia o alcance da Convenção Americana. Para compreender a dimensão social e política dessa doutrina, é necessário recordar a relevância de vários casos paradigmáticos, tais como de violações maciças de direitos humanos cometidas por atores que, muitas vezes, ainda estão vivos e permanecem poderosos.

¹⁶ Instituições relevantes parecem ser o Instituto Iberoamericano de Direito Constitucional; o programa *the rule of law* da Fundação Konrad Adenauer (v. seu Anuário de Direito Constitucional Latino-americano. Disponível em: <https://www.kas.de/web/rspla/publikation/einzeltitel/-/content/anuario-de-derecho-constitucional-latinoamericano>. Acesso em: 4 jun. 2019.), assim como o Yale Law School of Latin American Legal Studies.

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Almonacid arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas]. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 4 jun. 2019; v. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor; VALADES, Diego (coord.). *Formación y perspectivas del Estado en México*. México: UNAM, 2010. p. 151-188; HENRÍQUEZ, Miriam; ANTONIAZZI, Mariela Morales (ed.). *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Chile: DER Ediciones, 2017.

¹⁸ Reveladora a discussão sobre a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Corte Constitucional Federal Alemã, Urt. v. 14.10.2004, 2 BvR 1481/04 = BVerfGE 111, 307; Urt. v. 4.5.2011, 2 BvR 2365/09 = BVerfGE 128, 326 (364 ff.); BVerfGE 128, 326 (368); BVerfG, Urt. v. 12.6.2018, 2 BvR 1738/12 u.a., Rn. 129; Corte Constitucional Italiana, decisões n° 348 e 349/2007. O conceito é de MOSLER, H. *Schlußbericht über das Kolloquium*. In: MAIER, I. (ed.). *Europäischer Menschenrechtsschutz. Schranken und Wirkungen*. C.F. Müller, 1982. p. 355, 366.

¹⁹ Revela-se ilustrativa a resposta do Presidente da Corte Suprema de Justiça do Chile diante da declaração dos Presidentes. Em 24 de abril de 2019, Haroldo Brito sustentou que “na atualidade resulta impensável um controle jurisdicional que desatenda à aplicação dos tratados internacionais ou aos padrões desenvolvidos pelos órgãos de controle de tratados, pois se algo distingue a jurisprudência atual é estar mais propensa à integração do direito internacional dos direitos humanos nas decisões dos casos submetidos às cortes”. CORTE Suprema y polémica por CIDH: “La justicia está ligada a tratados internacionales”: esto, luego que Chile envió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) junto a otros países, una carta en que le solicitaron respetar el “margen de autonomía” de los países para asegurar el respeto a los derechos de sus ciudadanos. *El Dinamo*, 24 abr. 2019. <https://www.eldinamo.cl/nacional/2019/04/24/corte-suprema-y-polemica-por-cidh-la-justicia-esta-ligada-a-tratados-internacionales>. Acesso em: 4 jun. 2019.

Disponível em: <https://www.eldinamo.cl/nacional/2019/04/24/corte-suprema-y-polemica-por-cidh-la-justicia-esta-ligada-a-tratados-internacionales>. Acesso em: 4 jun. 2019. Em 26 de abril de 2019, a Corte Suprema de Justiça do Chile publicou a decisão de anular as condenações de oito pessoas mapuches, proferidas com base na Lei Antiterrorista. Adotou-se decisão em cumprimento à reparação ordenada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Norin Catrیمان e outros contra o Chile, julgado em 2014, em que se concluiu que essas condenações resultaram de processos que não cumpriram o devido processo e que foram discriminatórios. Comunicado via eletrônica.

Parece fácil descrever essa interpretação evolutiva da Corte Interamericana como um “ativismo judicial” que extrapola o seu mandato ou que pode ser qualificado como “ultra vires” e, portanto, em desacordo com a Convenção. No entanto, poucas instituições nacionais chegaram a essa conclusão²⁰. Em geral, essa interpretação evolutiva é aceita como válida e legítima. Por outro lado, a mesma Declaração sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos de Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai, de 11 de abril de 2019, embora crítica em vários pontos, reconhece o valor fundamental do sistema. Por quê? Porque essa interpretação evolutiva não foi o resultado de um processo unilateral, de cima para baixo, de um tribunal em busca de hegemonia. Trata-se, ao contrário, de um processo para o qual numerosos atores contribuíram.

Em primeiro lugar, a maioria das constituições atribui um papel-chave à Convenção Americana e às instituições interamericanas em seu ordenamento jurídico interno, ou seja, a Convenção e as suas instituições integram-se às bases constitucionais dos Estados Partes da Convenção. Doutrinariamente, define-se como o bloco de constitucionalidade o conjunto normativo formado pela constituição nacional e pela Convenção²¹. Portanto, em termos de teoria constitucional, esse desenvolvimento do mandato da Corte IDH pode ser explicado como um caso de mutação constitucional. A doutrina da mutação constitucional expressa a profundidade do impacto que mudanças morais e políticas podem produzir sobre o significado da lei, sem que ocorram mudanças formais no seu texto (Georg Jellinek, Bruce Ackerman)²². Isso ocorre sobretudo no que diz respeito às disposições estruturadas de uma forma aberta, de que os direitos humanos representam o exemplo clássico. A doutrina da interpretação evolutiva constitui a base metodológica para essa mutação²³.

Em segundo lugar, a jurisprudência da Corte IDH responde às expectativas e às interpretações fornecidas por numerosos atores²⁴. De fato, a interpretação evolutiva da Corte é enriquecida pelos distintos progressos *in situ* em toda a região, com organizações da sociedade civil desempenhando um papel-chave. Ao mesmo tempo, a possibilidade de litúgio estratégico perante a Corte facilita o fortalecimento de tais organizações da sociedade civil, que são essenciais não apenas para os direitos humanos, mas também para a democracia na região.

Em terceiro lugar, as instituições nacionais têm reconhecido esse impulso transformador do mandato exercido pela Corte IDH. Existem atores nacionais que confiam à Corte IDH a resolução de bloqueios institucionais no âmbito doméstico, por meio do desencadeamento de ações para enfrentar aparatos estatais e burocracias que bloqueiam a democracia e a implementação de direitos²⁵. Os tribunais nacionais têm aceitado e respaldado essa interpretação, entendendo seu valor para o cumprimento de seus respectivos mandatos

²⁰ Entre essas, a decisão da Corte Suprema da Argentina, no caso *Fonvecchia*, parece de particular importância. ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fonvecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, de 14 de febrero de 2017. Disponível em: <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-ministerio-relaciones-exteriores-culto-informe-sentencia-dictada-caso-fonvecchia-damico-vs-argentina-corte-interamericana-derechos-humanos-fa17000003-2017-02-14/123456789-300-0007-1ots-eupmocsollaf>. Acesso em: 4 jun. 2019. p. 6 e ss., esp. 12. O Governo da República Dominicana expressou sua rejeição a uma resolução da Corte Interamericana, datada de 12 de março de 2019, na qual reiterou sua competência para conhecer casos dominicanos referentes ao direito à nacionalidade. Argumenta-se que a resolução contraria a decisão do Tribunal Constitucional n° 256-14, de novembro de 2014, que declarou a inconstitucionalidade do Instrumento de Aceitação da Competência da Corte Interamericana, de 19 de fevereiro de 1999.

²¹ MERA, Manuel Eduardo Góngora. *Inter-american judicial constitutionalism: on the constitutional rank of human rights treaties in Latin America through national and inter-american adjudication*. San José: IIDH, 2011.

²² Para mais detalhes, PULIDO, Carlos Bernal. *Cambio constitucional informal: una introducción crítica* [prefacio]. In: ALBERT, Richard; PULIDO, Carlos Bernal (ed.). *Cambio constitucional informal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. p. 9.

²³ Essa doutrina característica da Corte Europeia de Direitos Humanos tem sido muito discutida. V., por exemplo, BERNHARDT, Rudolf. *Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*. In: BREITENMOSER, Stephan *et al.* (ed.). *Liber amicorum Luzius Wildhaber: human rights, democracy and the rule of law*. Nomos Publisher, 2007. p. 91; LETSAS, George. *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, 2007. cap. 3.

²⁴ SOLEY, Ximena. *The transformative dimension of inter-american jurisprudence*. In: BOGDANDY Von, Armin *et al.* (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford University Press, 2017. p. 352-355.

²⁵ VERA, Oscar Parra. *El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al “empoderamiento institucional”*. In: BOGDANDY Armin Von *et al.* (ed.). *Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Querétaro, 2017. p. 511.

constitucionais nacionais, fato que pode ser constatado pela utilização da jurisprudência interamericana em muitas decisões internas. Certos juízes nacionais até reconhecem a construção de um “direito comum” e explicitamente se referem a si mesmos como “juízes interamericanos”²⁶. Do mesmo modo, as instâncias políticas também têm respondido positivamente à atuação da Corte IDH. Basta considerar o caso do Uruguai, que, em 2018, nomeou para juiz da Corte Interamericana um magistrado de sua Corte Suprema que havia exigido a implementação da sentença Gelman, proferida pela própria da Corte contra o país²⁷. Sem dúvida, foi um sinal de apoio importante, considerando-se a crítica que a Corte Interamericana recebeu por essa decisão²⁸.

É claro que nem todos concordam que a Corte IDH assuma esse mandato poderoso e transformador; pelo contrário, sua atuação enfrenta inércia e resistência. Mas as forças que interpretam a Convenção reconhecendo à Corte tal papel têm argumentos suficientes para sustentar sua base jurídica e, não menos importante, contam com respaldo suficiente para avançar nesse caminho. O mandato transformador exercido pela Corte goza de forte legitimidade social.

3 A legitimidade do mandato transformador

As comemorações do 40º aniversário da entrada em vigor da Convenção Americana oferecem uma excelente oportunidade para estudar a legitimidade social do Sistema Interamericano quanto ao desenvolvimento de seu mandato transformador. A celebração dos aniversários das instituições internacionais em geral, e de suas cortes em particular, não são um gasto inútil de esforço, tempo ou dinheiro²⁹. Ao contrário, essas festividades servem ao bom funcionamento de tais instituições e ao cumprimento dos seus mandatos. Sustentam o que, sem dúvida, é seu recurso mais precioso: sua legitimidade social. Sem uma ampla aceitação social, nenhum tribunal pode cumprir sua missão.

Quanto à conferência organizada para comemorar o 40º aniversário da CADH, vale dizer que representa um brilhante exemplo de como as celebrações podem ser usadas para reforçar precisamente a legitimidade social. De fato, a celebração mostra um grande sucesso em termos jurídicos, políticos e sociais.

O sucesso, no aspecto jurídico, é fácil de verificar. Em primeiro lugar, a celebração propiciou numerosas contribuições científicas de alto nível, tanto pela academia como pelos operadores do direito³⁰. Tais contribuições avaliaram e reconheceram o trabalho do Sistema em geral e da Corte em particular, reforçando assim sua autoridade. Ao mesmo tempo, os palestrantes fizeram várias propostas sobre como avançar, conferindo respaldo aos diferentes caminhos que o Sistema pode seguir. Nesse sentido, a autoridade acadêmica dos palestrantes fortalece a legitimidade da Corte.

Essa celebração foi igualmente um sucesso político, como evidenciado pelo número e pelo perfil dos

²⁶ V. as contribuições de Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (México), Carmen María Escoto (Costa Rica) e Dina Ochoa Escribá (Guatemala) à conferência comemorativa do 40º aniversário da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

²⁷ V. comunicado à imprensa de 5 de junho de 2018: OEA. *Concluyó la 48ª Asamblea General de la OEA*. 5 jun. 2018. Disponível em: https://www.oas.org/es/centro_noticias/fotonoticia.asp?sCodigo=FNC-94314. Acesso em: 4 jun. 2019: “[...] y se eligió a Ricardo Pérez Manrique (Uruguay), como jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”

²⁸ GARGARELLA, Roberto. Sin lugar para la soberanía popular: democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. In: *Latin-American Seminar on Constitutional Theory and Policy 2013* [Yale University]. Disponível em: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf. Acesso em: 4 jun. 2019; TAIBI, Pietro Sferazza. ¿Amnistías democráticas? El Caso Gelman vs. Uruguay de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un caso práctico para una reflexión teórica. In: MEJÍAS, Sonia Alda; SANTANO, Silvia Ángel (ed.). *La seguridad, un concepto amplio y dinámico*: V Jornadas de estudios de seguridad. Madrid: IUGM-UNED, 2013. p. 93-124.

²⁹ VAUCHEZ, Antoine. Keeping the dream alive: the European Court of Justice and the transnational fabric of integrationist jurisprudence. *European Political Science Review*, v. 4, n. 2, 2012, p. 51-71.

³⁰ Vejam-se as contribuições no próximo volume de memórias do 40º Aniversário da Corte Interamericana.

participantes³¹. A mera presença de representantes de várias instituições públicas importantes constitui uma manifestação do respaldo político de que goza o Sistema Interamericano. É certo que a presença mais visível de mais Estados sujeitos à jurisdição da Corte IDH teria sido bem-vinda. Ainda assim, é um fato de alta conotação política que todas as instituições representadas no evento comemorativo tenham expressado o seu apoio ao trabalho do SIDH.

A Corte IDH, no marco da cerimônia, contou igualmente com manifestações positivas do Poder Executivo. Duas vezes foram particularmente significativas a esse respeito. O Presidente da Costa Rica interveio em duas ocasiões para expressar seu profundo compromisso com o Sistema Interamericano, apesar do conflito político interno em relação à autoridade da Corte IDH³². Tal apoio, proveniente do mais alto representante do país anfitrião, é revelador. Da mesma forma, o Secretário-Geral das Nações Unidas, provavelmente o mais alto representante do sistema internacional, esteve presente na celebração em homenagem à Corte e expressou seu apoio inequívoco ao Sistema Interamericano. Esse apoio não é evidente, dada a tensão subjacente entre os sistemas regionais e universal: afinal, a fragmentação do direito internacional continua sendo um problema³³.

Em relação ao Poder Judicial, a semana de festividade pôs em evidência que a Corte Interamericana é apoiada por uma rede de tribunais, tanto internacionais quanto nacionais. Os outros dois tribunais regionais de direitos humanos, o europeu e o africano, participaram do evento e estiveram representados por seus presidentes e por outros juízes. Para alguns dos magistrados africanos, essa participação implicou viagens verdadeiramente exaustivas; portanto, sua presença é um claro sinal de apoio. Houve até mesmo um acordo de cooperação assinado entre os três tribunais regionais de direitos humanos, o que demonstra a vontade de aprofundar a interação entre eles³⁴.

Os conflitos ou desacordos entre a Corte Interamericana e outros tribunais internacionais, devido a questões como a fragmentação, são de menor expressão se comparados com os que podem surgir com os tribunais nacionais. Basta considerar a ousadia da Corte Interamericana na enunciação da doutrina do controle de convencionalidade. Portanto, a presença de juízas e juízes de tribunais nacionais, especialmente daqueles com os quais há tensões, tem enorme significado³⁵. Mais importante ainda: todos expressaram seu apoio ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos em geral e à Corte Interamericana em particular. Se se leva em conta que desacordos profundos também foram manifestados, esse reconhecimento adquire valor adicional. Obviamente, a dimensão real do apoio dos poderes judiciais nacionais à Corte Interamericana

³¹ O programa da reunião pode ser consultado em: Corte IDH, Comunicados de Prensa, Más de 1500 personas asisten a la semana de eventos en conmemoración del 40 aniversario de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 jul. 2018, CorteIDH_CP-31/18. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunicado: Corte Interamericana de Derechos Humanos: Corte IDH CP31/18 Español. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_31_18.pdf. Acesso em: 6 jun. 2019.

³² MURILLO, Álvaro. Costa Rica y la Corte Interamericana cumplen, entre presiones, 40 años de una relación estrecha. *Semanario Universidad*, Costa Rica, 17 jul. 2018. Disponível em: <https://semanariouniversidad.com/pais/costa-rica-y-la-corte-interamericana-cumplen-entre-presiones-40-anos-de-una-relacion-estrecha>. Acesso em: 6 jun. 2019; WA-CHONG, Tatiana Gutiérrez. Fabricio Alvarado: Corte Interamericana no puede legislar en el país. *La República*, Costa Rica, 26 mar. 2018. Disponível em: <https://www.larepublica.net/noticia/fabricio-alvarado-corte-interamericana-no-puede-legislar-en-el-pais-para-eso-estan-los-diputados>. Acesso em: 6 jun. 2019; ROMERO, Fernanda. Fabricio Alvarado dispuesto a salirse de la Corte IDH para que no le “impongan” agenda LGTBI. *Elmundo.cr*, Costa Rica, 11 enero 2018. Disponível em: <https://www.elmundo.cr/fabricio-alvarado-dispuesto-salirse-la-corte-idh-no-le-impongan-agenda-lgtbi>. Acesso em: 6 jun. 2019.

³³ PAYANDEH, Mehrdad. Fragmentation within International Human Rights Law. In: ANDENAS, Mads; BJORGE, Eirik (ed.). *A farewell to fragmentation: reassertion and convergence of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 297-319.

³⁴ V. nota 31, p. 2, *supra*.

³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (BRASIL); Corte de Constitucionalidade da Guatemala; Corte Suprema de Justiça (Chile); Suprema Corte de Justiça da Nação (México); Corte Constitucional da Colômbia; Corte Suprema da Costa Rica. 40 Aniversario de la entrada em vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: agenda de 19 de julho de 2018, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/40aniversario/informacion/agenda_jueves.pdf. Acesso em: 6 jun. 2019.

não pode ser deduzida dessas poucas declarações. É certo, contudo, que a Corte não está sozinha.

Finalmente, o evento foi um sucesso social. O influxo inesperado de participantes tornou necessário transferir as celebrações para as maiores salas da Costa Rica. A semana das celebrações parece ter fortalecido o sistema social que determina o êxito da Convenção Americana. Vale destacar, portanto, a participação de uma série de organizações sociais e de vítimas individuais. Tornou-se evidente que o Sistema Interamericano não é composto, apenas, por instituições oficiais, mas por indivíduos e por grupos de indivíduos, que são uma parte ativa do Sistema. Tal como expressou Lucrecia Molina Theissen³⁶: sua participação ativa perante os órgãos do SIDH converteu-a em uma cidadã.

A abrangência e profundidade do Sistema Interamericano e o fato de ligar diferentes instituições nacionais à sociedade civil aumentam a legitimidade da Corte. Além disso, denotam a força oculta do Sistema, que consiste em muito mais que suas instituições — a Corte e a Comissão, com seus sete juízes, sete comissários, e seu pessoal. O Sistema Interamericano baseia-se hoje em uma robusta rede de milhares e milhares de pessoas cujo objetivo é transformar a América Latina à luz dos direitos humanos.

As comemorações indicaram quem pertence ao Sistema e qual é a sua identidade. Um sistema jurídico é frequentemente caracterizado por seus grandes casos, que são constantemente invocados por seus membros e que são parte de sua narrativa³⁷. A Corte, na publicação elaborada por ocasião da celebração intitulada “40 Anos Protegendo Direitos”, assinala quais são as decisões que, do seu ponto de vista, são transcendentais³⁸. A importância dessas decisões foi reiterada por quase todos os participantes. Outro elemento central de identidade é o propósito do Sistema Interamericano. Nesse sentido, houve um amplo consenso durante as comemorações: combater a violência e a exclusão social e fortalecer instituições frágeis. A crença de estar envolvido em um projeto dessa dimensão fortalece a identidade do grupo.

4 Um direito comum latino-americano como a encarnação do mandato

Uma parte essencial da legitimidade e da identidade do Sistema Interamericano é a convicção de múltiplos atores jurídicos de que ele contribui para o desenvolvimento de uma normativa regional de direitos humanos, voltada a abordar os problemas estruturais da região³⁹, normativa que abrange tanto o direito internacional quanto o nacional. Esse direito latino-americano não é um castelo no ar. Embora certamente ainda não represente um entendimento jurídico compartilhado por todos os atores relevantes, ele tem um impacto real na região. Após essa semana de celebrações, três características desse direito comum destacam-se visivelmente.

Uma primeira característica fundamental do direito comum latino-americano dos direitos humanos é a crença compartilhada de que ele realmente existe e abrange a Convenção Americana e os sistemas jurídicos nacionais. Talvez sua manifestação mais visível seja que vários juízes, tanto nacionais quanto internacionais, consideram-se juízes interamericanos, como mencionado acima.

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Molina Theissen vs. Guatemala*. Sentencia de 4 de mayo de 2004 [Fondo]. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_106_esp.pdf. Acesso em: 6 jun. 2019.

³⁷ YANG, Nele. *Die leitentscheidung: zur grundlegung eines begriffs und seiner erforschung im unionsrecht anhand des EuGH-Urteils Kadi*. Berlin: Springer, 2018. p. 6 e ss.

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *40 años protegiendo derechos*. San José: Corte IDH/GIZ, 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/40anos_esp.pdf. Acesso em: 6 jun. 2019. p. 42-55.

³⁹ Sobre o conceito, v. BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; SOLEY, Ximena. Ius constitutionale commune en América Latina: a regional approach to transformative constitutionalism. In: BOGDANDY Von, Armin et al. (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford University Press, 2017. p. 3 e ss.; BOGDANDY, Armin Von. Ius constitutionale commune en América Latina: observations on transformative constitutionalism. In: BOGDANDY, Armin Von et al. (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford University Press, 2017. p. 27.

Essa autocompreensão está presente nos juízes da Corte Interamericana, algo que não é óbvio em absoluto. Não são muitos os juízes internacionais que se consideram parte de um sistema que igualmente está composto por juízes nacionais. No entanto, essa autocompreensão é ainda mais significativa e transformadora para os juízes nacionais, considerando o rígido dualismo que durante muito tempo foi um elemento essencial do constitucionalismo latino-americano⁴⁰. Nesse pano de fundo, as declarações dos juízes nacionais durante as comemorações têm maior repercussão. Todos eles afirmaram e enfatizaram sua firme convicção de serem também juízes interamericanos, apesar das profundas divergências que eventualmente podem surgir. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, juiz da Suprema Corte de Justiça da Nação do México e seu atual Presidente, afirmou categoricamente que todo juiz mexicano é ao mesmo tempo um juiz interamericano. A presidente (em exercício) da Suprema Corte da Costa Rica, Carmenmaría Escoto, afirmou, sem reservas, que, apesar das divergências, sua corte contribui para a construção de um *ius commune* interamericano⁴¹.

Essa crença não se limita em absoluto aos juízes. Viviana Krsticevic, uma perseverante litigante na Corte IDH, disse: “Na minha experiência, pode-se falar de um direito comum quando as pessoas, as vítimas, o movimento de direitos humanos, os funcionários do Estado e até mesmo presidentes e ex-presidentes consideram-no uma construção jurídica dotada de autoridade. Acredito que os juristas e os profissionais do direito são apenas parte da coletividade/grupo pertinente”⁴².

Um segundo elemento desse direito regional comum é que ele se nutre das decisões dos diferentes tribunais do Sistema, e especialmente dos tribunais superiores (tribunais supremos, tribunais constitucionais e a Corte Interamericana). É significativo que os tribunais estatais cite a Corte Interamericana e que ela cite os tribunais nacionais. Uma característica fundamental do direito comum latino-americano é que as decisões judiciais nacionais devem, em princípio, reconhecer a autoridade da Corte Interamericana⁴³. Ao mesmo tempo, as decisões judiciais nacionais definem o horizonte no qual a Corte Interamericana atua, como demonstram suas numerosas referências às decisões nacionais.

Certamente persistem dúvidas e mesmo desacordos sobre o funcionamento desse direito comum. Uma vez mais, porém, nas apresentações e conferências proferidas durante as comemorações, a convergência em questões cruciais tornou-se manifesta. Chama atenção, ainda, o fato de que nenhuma pessoa, sobretudo nenhum representante da Corte Interamericana, defendeu a supremacia incondicional de todas as decisões da Corte Interamericana para todos os tribunais nacionais e em qualquer situação. Pelo contrário, o chamamento foi a favor de soluções diferenciadas. Por um lado, parecia improvável que todos os atores envolvidos compartilhassem uma única abordagem doutrinária. Por outro, parece haver, pelo menos entre os participantes, um amplo consenso de que as divergências não devem prejudicar o Sistema Interamericano.

Isso leva à terceira característica fundamental do direito comum latino-americano dos direitos humanos: a percepção de inúmeros atores de que o sistema comum permite-lhes cumprir melhor seus próprios mandatos. A maioria das constituições nacionais e a Convenção Americana atribuem aos juízes a tarefa de abor-

⁴⁰ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 14, n. 1, p. 15-60, jul. 2016.

⁴¹ A apresentação será publicada em breve no trabalho que contém as Memórias do 40º Aniversário.

⁴² Diretora Executiva do Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL), em um correio eletrônico ao autor.

⁴³ Veja-se acima a referência à postura da Corte Suprema de Justiça do Chile diante da Declaração dos cinco Presidentes (nota 19). Sentença da Corte Suprema de Justiça da Nação do México sobre matrimônio igualitário [AR 581/2012], citando a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Atala Riffo y niñas vs. CHILE*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente 581/2012. Disponível em: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=143969>. Acesso em: 6 jun. 2019. Essa decisão, depois de reiterada em cinco sentenças, converteu-se em jurisprudência. Outro exemplo paradigmático é a decisão ADR 1681/2016, que vincula a justiça com perspectiva de gênero a mulheres que sofrem violência e enfrentam acusações criminais por agredir seus algozes. Cita-se a Corte IDH no caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. MÉXICO*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente 6181/2016. Disponível em: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=206132>. Acesso em: 6 jun. 2019. Para uma visão geral sobre o diálogo coevolutivo, v. MERA, Manuel Góngora. *Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales*. In: BOGDANDY, Armin Von *et al.* (ed.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 312-337.

dar, no âmbito de seus poderes e procedimentos, a violência, a exclusão social e a fragilidade das instituições. Todos os oradores enfatizaram que, para promover a mudança social na região sob esse marco, a cooperação é essencial. O direito comum latino-americano dos direitos humanos serve para lidar conjuntamente com os grandes desafios da América Latina. Embora ninguém tenha proclamado que os tribunais podem superar tais desafios por conta própria, muitos pareciam convencidos de que têm um papel fundamental a desempenhar nessa superação.

Inúmeras dificuldades permanecem sem solução. Não obstante, pode-se afirmar a existência de um novo fenômeno jurídico, composto por elementos que têm sua origem em ordenamentos jurídicos diferentes e que estão conectados por um impulso comum. Esse direito é mais do que um tigre de papel ou o produto de uma imaginação hiperativa. Foi institucionalizado e operacionalizado por atores concretos com autoridade. Certamente, esse direito latino-americano dos direitos humanos não determina todas as relações de poder na região. Pelo contrário, muitas vezes colide com outras abordagens, valores e interesses. Nesse sentido, um argumento utilizado para atacá-lo centra-se na ideia de que o direito comum é produto de um “ativismo judicial desenfreado”⁴⁴. Mas é mesmo assim? Essa questão nos leva a explorar as salvaguardas para manter a validade e a legitimidade da execução do mandato da Corte IDH.

5 Questões de validade e legitimidade

O mandato para promover um constitucionalismo transformador na América Latina por meio de um direito comum dos direitos humanos é um mandato aberto, mas não indeterminado. Os juízes não podem simplesmente fazer o que acreditam melhor. São guiados e restringidos pela moldura dos casos, pela metodologia jurídica, pela colegialidade e pelos procedimentos, pelos precedentes e pela necessidade de construir e proteger a autoridade da Corte IDH.

A execução do mandato outorgado à Corte IDH é restringida pelos desafios que vêm da realidade social. Interpretar a Convenção à luz da realidade social na América Latina significa, acima de tudo, abordar a fragilidade das instituições, a exclusão social e a violência⁴⁵. Existe um amplo acordo na América Latina de que esses são os desafios que as nações que integram a região têm que enfrentar. Da mesma forma, está claro que o constitucionalismo transformador precisa ser promovido por medidas estruturais, que respondam a deficiências estruturais⁴⁶. O mandato da Corte IDH corresponde, por essa razão, a muito mais do que decidir se houve, no caso concreto, uma violação à Convenção Americana⁴⁷. Isso explica as ordens de reparações criativas e de largo alcance que se tornaram uma peça essencial do constitucionalismo transformador⁴⁸. É importante que a declaração sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos de Argentina, Brasil,

⁴⁴ Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, *supra* nota 20; VENEZUELA. Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça. *Sentença 1939/2008*, de 18 de dezembro de 2008 [Expediente nº 08-1572]. Disponível em: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.HTML>. Acesso em: 6 jun. 2019; MALARINO, Ezequiel. Judicial activism punitivism and supranationalisation: illiberal and antidemocratic tendencies of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, v. 12, n. 4, p. 665-695, jan. 2012.

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives. In: BOGDANDY, Armin Von *et al.* (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford University Press, 2017. p. 50-51.

⁴⁶ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the state from afar: structural reform litigation at the Human Rights Courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, 2015. p. 1 e ss.; ABRAMOVICH, Víctor. From massive violations to structural patterns: new approaches and classic tensions in the inter-american human rights system. *Sur: International Journal on Human Rights*, São Paulo, v. 6, n. 11, Dec. 2009. p. 7 e ss.

⁴⁷ SOLEY, Ximena. The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence. In: BOGDANDY, Armin Von *et al.* (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford University Press, 2017. p. 337 e ss.

⁴⁸ *Id.*, p. 346-348; ANTONIAZZI, Mariela Morales; SAAVEDRA, Pablo. Inter-Americanization: Its Legal Bases and Political Impact. In: BOGDANDY, Armin Von *et al.* (ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford University Press, 2017. p. 267-275.

Chile, Colômbia e Paraguai, de 11 de abril de 2019, não rejeite esse desenvolvimento por completo, mas apenas se limite a enfatizar que as reparações “guardem uma proporcionalidade adequada”, observem as “exigências próprias do Estado de Direito” e “as ordens constitucionais e legais dos Estados”.⁴⁹

Embora haja uma margem ampla, com grande discricionariedade por parte da Corte Interamericana, existem normas e salvaguardas contra um “ativismo judicial desenfreado”⁵⁰. Certas vezes recorrem aos “métodos” do raciocínio jurídico, de que são parte os “métodos de interpretação jurídica”. Qualquer decisão jurídica deve estar ligada à *lege artis*, à fonte fundamental da autoridade de uma corte, em nosso caso, à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No entanto, esses métodos não devem ser supervalorizados. A investigação especializada mostra que tais métodos, inclusive os métodos de interpretação, quase nunca determinam o resultado de uma decisão, especialmente de decisões de tribunais superiores, constitucionais ou internacionais. O propósito desses métodos é bem mais justificar a decisão e fornecer padrões para a sua crítica.

Mas os “métodos” representam, apenas, uma salvaguarda entre outras. O processo de seleção dos juízes interamericanos constitui outra salvaguarda. Cada juiz é selecionado e escolhido com uma certa ideia do que o mandato da Convenção representa. Depois de quarenta anos de funcionamento, seu impulso transformador é inquestionável para todo o mundo jurídico. A seleção e a nomeação de juízes no Sistema Interamericano são de especial importância, uma vez que existem, apenas, sete juízes ou comissários, eleitos por seis e quatro anos, respectivamente, com uma única possibilidade de reeleição. Isso implica que a Corte Interamericana, com apenas quatro nomeações, poderia mudar radicalmente sua perspectiva e converter-se em ponta de lança de aspirações autoritárias ou neoliberais. A Sala Constitucional da Suprema Corte venezuelana fornece um exemplo deprimente dessa possibilidade⁵¹.

Soma-se ao elenco de salvaguardas o Princípio da Colegialidade. Em um tribunal de direitos humanos, cada decisão baseia-se no julgamento de vários juízes. O Hércules de Dworkin oferece uma ideia errônea do que acontece em San José. As controvérsias entre juízes estão incorporadas aos sistemas e constituem uma característica central para enquadrar e restringir qualquer decisão.

Outras restrições à atuação da Corte IDH brotam do processo por meio do qual se aprecia uma causa, dos atores com suas petições e manifestações, do trâmite, do contexto específico do caso e das prováveis consequências decorrentes das diferentes decisões possíveis. A identidade do Sistema, criada pelo caminho que percorreu até agora, estabelecida na jurisprudência, assim como o legado das lutas alcançado, é outro fator limitante. Por último, e não menos transcendental, é a antecipação da recepção que uma decisão pro-

⁴⁹ Têm surgido na Academia e na sociedade civil, entre outros, reações alertando para os problemas que podem derivar da Declaração. Veja-se, a título enunciativo, Centro de Direitos Humanos da Universidade Diego Portales do Chile. SCHÖNSTEINER, Judith. Reacción a la carta de cinco gobiernos para limitar rol del Sistema Interamericano. *UDP*: Universidad Diego Portales, Jue. 25 abr. 2019. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/dummy-category-2/item/489-reaccion-a-la-carta-de-cinco-gobiernos-para-limitar-rol-del-sistema-interamericano>. Acesso em: 7 jun. 2019; posicionamento do Observatório do SIDH da Universidade Nacional Autónoma do México (UNAM) e da Universidade Iberoamericana do México subscrito por professores e investigadores de diversos países latino-americanos e europeus. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site//index/posicionamiento-cidh-ibero-osidh-final-4078.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2019; Human Rights Watch. MATHUS RUIZ, Rafael. Advierten que una declaración firmada por la Argentina debilita la defensa de los DD.HH.: La entidad Human Rights Watch transmitió su preocupación en una carta enviada al Gobierno. *La Nación*, [S.l.], 25 abr. 2019. Disponível em: <https://www.lanacion.com.ar/politica/advierten-que-una-declaracion-firmada-por-la-argentina-debilita-la-defensa-de-los-ddhh-nid2241332>. Acesso em: 7 jun. 2019; Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL) e mais de 200 organizações e pessoas. Disponível em: <https://www.cejil.org/es/embates-al-sistema-interamericano-derechos-humanos-vulneran-proteccion-regional-ddhh>. Acesso em: 7 jun. 2019; Fundação para o Devido Processo (DPLF). Disponível em: <https://dplfblog.com/2019/05/03/impericia-juridica-insolencia-historica-e-incoherencia-diplomatica-a-proposito-del-manotazo-de-cinco-paises-de-sudamerica-al-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>. Acesso em: 7 jun. 2019.

⁵⁰ Sobre o tema, v. SCHÖNBERGER, Christoph. *Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, v. 71, 2012. p. 296; BOGDANDY, Armin Von; VENZKE, Ingo. *In: WHOSE name?: a public law theory of international adjudication*. Oxford University Press, 2014. p. 156 e ss.

⁵¹ BREWER-CARÍAS, Allan R. *La consolidación de la tiranía judicial: el juez constitucional controlado por el Poder Ejecutivo asumiendo el Poder Absoluto*. Caracas: Fundación Editorial Jurídica Venezolana, 2017.

vavelmente terá, em particular por parte dos tribunais nacionais, dos atores políticos, da opinião pública, da sociedade civil e da academia. A autoridade dos tribunais, seu ativo fundamental, nunca está realmente consolidada. Baseia-se em uma interação contínua com uma ampla gama de partes interessadas. Isso é particularmente verdade para os tribunais internacionais. Por todas essas razões, os tribunais internacionais de direitos humanos são instituições bem mais limitadas⁵².

6 Avaliando as conquistas

Talvez o padrão mais comum de avaliação do sucesso dos tribunais internacionais seja o grau de cumprimento das sentenças. Sobretudo quando se trata de mudanças sociais, parece óbvio concentrar-se na questão de se os Estados cumprem uma decisão. É sabido que as estatísticas que refletem o chamado “cumprimento” não favorecem a Corte IDH⁵³.

Contudo, devemos olhar para além do cumprimento. O cumprimento não deve ser o critério decisivo para avaliar o funcionamento de um tribunal internacional, sobretudo de uma corte de direitos humanos que lida com problemas estruturais⁵⁴, especialmente quando o seu mandato é contribuir para um constitucionalismo transformador. A Corte Interamericana, ao exercer esse mandato, em geral ordena reparações que muitas vezes são difíceis de acatar integralmente, como a persecução de indivíduos que fazem parte de grupos sociais poderosos. Se a Corte aspirasse a um cumprimento total, teria que renunciar ao seu mandato, o que carece de sentido. No constitucionalismo transformador, o critério de cumprimento deve dar lugar a parâmetros de avaliação mais amplos, como o impacto da Corte IDH. Isso é válido para o processo (e não apenas para o resultado) de cumprimento e para os inúmeros atores nele envolvidos.⁵⁵

Se se coloca a ênfase no impacto, outros critérios emergem e delineiam-se⁵⁶. O mais surpreendente é o impacto a longo prazo. Há quarenta anos, os direitos humanos previstos na Convenção Americana eram cláusulas latentes, padrões que apenas alguns atores levavam a sério⁵⁷. Por meio do trabalho do Sistema Inte-

⁵² Sobre o problema das contrarreações em face dos tribunais de direitos humanos, v. SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. *Parting ways or lashing back?: withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights* [Research Paper n. 2018-01]. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIIL), 17 jan. 2018.

⁵³ Para uma análise rigorosa sobre o cumprimento, BASCH, Fernando *et al.* The effectiveness of the inter-american system of human rights protection: a quantitative approach to its functioning and compliance with its decisions. *Sur: International Journal on Human Rights*, São Paulo, v. 7, n. 12, jun. 2010. p. 9; GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián. La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de la Nación. *Sur: International Journal on Human Rights*, São Paulo, v. 8, n. 15, Dec. 2011. p. 117. Para uma visão mais matizada sobre o cumprimento, v. CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie Erin. Reevaluating regional human rights litigation in the twenty-first century: the case of the Inter-American Court. *American Journal of International Law*, v. 102, n. 4, Oct. 2008. p. 768 e ss. A respeito da Comissão, DULITZKY, Ariel. *Derechos humanos en Latinoamérica y el sistema interamericano: modelos para (des)armar*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017. p. 299-304. A respeito das decisões contra a Colômbia: ANZOLA, Sergio Iván; SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia; URUEÑA, René. Después del fallo: el cumplimiento de las decisiones de Derechos Humanos. Una propuesta de metodología. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015. (Colección Justicia Global, Documento n. 11). p. 447 e ss.

⁵⁴ CAVALLARO, Brewer. Reevaluating regional human rights litigation in the twenty-first century: the case of the Inter-American Court. *American Journal of International Law*, v. 102, n. 4, Oct. 2008. p. 768 e ss; SOLEY, Ximena. The transformative dimension of inter-american jurisprudence. *In: BOGDANDY, Armin Von et al. (ed.). Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford University Press, 2017. p. 347-458; HOWSE, Robert. L.; TEITEL, Ruti. Beyond compliance: rethinking why international law really matters. *Global Politics Matters*, v. 1, n. 2, May 2010. p. 127 e ss.

⁵⁵ A respeito das decisões contra a Colômbia, *supra* nota 53; ENGSTROM, Par. Reconceptualising the impact of the inter-american human rights system. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, abr./jun. 2017. p. 1250-1285.

⁵⁶ VERA, Oscar Parra. The impact of inter-american judgments by institutional empowerment. *In: BOGDANDY, Armin Von et al. (ed.). Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford University Press, 2017. p. 357.; V. também as contribuições em ENGSTROM, Par (ed.). *The inter-american human rights system: impact beyond compliance*. New York: Palgrave Macmillan, 2019.

⁵⁷ Veja-se a contribuição à conferência pelos 40 anos da Corte Interamericana, celebrada na Costa Rica em julho de 2018, por parte de Rafael Nieto Navia, antigo presidente da Corte IDH.

americano, da Corte, da Comissão e das instituições e indivíduos que compõem seu sistema social, ao longo dessas quatro décadas, os direitos humanos conquistaram efetividade em âmbitos relevantes. Atualmente, numerosos discursos e conflitos políticos na região são caracterizados e desenvolvidos com base em uma nova linguagem, a linguagem dos direitos humanos. Como juristas, sabemos que a forma, a linguagem e as palavras importam e que desempenham um papel preponderante.

À questão de se a América Latina é hoje um lugar melhor devido ao impacto da Convenção Americana pode-se responder que a situação segue sendo grave para muitas pessoas. Não obstante, parece seguro adotar a premissa de que muitas pessoas estariam ainda em pior situação sem o Sistema Interamericano e seu impacto sobre as constituições nacionais.

7 Crítica

Se algo faltou na semana da celebração dos quarenta anos da Corte IDH foi crítica séria. De certa forma, o silêncio a respeito é compreensível se se leva em conta a percepção difundida de que o Sistema Interamericano é frágil e está ameaçado por forças hostis. Dado que essas comemorações demonstraram a legitimidade de que goza o Sistema, há boas razões para procurar a força inovadora que decorre da crítica⁵⁸.

Ao longo dessas linhas, emergem vários temas para futuros seminários. Pode-se debater se, de fato, todo o corpus iuris latino-americano é uma conquista. Isso é pouco provável à luz da complexidade dos assuntos que chegam à Corte⁵⁹. Um sinal importante da parte da Corte ou a própria Comissão seria a iniciativa de promover uma reflexão sobre os pontos cegos do direito comum latino-americano, em especial no que respeita a decisões que são consideradas objetáveis. Um evento desse tipo poderia gerar uma crítica construtiva que fortaleceria o Sistema e seu mandato transformador.

Outra iniciativa poderia ocupar-se da tensão, ou mesmo do paradoxo, que se notou durante as comemorações. Muitos elogiaram a contribuição da Corte para a garantia dos direitos humanos. No entanto, ao mesmo tempo, lamentaram a terrível situação de tais direitos na região. Por um lado, parece que houve progressos e, por outro, que não houve mudanças substanciais. Como essas duas declarações relacionam-se? É suficiente afirmar que a situação segue sendo terrível porque os direitos humanos não são respeitados? Ou talvez existam causalidades mais complexas dentro de todo o panorama?⁶⁰ Em última análise, trata-se de refletir sobre a relação entre o mandato interamericano, em termos de constitucionalismo transformador, e o formalismo jurídico tradicional da América Latina. O estudo dessa questão poderia dar lugar a outra perspectiva crítica útil.

Finalmente, poderia valer a pena envolver no debate aqueles que não acreditam que o Sistema Interamericano seja tão maravilhoso. Há quem considere que a Corte deveria ser mais formalista, e que seu método atual de raciocínio enfraquece a racionalidade específica do direito. Há quem opine que os objetivos do Sis-

⁵⁸ SIMMEL, Georg. Der Streit. In: RAMMSTEDT, Otthein (ed.). *Soziologie: Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*. 9. ed. Berlin: Suhrkamp Verlag, 1992. p. 284 e ss; HIRSCHMANN, Albert O. Social conflicts as pillars of democratic market society. *Political Theory*, v. 22, n. 2, p. 203-218, May 1994. p. 212 e ss; FRANKENBERG, Günther. *Die Verfassung der Republik*. Berlin: Suhrkamp Verlag, 1997. p. 32 e ss., 133 e ss., 213 e ss.

⁵⁹ Por exemplo, pode-se questionar a solidez doutrinária da jurisprudência sobre *jus cogens*. Para uma visão geral dos casos em que o conceito de *jus cogens* foi abordado pela Corte Interamericana, v. CONTRERAS-GARDUÑO, Diana; ALVAREZ-RIO, Ignacio. A barren effort? the jurisprudence of the Inter-American Court of human rights on jus cogens. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, n. 14, p. 113-132, Dez. 2014; para uma visão crítica dessa jurisprudência, v. NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p. 101-123, 2008.

⁶⁰ A investigação estadunidense provavelmente encabeça essa investigação, v. KENNEDY, David. *The dark sides of virtue: reassessing international humanitarianism*. Princeton: Princeton University Press, 2004; MOYN, Samuel. *Not enough: human rights in an unequal world*. Cambridge: Harvard University Press, 2018. Sempre se deveria refletir sobre os antecedentes estadunidenses específicos dessa investigação.

tema Interamericano são mais bem alcançados por meio de outros mecanismos que poderiam ser frustrados por uma abordagem baseada nos direitos humanos. Há quem acredite que a agenda dos direitos humanos se coloca como um obstáculo no caminho de um projeto verdadeiramente importante: avançar em direção a sociedades mais justas, através de um sólido crescimento econômico. Há, por fim, quem creia que tal projeto transnacional, precisamente devido a esse caráter, é construído sobre a areia, uma vez que somente um poder estatal pode promover as transformações pretendidas.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, apesar de toda a profundidade e amplitude que adquiriu nos últimos quarenta anos, é apenas uma das diversas forças que competem para moldar o futuro das Américas. Para continuar seu caminho de sucesso, o constitucionalismo transformador deve construir coalizões mais amplas. Isso também deve ser entendido como parte do mandato do Sistema Interamericano, em sua vocação de conectar o direito constitucional ainda mais firmemente a um direito internacional que fortaleça seus princípios fundamentais.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor. From massive violations to structural patterns: new approaches and classic tensions in the inter-american human rights system. *Sur: International Journal on Human Rights*, São Paulo, v. 6, n. 11, Dec. 2009.

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 14, n. 1, p. 15-60, jul. 2016.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. Protección supranacional de la democracia en Suramérica: un estudio sobre el acervo del *ius constitutionale commune*. México: UNAM, 2014.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; SAAVEDRA, Pablo. Inter-Americanization: Its Legal Bases and Political Impact. In: BOGDANDY, Armin Von et al. (ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a new *ius commune**. Oxford University Press, 2017.

ANZOLA, Sergio Iván; SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia; URUEÑA, René. Después del fallo: el cumplimiento de las decisiones de Derechos Humanos. Una propuesta de metodología. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015. (Colección Justicia Global, Documento n. 11)

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 14 de febrero de 2017. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-ministerio-relaciones-exteriores-culto-informe-sentencia-dictada-caso-fontevicchia-damico-vs-argentina-corte-interamericana-derechos-humanos-fa-17000003-2017-02-14/123456789-300-0007-1ots-eupmocsollaf>. Acesso em: 4 jun. 2019.

BASCH, Fernando et al. The effectiveness of the inter-american system of human rights protection: a quantitative approach to its functioning and compliance with its decisions. *Sur: International Journal on Human Rights*, São Paulo, v. 7, n. 12, jun. 2010.

BERNHARDT, Rudolf. Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. In: BREITENMOSER, Stephan et al. (ed.). *Liber amicorum Luzius Wildhaber: human rights, democracy and the rule of law*. Nomos Publisher, 2007.

BOGDANDY, Armin Von. *Ius constitutionale commune en América Latina: observations on transformative constitutionalism*. In: BOGDANDY, Armin Von et al. (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new *ius commune**. Oxford University Press, 2017.

BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; SOLEY, Ximena. *Ius constitutionale commune en América Latina: a regional approach to transformative constitutionalism*. In: BOGDANDY Von, Armin et al. (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford University Press, 2017.

BOGDANDY, Armin Von; VENZKE, Ingo. In: *WHOSE name?: a public law theory of international adjudication*. Oxford University Press, 2014.

BONILLA, Daniel (ed.). *Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *La consolidación de la tiranía judicial: el juez constitucional controlado por el Poder Ejecutivo asumiendo el Poder Absoluto*. Caracas: Fundación Editorial Jurídica Venezolana, 2017.

CAVALLARO, Brewer. *Reevaluating regional human rights litigation in the twenty-first century: the case of the Inter-American Court*. *American Journal of International Law*, v. 102, n. 4, Oct. 2008.

CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie Erin. *Reevaluating regional human rights litigation in the twenty-first century: the case of the Inter-American Court*. *American Journal of International Law*, v. 102, n. 4, Oct. 2008.

CÉSPEDES-BAÉZ, Lina M; PRIETO-RIOS, Enrique (ed.). *Utopía u oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2017.

CHILE. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente 581/2012. Disponible em: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=143969>. Acceso em: 6 jun. 2019.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). *Social panorama of Latin America 2018*. Disponible em: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/44396>. Acceso em: 2 jun. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Informe anual 2018*. Disponible em: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/indice.asp>. Acceso em: 2 jun. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*. Disponible em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaD-DHH2017.pdf>. Acceso em 2 jun. 2019.

CONTRERAS-GARDUÑO, Diana; ALVAREZ-RIO, Ignacio. *A barren effort? the jurisprudence of the Inter-American Court of human rights on jus cogens*. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, n. 14, p. 113-132, Dez. 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DA COLÔMBIA [Segunda Sala de Revisão]. *Sentencia n° T-760, de 31 de julio de 2008*. Disponible em: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/04/T-760-08-Colombia-20083.pdf>. Acceso em: 3 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunicado: Corte Interamericana de Derechos Humanos: Corte IDH CP31/18 Español*. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_31_18.pdf. Acceso em: 6 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *40 años protegiendo derechos*. San José: Corte IDH/GIZ, 2018. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/40anos_esp.pdf. Acceso em: 6 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas]*. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acceso em: 4 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 [Fondo, Reparaciones y costas]. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Acesso em: 3 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf. Acesso em: 3 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Barrios Altos vs. Perú. Interpretación de la sentencia de fondo de 3 de septiembre de 2001. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_83_esp.pdf. Acesso em: 3 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 [Fondo, Reparaciones y costas]. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. Acesso em: 3 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Molina Theissen vs. Guatemala. Sentencia de 4 de mayo de 2004 [Fondo]. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_106_esp.pdf. Acesso em: 6 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012 [Fondo y Reparaciones]. Disponible em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Acesso em: 3 jun. 2019.

CORTE Suprema y polémica por CIDH: “La justicia está ligada a tratados internacionales”: esto, luego que Chile envió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) junto a otros países, una carta en que le solicitaron respetar el “margen de autonomía” de los países para asegurar el respeto a los derechos de sus ciudadanos. *El Dínamo*, 24 abr. 2019. <https://www.eldinamo.cl/nacional/2019/04/24/corte-suprema-y-polemica-por-cidh-la-justicia-esta-ligada-a-tratados-internacionales>. Acesso em: 4 jun. 2019.

DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad: un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos? In: RIVERA, Julio César (ed.). *Tratado de los derechos constitucionales*. Argentina: Abeledo Perrot, 2014.

DULITZKY, Ariel. *Derechos humanos en Latinoamérica y el sistema interamericano: modelos para (des) armar*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

ENGSTROM, Par (ed.). *The inter-american human rights system: impact beyond compliance*. New York: Palgrave Macmillan, 2019.

ENGSTROM, Par. Reconceptualising the impact of the inter-american human rights system. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, abr./jun. 2017.

FARER, Tom J. The rise of the inter-american human rights regime: no longer a unicorn, not yet an ox. *Human Rights Quarterly*, v. 19, n. 3, Aug. 1997, p. 510-546.

FRANKENBERG, Günther. *Die Verfassung der Republik*. Berlin: Suhrkamp Verlag, 1997.

FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA, EJÉRCITO DEL PUEBLO - FARC-EP. Gobierno De Colombia. Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, de 24 de noviembre de 2016.

GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo dialógico em democracias defeituosas*. Dissertação no Seminário García Pelayo, Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, Madri, 27 fev. 2019.

GARGARELLA, Roberto. Sin lugar para la soberanía popular: democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. In: *Latin-American Seminar on Constitutional Theory and Policy 2013* [Yale University]. Disponible em: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.

pdf. Acesso em: 4 jun. 2019.

GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián. La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de la Nación. *Sur: International Journal on Human Rights*, São Paulo, v. 8, n. 15, dec. 2011.

HÄBERLE, Peter. Mexiko: Konturen eines Gemeinamerikanischen Verfassungsrechts: ein jus commune americanum. *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, v. 52, 2004.

HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. México: Universidad Autónoma de México, 2003.

HAILBRONNER, Michaela. Transformative constitutionalism: not only in the global south. *American Journal of Comparative Law*, v. 65, n. 3, nov. 2017, p. 527-565.

HENRÍQUEZ, Miriam; ANTONIAZZI, Mariela Morales (ed.). El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de *Almonacid Arellano vs. Chile*. Chile: DER Ediciones, 2017.

HIRSCHMANN, Albert O. Social conflicts as pillars of democratic market society. *Political Theory*, v. 22, n. 2, p. 203-218, May 1994.

HOWSE, Robert. L.; TEITEL, Ruti. Beyond compliance: rethinking why international law really matters. *Global Policy Matters*, v. 1, n. 2, May 2010.

HUNEEUS, Alexandra. Courts resisting courts: lessons from the Inter-American Court's struggle to enforce human rights. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, 2011.

HUNEEUS, Alexandra. Reforming the state from afar: structural reform litigation at the Human Rights Courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, 2015.

HUNEEUS, Alexandra; URUEÑA, René. Introduction to symposium on the colombian peace talks and international law. *American Journal of International Law Unbound*, v. 110, p. 161-164, 2016.

KENNEDY, David. *The dark sides of virtue: reassessing international humanitarianism*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, 146-188, jan. 1998.

LETSAS, George. *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, 2007.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor; VALADES, Diego (coord.). *Formación y perspectivas del Estado en México*. México: UNAM, 2010. p. 151-188.

MALARINO, Ezequiel. Judicial activism punitivism and supranationalisation: illiberal and antidemocratic tendencies of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, v. 12, n. 4, p. 665-695, jan. 2012.

MATHUS RUIZ, Rafael. Advierten que una declaración firmada por la Argentina debilita la defensa de los DD.HH.: La entidad Human Rights Watch transmitió su preocupación en una carta enviada al Gobierno. *La Nación*, [S.l.], 25 abr. 2019. Disponível em: <https://www.lanacion.com.ar/politica/advierten-que-una-declaracion-firmada-por-la-argentina-debilita-la-defensa-de-los-ddhh-nid2241332>. Acesso em: 7 jun. 2019.

MERA, Manuel Eduardo Góngora. Inter-american judicial constitutionalism: on the constitutional rank of human rights treaties in Latin America through national and inter-american adjudication. San José: IIDH, 2011.

- MERA, Manuel Góngora. Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales. In: BOGDANDY, Armin Von et al. (ed.). *Derechos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.
- MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente 6181/2016. Disponível em: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=206132>. Acesso em: 6 jun. 2019.
- MOSLER, H. Schlußbericht über das Kolloquium. In: MAIER, I. (ed.). *Europäischer Menschenrechtsschutz. Schranken und Wirkungen*. C.F. Müller, 1982.
- MOYNS, Samuel. *Not enough: human rights in an unequal world*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.
- MURILLO, Álvaro. Costa Rica y la Corte Interamericana cumplen, entre presiones, 40 años de una relación estrecha. *Semanario Universidad*, Costa Rica, 17 jul. 2018. Disponível em: <https://semanariouniversidad.com/pais/costa-rica-y-la-corte-interamericana-cumplen-entre-presiones-40-anos-de-una-relacion-estrecha>. Acesso em: 6 jun. 2019.
- NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p. 101-123, 2008.
- OEA. Concluyó la 48ª Asamblea General de la OEA. 5 jun. 2018. Disponível em: https://www.oas.org/es/centro_noticias/fotonoticia.asp?sCodigo=FNC-94314. Acesso em: 4 jun. 2019.
- PAYANDEH, Mehrdad. Fragmentation within International Human Rights Law. In: ANDENAS, Mads; BJORGE, Eirik (ed.). *A farewell to fragmentation: reassertion and convergence of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 297-319.
- PIEDRAHITA, Carlos Restrepo. *Tres ideas constitucionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1978.
- PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives*. In: BOGDANDY, Armin Von et al. (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford University Press, 2017.
- PULIDO, Carlos Bernal. Cambio constitucional informal: una introducción crítica [prefacio]. In: ALBERT, Richard; PULIDO, Carlos Bernal (ed.). *Cambio constitucional informal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- RAGONE, Sabrina. The inter-american system of human rights: essential features. In: BOGDANDY, Armin Von et al. (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford University Press, 2017.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015.
- ROMERO, Fernanda. Fabricio Alvarado dispuesto a salirse de la Corte IDH para que no le “impongan” agenda LGTBI. *Elmundo.cr*, Costa Rica, 11 enero 2018. Disponível em: <https://www.elmundo.cr/fabricio-alvarado-dispuesto-salirse-la-corte-idh-no-le-impongan-agenda-lgtbi>. Acesso em: 6 jun. 2019.
- SCHÖNBERGER, Christoph. Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, v. 71, 2012.
- SCHÖNSTEINER, Judith. Reacción a la carta de cinco gobiernos para limitar rol del Sistema Interamericano. *UDP: Universidad Diego Portales*, Jue. 25 abr. 2019. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/dummy-category-2/item/489-reaccion-a-la-carta-de-cinco-gobiernos-para-limitar-rol-del-sistema-interamericano>. Acesso em: 7 jun. 2019.

SIMMEL, Georg. *Der Streit*. In: RAMMSTEDT, Otthein (ed.). *Soziologie: Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*. 9. ed. Berlin: Suhrkamp Verlag, 1992.

SOLEY, Ximena. The transformative dimension of inter-american jurisprudence. In: BOGDANDY Von, Armin et al. (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford University Press, 2017.

SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back?: withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights [Research Paper n. 2018-01]. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), 17 jan. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (BRASIL); Corte de Constitucionalidade da Guatemala; Corte Suprema de Justiça (Chile); Suprema Corte de Justiça da Nação (México); Corte Constitucional da Colômbia; Corte Suprema da Costa Rica. 40 Aniversario de la entrada em vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: agenda de 19 de julho de 2018, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/40aniversario/informacion/agenda_jueves.pdf. Acesso em: 6 jun. 2019.

TAIBI, Pietro Sferrazza. ¿Amnistías democráticas? El Caso Gelman vs. Uruguay de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un caso práctico para una reflexión teórica. In: MEJÍAS, Sonia Alda; SANTANO, Silvia Ángel (ed.). *La seguridad, un concepto amplio y dinámico: V Jornadas de estudios de seguridad*. Madrid: IUGM-UNED, 2013.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (ed.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011.

VAUCHEZ, Antoine. Keeping the dream alive: the European Court of Justice and the transnational fabric of integrationist jurisprudence. *European Political Science Review*, v. 4, n. 2, 2012.

VENEZUELA. Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça. Sentença 1939/2008, de 18 de dezembro de 2008 [Expediente n° 08-1572]. Disponível em: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.HTML>. Acesso em: 6 jun. 2019.

VERA, Oscar Parra. El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al “empoderamiento institucional”. In: BOGDANDY Armin Von et al. (ed.). *Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Querétaro, 2017. p. 511.

VERA, Oscar Parra. The impact of inter-american judgments by institutional empowerment. In: BOGDANDY, Armin Von et al. (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford University Press, 2017.

WA-CHONG, Tatiana Gutiérrez. Fabricio Alvarado: Corte Interamericana no puede legislar en el país. *La República*, Costa Rica, 26 mar. 2018. Disponível em: <https://www.larepublica.net/noticia/fabricio-alvarado-corte-interamericana-no-puede-legislar-en-el-pais-para-eso-est-an-los-diputados>. Acesso em: 6 jun. 2019.

YANG, Nele. *Die leitentscheidung: zur grundlegung eines begriffs und seiner erforschung im unionsrecht anhand des EuGH-Urteils Kadi*. Berlin: Springer, 2018.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer?

Constitutionalism, transformation and democratic resilience in Brazil: does *Ius Constitutionale Commune* in Latin America have a contribution to offer?

Patrícia Perrone Campos Mello

Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer?*

Constitutionalism, transformation and democratic resilience in Brazil: does *Ius Constitutionale Commune* in Latin America have a contribution to offer?

Patrícia Perrone Campos Mello**

Resumo

O artigo parte das concepções de constitucionalismo transformador e do *Ius Constitutionale Commune na América Latina* (ICCAL), com o propósito de responder a duas questões: 1 – Existe um constitucionalismo transformador em desenvolvimento no Brasil, à semelhança do que se constatou a respeito de outros países latino-americanos? 2 – O constitucionalismo transformador e o ICCAL têm uma contribuição a oferecer à experiência constitucional brasileira? Em resposta a tais perguntas, o trabalho expõe o caráter parcialmente transformador do constitucionalismo no Brasil. Demonstra que falta a ele um diálogo com a Corte IDH e com as demais cortes dos países latino-americanos. Explica a concepção do constitucionalismo em rede e as funções que desempenha. Defende que a adesão ao ICCAL e a uma “defesa em rede” do direito constitucional representam estratégias importantes não apenas para o avanço em temas de direitos fundamentais, democracia e Estado de Direito, mas igualmente para a resiliência contra retrocessos nessas mesmas questões.

Palavras-chave: Constitucionalismo transformador. *Ius Constitutionale Commune*. Constitucionalismo em rede. Direitos humanos. Estado de direito. Retrocesso democrático.

Abstract

The article presents the doctrine of transformative constitutionalism and of *Ius Constitutionale Commune* in Latin America (ICCAL), in order to answer two questions. First: Is there a transformative constitutionalism in development in Brazil? Secondly: Do Transformative Constitutionalism and ICCAL have a contribution to offer to the Brazilian constitutionalism? The paper argues that the Brazilian constitutionalism has a partial transformative character but lacks a serious dialogue with the Inter-American Court of Human Rights and with other Latin American courts. It explains the conception and value of a network constitutionalism. Finally, it demonstrates that joining

* Autor convidado.

O presente artigo é produto dos projetos de pesquisa: “Constitutional Courts in Times of Democratic Crisis: the Brazilian Case”, desenvolvido no Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemanha, 2019); e “Cortes Constitucionais e Democracia”, desenvolvido junto ao Programa de Doutorado e Mestrado da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (Brasília, Brasil, 2018-2019). Versões simplificadas dele foram objeto de conferências perante o Congresso Internacional ICON-S, da International Society of Public Law, e perante o Seminário Internacional Desafios Democráticos y Derechos Humanos em Contextos de Diversidad Cultural, da Universidad Autónoma de Chile, ambos, ambos realizados no Chile, em julho de 2019. Agradeço ao Prof. Juan Jorge Faundes Peñafiel pela extraordinária interação acadêmica e pelos comentários a versões anteriores deste trabalho. Agradeço, ainda, a Clara Lacerda Accioly pelo apoio inestimável na pesquisa e na revisão deste artigo.

** Professora do Programa de Mestrado e Doutorado e da Graduação do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Doutora e mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Assessora no Supremo Tribunal Federal. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

ICCAL and a “network defense” of Constitutional Law is an important strategy not only for advancing the implementation of fundamental rights, democracy and the rule of law, but also for improving resilience against setbacks in these issues.

Keywords: Transformative constitutionalism. *Ius Constitutionale Commune*. Network constitutionalism. Human rights. Rule of law. Democratic setback.

1 Introdução

A partir de meados da década de oitenta, com a transição democrática, grande parte dos países da América Latina elabora novas constituições¹, por meio das quais busca instaurar uma nova ordem política e social². Essas Constituições têm alguns traços em comum. São constituições-programa: trazem um amplo rol de direitos políticos, individuais, sociais e econômicos e buscam, por meio de seu texto, dirigir a atuação dos seus governantes³. Procuram constitucionalizar as respostas aos grandes medos das comunidades que regulam⁴: o autoritarismo, a desigualdade e a exclusão⁵. Atribuem uma cidadania especial aos povos indígenas e a outras minorias étnicas, garantindo-lhes o direito à preservação de sua cultura, à propriedade coletiva das terras que ocupam e à representação política, direitos cuja concretização precisa superar resistências culturais e estruturas oligárquicas de poder. Como se nota, trata-se de diplomas com um forte caráter aspiracional, que, justamente por isso, implicam algum risco de inefetividade. É que a concretização de tantas promessas depende de aspectos institucionais que suplantam a mera dimensão jurídica⁶.

Coerentemente com esse quadro, as constituições latino-americanas buscam reforçar e empoderar o Judiciário como instituição voltada à concretização das suas normas. Nesse contexto, ampliam a jurisdição constitucional, criam tribunais eleitorais, lançam mão de instrumentos como o recurso de amparo, o *habeas corpus*, o *habeas data* e múltiplas ações constitucionais, em um esforço de empoderamento das cortes que retrata um empenho não apenas em concretizar direitos, mas igualmente em consolidar a democracia e instaurar o estado de direito nos respectivos países⁷.

Por outro lado, a despeito do esforço para implementar mudanças, tais constituições, de modo geral, mantêm desenhos institucionais que contemplam Poderes Executivos fortes e concentradores de poder, que sempre foram uma tradição na região — fenômeno designado “hiperpresidencialismo”⁸. Trata-se de

¹ O México (1917), a Costa Rica (1949), o Uruguai (1967), o Panamá (1972) e o Chile (1980) são exceções: mantêm suas constituições originais, ainda que profundamente emendadas.

² BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015; COUFFIGNAL, Georges. *La nueva América Latina: Laboratorio político do Occidente*. Santiago: LOM Ed., 2015. p. 33.

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *A Constituição dirigente e a vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

⁴ A ideia de que as constituições são instrumentos utilizados para fazer face às maiores ameaças enfrentadas por uma comunidade está em: GARGARELLA, Roberto. *La revisión judicial en democracias defectuosas: dossiê temático sobre Constitucionalismo Latinoamericano*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2019. Está, igualmente, em: SUNSTEIN, C. *The Anticaste Principle*. *Michigan Law Review*, v. 92, n. 8, 1994. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=12206&context=journal_articles. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁵ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015. Vale observar, contudo, que, se, por um lado, tais constituições buscaram ser inclusivas, tanto em termos de direitos políticos, quanto em termos de direitos individuais e sociais, por outro lado, falharam no enfrentamento do hiperpresidencialismo, traço comum aos países da região, que é responsável por uma forte concentração de poder no chefe do Executivo e que facilita retrocessos autoritários. O tema será abordado mais adiante.

⁶ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015, p. 26; GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism – 1810-2010: the engine room of the Constitution*. New York e Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 148-195.

⁷ COUFFIGNAL, Georges. *La nueva América Latina: Laboratorio político do Occidente*. Santiago: LOM Ed., 2015. p. 44-46.

⁸ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015, p. 32; COUFFIGNAL, Georges. *La nueva*

presidentes eleitos pelo voto popular, que concentram competências muito substanciais e grande capacidade de determinação do destino do país. Originalmente, grande parte das constituições consagrava princípios de não reeleição dos chefes do Executivo, como forma de assegurar maior alternância democrática. Entretanto, com o passar do tempo, seus textos foram emendados, de forma a permiti-la, favorecendo o alongamento de tais autoridades no poder e, portanto, reforçando a sua concentração⁹.

Em síntese, portanto, as novas constituições latino-americanas contemplam escolhas contraditórias: de um lado, buscam avançar em matéria de direitos e expressam aspirações de transformações sociais profundas. Por outro lado, mantêm antigas estruturas concentradas de poder, aptas a bloquear tais transformações. Nessa medida, uma parte de tais constituições pode resistir à implementação da outra¹⁰. Por isso, a efetivação das promessas constitucionais na região é particularmente desafiadora e deu ensejo ao desenvolvimento de múltiplas teorias e concepções sobre como avançar nesse tema.

O presente artigo tem o objetivo de examinar uma dessas concepções, designada: constitucionalismo transformador, e sua abordagem regional, o *Ius Constitutionale Commune na América Latina* (ICCAL), tanto em relação a seu aspecto descritivo quanto a seu aspecto prescritivo. Pretende-se examinar duas questões. Na perspectiva descritiva, pretende-se verificar se há um constitucionalismo transformador em desenvolvimento no Brasil. Na perspectiva prescritiva, pretende-se avaliar se o constitucionalismo transformador e o ICCAL têm uma contribuição relevante a oferecer para a experiência brasileira.

O artigo observará o seguinte roteiro. Na seção 1, apresentarei uma síntese das ideias do constitucionalismo transformador, do ICCAL e dos seus elementos essenciais. Na seção 2, explicitarei suas implicações e a relevância das suas ideias à luz da concepção mais ampla do constitucionalismo em rede. Na seção 3, examinarei o constitucionalismo brasileiro, tal como praticado atualmente, a fim de aferir se pode ser enquadrado descritivamente como um constitucionalismo transformador, na perspectiva apresentada. Na seção 4, demonstrarei que, do ponto de vista prescritivo, o constitucionalismo transformador constitui uma estratégia importante de avanço, em matéria de direitos humanos, democracia e estado de direito, bem como um elemento de resiliência e proteção contra retrocessos.

2 Constitucionalismo transformador e *Ius Constitutionale Commune* na América Latina

O constitucionalismo transformador¹¹ é um projeto que tem por objetivo o cumprimento das promessas centrais das constituições, especialmente em relação à garantia de direitos humanos, à implementação da democracia e do estado de direito¹². É transformador na medida em que promove a concretização dessas

América Latina: Laboratório político do Ocidente. Santiago: LOM Ed., 2015. p. 50-55; GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism – 1810-2010: the engine room of the Constitution*. New York e Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 148-195.

⁹ Nessa linha: a Constituição argentina de 1994 (aleadamente motivada pelo interesse na possibilidade de reeleição), e as emendas às constituições do Brasil e da Colômbia, em 2003 e 2004 respectivamente. As constituições da Venezuela, de 1999, do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009, previram a reeleição. Finalmente, em 2007, Chávez, na Venezuela, suprime qualquer limite à reeleição. COUFFIGNAL, Georges. *La nueva América Latina: Laboratório político do Ocidente*. Santiago: LOM Ed., 2015. p. 33.

¹⁰ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism – 1810-2010: the engine room of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013. p. 148-195.

¹¹ Para a origem da expressão constitucionalismo transformador. KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, jan. 1998. p. 150. Para verificar a apropriação do termo pelo constitucionalismo colombiano, v. CEPEDA, Manuel José. ¿Cómo se hizo la Asamblea Constituyente? In: CEPEDA, Manuel José. *Introducción a la Constitución de 1991*. Bogotá: Presidencia de la República, 1993. p. 173-186; CEPEDA, Manuel José. La defensa judicial de la Constitución. La gran fortaleza colombiana. In: BOGDANDY, A. V.; PIOVESAN, F.; MORALES ANTONIAZZI, M. (coord.). *Derechos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 581-628

¹² BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

promessas em regiões em que elas ainda não estão consolidadas. A transformação que busca se realiza por meio da atribuição de força normativa às normas constitucionais. O *Ius Constitutionale Commune na América Latina* (ICCAL) é uma abordagem regional do constitucionalismo transformador, referenciada à experiência transformadora dessa região¹³.

Constitucionalismo transformador e ICCAL partem da compreensão de que os países que integram a América Latina têm uma história e uma cultura compartilhadas, e problemas semelhantes que permitem a construção de um projeto comum quanto ao desenvolvimento do direito constitucional¹⁴. Esses países são antigas colônias portuguesa e espanholas. Como já mencionado, a grande maioria viveu sob governos autoritários por muitos anos, experimentou ou experimenta grande concentração de poderes no Executivo (hiperpresidencialismo) e não ajustou suas estruturas de poder às necessidades de transformação social¹⁵.

No plano social, trata-se de países marcados por graves problemas de desigualdade e exclusão. Apresentam altíssimos níveis de concentração de renda¹⁶. A maior parte da sua população vive em condições precárias, com baixo acesso a serviços públicos essenciais¹⁷ e exposta a altos índices de violência¹⁸. Como é intuitivo, a desigualdade e a exclusão social em tais proporções são produto e ao mesmo tempo expressam violações sistêmicas a direitos humanos. Essas violações comprometem a própria consolidação da democracia e do estado de direito. Pessoas sujeitas a condições tão adversas não estão em condições de igualdade para participar ou deliberar no espaço público¹⁹.

A região em geral sofre, ainda, com uma baixa institucionalidade²⁰, produto de uma diferenciação frágil entre o funcionamento e os objetivos das instituições, e os interesses pessoais dos membros que as ocupam²¹. Há, de modo geral, uma dificuldade de separação entre o cargo público e seu ocupante, e consideráveis níveis de corrupção²². A apropriação das instituições e de estruturas estatais por oligarquias reforça e

¹³ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

¹⁴ O autor não afirma que tais países são homogêneos do ponto de vista social, econômico ou político. Reconhece que cada qual tem suas particularidades e desafios. Sem embargo, têm um *background* semelhante, cujo enfrentamento, acredita, pode se servir muito positivamente do desenvolvimento de um discurso comum.

¹⁵ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism – 1810-2010: the engine room of the Constitution*. New York e Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 148-195.

¹⁶ World Inequality Database. *Top 1% national income share*. Disponível em: https://wid.world/world/#sptinc_p99p100_z/US;FR;DE;CN;ZA;GB;WO/last/eu/k/p/yearly/s/false/5.487/30/curve/false/country. Acesso em: 15 jul. 2019.

¹⁷ WORLD HEALTH ORGANIZATION; INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. *Tracking universal health coverage: 2017 global monitoring report*. World Health Organization and International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank; 2017. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/640121513095868125/pdf/122029-WP-REVISED-PUBLIC.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2019.

¹⁸ Em 2018, a OMS disponibilizou dados sobre a taxa de homicídios a cada 100.000 habitantes, referentes ao ano de 2016. Confira-se: Honduras: 55.5; Venezuela: 49.2; El Salvador: 46.0; Colômbia: 43.1; Brasil: 31.3; Guatemala: 25.8; Panamá: 20.5; Guiana: 18.8; Bolívia: 14.1; Peru: 11.6. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *World health statistics 2018: monitoring health for the SDGs, Sustainable Development Goals*. Geneva: World Health Organization, 2018. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272596/9789241565585-eng.pdf?ua=1>. Acesso em: 16 jul. 2019.

¹⁹ MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Protección supranacional de la democracia en Suramérica: un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*. México: Unam, 2015.

²⁰ Instituições são compostas por práticas consolidadas que se aplicam independentemente de quem ocupa o cargo ou do destinatário das decisões. Trata-se de elemento central para a consolidação do estado de direito. BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015. p. 32-34

²¹ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. Porto Alegre: Globo, 2012; HOLANDA, Sérgio Buarque de. *O Homem Cordial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

²² O Índice de Percepção da Corrupção 2018, publicado pela Transparência Internacional, mensura os níveis de percepção de corrupção no setor público em 180 países e territórios, em uma pontuação que vai de zero (altamente corrupto) a 100 (altamente íntegro). Confira-se os índices de alguns países da América Latina e sua posição no ranking: Chile: 67 (27ª posição); Argentina: 40 (85ª posição); Guiana: 37 (93ª posição); Colômbia: 36 (99ª posição); Brasil: 35 (105ª posição); Peru: 35 (105ª posição); El Salvador: 35 (105ª posição); Equador: 34 (114ª posição); República Dominicana: 30 (129ª posição); Bolívia: 29 (132ª posição); Venezuela: 18 (168ª posição). TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepção da corrupção 2018*. Berlim, 2018. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

alimenta o ciclo de exclusão²³.

O constitucionalismo transformador aposta em uma transformação gradual desse panorama, por meio de um conjunto de ideias que combina: (i) supraestatalidade, (ii) pluralismo dialógico entre ordens nacionais e internacionais e (iii) atuação judicial. É esse conjunto de ideias que permite a construção do *Ius Constitutionale Commune na América Latina* (ICCAL), um corpo de direito comum latino-americano que expressa uma construção regional de standards em matéria de direitos humanos, democracia e estado de direito. Tais standards são desenvolvidos a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e demais pactos, das constituições nacionais e dos entendimentos manifestados pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e pelas cortes nacionais sobre a matéria.

2.1 Supraestatalidade

No que se refere ao aspecto *supraestatal*, desenvolveu-se, na América Latina, um sistema regional de proteção aos direitos humanos, composto pela Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH ou “Pacto de San José da Costa Rica”), por seu protocolo adicional (“Protocolo de San Salvador”) e por uma série de acordos celebrados em âmbito regional. Esse sistema abrange, no plano internacional, atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

A Comissão IDH recebe petições acerca de violações a direitos humanos. Pode deferir medidas cautelares, produz informes e recomendações sobre violações e tem competência para acionar a Corte IDH. A Corte IDH, a seu turno, dispõe de jurisdição contenciosa e consultiva sobre violações a direitos humanos, julga tais violações, determina medidas e aplica sanções aos Estados, tanto por provocação da Comissão quanto dos próprios Estados contratantes²⁴.

Em harmonia com tal sistema, nota-se que os países que integram a América Latina, de modo geral, reconhecem um status especial aos tratados internacionais de direitos humanos, caracterizando-os como normas com status supraconstitucional, constitucional ou supralegal. Essa característica expressa a concepção de uma “estatalidade aberta” nos países da região, por meio da qual as constituições e os ordenamentos jurídicos dos países que a integram mantêm uma “janela” de diálogo com o direito internacional dos direitos humanos²⁵.

Assim, nos países em que se conferiu a tais tratados *status supraconstitucional*, o direito internacional dos direitos humanos constitui paradigma de validade e/ou critério hermenêutico preferencial, inclusive para a interpretação das normas constitucionais²⁶. Naqueles em que se conferiu *status constitucional* às normas inter-

²³ COUFFIGNAL, Georges. *La nueva América Latina: Laboratorio político do Occidente*. Santiago: LOM Ed., 2015. p. 29-31.

²⁴ CADH, art. 62, 3: “A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.”; art. 64, 1: “Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires”.

²⁵ MORALES ANTONIAZZI, Mariela. O estado aberto: objetivo do Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina: Marco conceptual*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 53-74; PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogos entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 115-147.

²⁶ BOLÍVIA. Constituição (2008). Disponível em: http://www.mindef.gob.bo/mindef/sites/default/files/nueva_cpe_abi.pdf. Acesso em: 20 jul. 2019. Vale assinalar, contudo, que o caráter supraconstitucional é reconhecido aos tratados de direitos humanos quando forem mais protetivos do que as normas constitucionais. Há, portanto, uma espécie de supraconstitucionalidade condicionada.

nacionais de direitos humanos, tais direitos integram a noção de “bloco de constitucionalidade”²⁷. Ainda que não constem expressamente do texto constitucional, entende-se que o integram, por meio das mencionadas cláusulas de abertura. Por essa razão, constituem, juntamente com as normas constitucionais, paradigmas de validade das normas e demais atos do Poder Público.

Por fim, há países em que tais tratados são dotados de um *status supralegal*²⁸, porém infraconstitucional, compondo um bloco de supralegalidade, que pode produzir efeitos paralisantes sobre normas infraconstitucionais incompatíveis com o direito internacional dos direitos humanos. Em todos esses casos, em razão de tais cláusulas de abertura, passa a ser relevante para as cortes nacionais conhecer o significado e o alcance conferido aos direitos pelos demais órgãos que aplicam tais tratados²⁹.

2.2 Pluralismo dialógico

No plano internacional, a Comissão IDH e a Corte IDH se manifestam sobre o alcance das normas da CADH e demais pactos. No âmbito nacional, cada corte constitucional ou suprema corte está autorizada a aplicar a CADH e tais pactos, que integram o direito interno de cada país. Em sua atuação, cada corte deve considerar o que disse a outra. É nessa medida que se fala em um *pluralismo dialógico*. Em sua perspectiva vertical, o pluralismo dialógico pressupõe, portanto, que as cortes domésticas tenham em conta as decisões da Corte IDH como um elemento relevante a ser considerado em suas decisões. Pressupõe, por outro lado, que a Corte IDH incorpore, interaja e considere as perspectivas das cortes domésticas em seu processo decisório, como elemento essencial à própria legitimidade dos seus julgados. O diálogo implica, obviamente, reciprocidade na troca e abertura de ambas as partes a diferentes perspectivas e argumentos³⁰.

Em sua perspectiva horizontal, o diálogo deve se estabelecer igualmente entre as cortes nacionais dos distintos países da região, de forma que troquem informações e pontos de vista sobre os temas que são chamadas a julgar. Essas cortes aplicam os mesmos dispositivos da CADH e demais pactos, e partilham de uma posição semelhante perante a Comissão e a Corte IDH. Enfrentam, portanto, desafios análogos, tanto em relação à concretização dos direitos humanos nas ordens internas quanto à interação com o SIDH, de modo que tal intercâmbio pode ser muito enriquecedor para o processo decisório de cada qual.

Por outro lado, a Corte IDH tem, igualmente em conta, em seu processo decisório, entendimentos e julgados de outras cortes externas ao Sistema Interamericano, que julgam temas comuns, como é o caso da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). As cortes domésticas, a seu turno, interagem com as sociedades que regulam. Há, portanto, na concretização dos direitos humanos, tal como descrita, um diálogo que ocorre em diversas instâncias e esferas e que, justamente por isso, é capaz incorporar perspectivas, experiências e pontos de vista distintos ao ICCAL.

²⁷ ARGENTINA. Constituição (1994). Disponível em: <https://www.congreso.gob.ar/constitucionSeccion1Cap4.php>. Acesso em: 19 jul. 2019.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso, j. 03 de dezembro de 2008.

²⁹ Há, ainda, a possibilidade de se reconhecer aos tratados em matéria de direitos humanos status de lei ordinária, como, por muitos anos, foi o caso do Brasil (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131, Relator: Ministro Moreira Alves, j. 23 de novembro de 1995). Nessa hipótese, o diálogo entre direito nacional e internacional também é importante, mas o reconhecimento do status de lei ordinária aos tratados permite, na prática, que suas disposições sejam afastadas por lei ordinária posterior, o que reduz o potencial de intercâmbio entre ordem nacional e internacional na construção de standards comuns. Não é por acaso que o Brasil passou a experimentar uma maior interação com o direito internacional dos direitos humanos quando passou a reconhecer aos tratados status supralegal. A questão é aprofundada adiante.

³⁰ O diálogo entre a Corte IDH e as cortes domésticas é objeto de múltiplos debates. Há uma discussão importante sobre até que ponto se deve reconhecer preponderância as decisões da Corte IDH, dado o seu déficit de legitimidade democrática, decorrente de um baixíssimo contato com a sociedade ou com as realidades sobre as quais julga. Há, ainda, algum questionamento sobre a efetiva existência de um diálogo, dada a postura contundente e eventualmente impositiva adotada pela Corte em algumas matérias. Por outro lado, é criticável o comportamento de desconsiderar as decisões da Corte IDH, sem um engajamento argumentativo mínimo quanto aos fundamentos que justificam a adoção desta postura. Ver, sobre o tema, nota 35, *infra*.

O ICCAL constitui, portanto, uma proposta plural de *superação do horizonte puramente estatal* a respeito da proteção de direitos humanos e da implementação da democracia e do estado de direito. Nessa medida, é uma estratégia para contornar as idiossincrasias internas inerentes aos países da região — como a baixa institucionalidade, a concentração de poderes e o caráter excludente de parcelas da população. Pela mesma razão, o ICCAL pode constituir um instrumento de resiliência democrática em situações internas de ameaça de retrocesso, oferecendo standards mínimos de proteção em momentos de paixões autoritárias.

2.3 Atuação judicial

Por fim, o ICCAL *reconhece ao Poder Judiciário um papel central* para a implementação de um constitucionalismo transformador. Não dispensa a participação popular, que é elemento essencial para a legitimação de mudanças sociais consistentes, mas, diante do quadro descrito acima (de baixa institucionalidade, concentração de poderes e exclusão), identifica, no Poder Judiciário, um agente-chave até mesmo para criar as pré-condições para que tal participação possa ocorrer. Nessa medida, atribui ao SIDH o desafio de construir (dialogicamente) standards de cumprimento de direitos humanos e entrega ao Poder Judiciário de cada Estado a missão de implementar tais standards.

Nesse sentido, as decisões da Corte IDH produzem um duplo efeito. Produzem, em primeiro lugar, efeitos subjetivos, de *res judicata*, para as partes do caso, com eficácia direta e imediata (arts. 62.1, 67, 68.1, 68.2, 65, in fine e 69)³¹. Produzem, ainda, um efeito objetivo, de *res interpretata*, que constitui standard interpretativo mínimo da Convenção Americana, componente do *corpus iuris* interamericano,³² com dever de observância *prima facie* pelos demais Estados (arts. 1.1., 2 e 62.1 do Pacto de San José)³³.

Proferido um precedente pela Corte IDH, espera-se que cada país o tenha em consideração quando da apreciação dos casos que lhes são submetidos, de forma a aplicar a norma convencional com o significado que lhe é atribuído pela Corte IDH³⁴. Caso contrário, o país deve se desincumbir de um ônus argumentativo especialmente forte na apresentação de razões relevantes para não o fazer. No espaço doméstico (observa-

³¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa havia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata). *In*: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 46-50.

³² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa havia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata). *In*: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 50-59.

³³ A atribuição de efeitos vinculantes e *erga omnes* à razão de decidir da Corte IDH é polêmica. Em alguma medida, tais efeitos parecem decorrer logicamente do sistema. Sempre que uma corte — à qual um Estado se submeteu — decide uma determinada questão jurídica, presume-se que seu entendimento será aplicado a todos os demais Estados sujeitos à sua jurisdição que se encontrem em situação semelhante. Disso decorre, logicamente, o dever de tais Estados de, ao menos, levarem em consideração o precedente da Corte IDH ao decidir sobre suas ações. Implica, igualmente, o dever das cortes nacionais de ter em conta o precedente, ao decidir sobre o significado de um direito previsto na CADH. Entretanto, a questão é polêmica até porque certas decisões da Corte IDH impõem a superação de resistências culturais e históricas. A polêmica é ilustrada pela declaração apresentada pelos governos da Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai, em 11 de abril de 2019, ao Secretário Executivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por meio da qual tais países expressaram a sua rejeição aos efeitos vinculantes e *erga omnes* da razão de decidir da Corte IDH, nos seguintes termos: “[Os países] Destacam a importância de uma aplicação estrita das fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do reconhecimento da margem de apreciação dos Estados no cumprimento das obrigações que a Convenção estabelece. Recordam, ademais, que os entendimentos e sentenças dos órgãos do sistema interamericano só produzem efeitos para as partes do litígio” (livre tradução). Esse debate — de extrema relevância — extrapola o objeto deste trabalho. Para os fins deste trabalho, parte-se, apenas, da premissa de que, se um país se submeteu à jurisdição da Corte IDH, seus órgãos e instituições devem, ao menos, considerar os entendimentos da Corte para decidir e conferir-lhe um peso diferenciado. Mesmo que não lhe reconheçam um conteúdo vinculante, devem ter em conta com seriedade o que disse a Corte e explicar as razões que o levam a não a seguir. V. sobre o debate: SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e direito internacional: diálogos e tensões. *In*: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 93-139; e GARGARELLA, Roberto. The “new” latin american constitutionalism: old wine in new skins. *In*: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2017. p. 211-234.

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid-Arellano y otros vs. Chile*. 26 de setembro de 2006.

das as regras sobre o exercício da jurisdição), cabe aos juízes e às cortes exercer, de forma difusa, o controle de convencionalidade e, portanto, aferir a compatibilidade das normas e decisões inferiores com os tratados de direitos humanos e com os precedentes da Corte IDH³⁵. Esse controle pode e deve ser exercício de ofício, à semelhança do que ocorre com o controle difuso da constitucionalidade das normas³⁶, e enseja inaplicabilidade ou nulidade do ato inconveniente ou a sua interpretação conforme, se isso bastar para torná-lo compatível com a convenção³⁷.

Também, por meio do Poder Judiciário, se acessam, referenciam e debatem as decisões proferidas por outras cortes constitucionais e supremas cortes latino-americanas, de modo que o Poder Judiciário é um agente fundamental do pluralismo dialógico, tal como descrito acima, embora, obviamente, não seja o único. Evidentemente, trata-se de um diálogo que deve estar aberto aos mais diversos atores da sociedade e agentes públicos.

3 Constitucionalismo em rede

3.1 Conceito

O constitucionalismo transformador e o ICCAL correspondem, portanto, a um direito desenvolvido por meio da interação entre múltiplos atores e ordens jurídicas. No âmbito interamericano, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos interagem com as cortes domésticas, dialogam a respeito do alcance dos direitos humanos, exercem o controle de convencionalidade, fixam standards de proteção. As cortes domésticas também interagem entre si, por meio de um intercâmbio de informações, experiências e decisões. A Comissão e a Corte IDH eventualmente recorrem, ainda, a precedentes de outras cortes externas ao Sistema Interamericano, que tratam de temas comuns.

Cada uma dessas cortes interage, ainda, com uma infinidade de outros agentes, como membros dos Poderes Executivo e Legislativo, opinião pública, imprensa, organizações não governamentais, movimentos sociais, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia Pública e da academia. Todos esses agentes aportam distintas visões de mundo ao processo dialógico por meio do qual se desenvolve o direito.

Tais interações têm por base a Convenção Americana de Direitos Humanos e demais pactos que lhe são conexos e as múltiplas constituições dos Estados partes do Sistema Interamericano, mas não se limitam a tais instrumentos. A título ilustrativo, vigora, em direito internacional, o Princípio *Pro Homine*, segundo o qual, em matéria de direitos humanos, deve prevalecer a norma mais protetiva³⁸. Em razão disso, a Comissão e a Corte IDH, na prática, interpretam o direito para além de fontes interamericanas e podem eventualmen-

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. 24 de novembro de 2006.

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cabrera García y Motiel Flores v. Mexico*. 26 de novembro de 2010.

³⁷ SAGUÉS, Néstor Pedro. *El "Control de Convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un Ius Commune Interamericano*. Disponível em: www.juridicas.unam.mx. Acesso em: 20 jul. 2019; GARCIA RAMÍREZ, Sérgio. La Corte Interamericana de derechos humanos: Origen, vocación y cumplimiento. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 385-396.

³⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. v. 1; RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Líliliana Lyra (org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

te recorrer a fontes universais do direito internacional. Ademais, quando citam precedentes da CEDH, da Suprema Corte norte-americana ou do Tribunal Federal Alemão, em alguma medida, acessam, igualmente, outras ordens jurídicas.

A produção do direito por meio da interação entre múltiplos atores e ordens jurídicas constitui o que se designa *constitucionalismo em rede*. A concepção de um constitucionalismo em rede pressupõe, em primeiro lugar, a percepção de que os diversos atores ou pontos da rede enfrentam problemas semelhantes. Por isso, a observação sobre as respostas dadas a tais problemas por cada qual constitui um elemento importante a ser levado em consideração, a título de informação, para resolver os próprios problemas. Nenhum ator está obrigado a decidir de forma idêntica. Entretanto, todos devem engajar-se, com seriedade, em conhecer os pontos de vista dos demais integrantes da rede. Com o tempo, essa interlocução permite a construção de entendimentos comuns e convergentes a respeito de uma mesma matéria. Os entendimentos comuns funcionam como um mecanismo indutor da concretização dos direitos³⁹.

O constitucionalismo em rede pode ser definido, portanto, como o processo pelo qual múltiplos atores, que se sujeitam a ordens jurídicas distintas, mas enfrentam problemas jurídicos semelhantes, “se engajam em um exercício contínuo de mútua observação, intercâmbio e diálogo, por meio do qual logram construir compreensões comuns acerca do alcance de determinados direitos”⁴⁰.

3.2 Funções

O desenvolvimento do direito por meio de tal dinâmica cumpre funções relevantes para o avanço na proteção dos direitos humanos, da democracia e do estado de direito, bem como para a resiliência das ordens nacionais contra retrocessos. São funções desempenhadas pelo constitucionalismo em rede: (i) a função informacional; (ii) a função dialógica; (iii) a função de definição de standards; (iv) a função motivacional; (v) a função de monitoramento; e (vi) a função de cooperação recíproca⁴¹.

A respeito da *função informacional*, a concepção de um constitucionalismo em rede orienta cada um dos atores que integra a rede, quando diante de casos inéditos ou difíceis, a investigar se outros atores da mesma rede enfrentaram discussões semelhantes. Trata-se de postura que favorece o apoio técnico mútuo. A cada novo caso, pode-se verificar como a mesma questão foi solucionada em outras jurisdições e as soluções que produziram resultados positivos. Nessa medida, cada corte funciona como um laboratório que experimenta decisões que podem ser adotadas ou aprimoradas por outras cortes.

Quanto à *função dialógica*, de modo geral, a postura das cortes diante do direito internacional e do direito

³⁹ Para concepções análogas, v. SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton: Princeton U. Press, 2005; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009; BUSTOS, Rafael. *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*. Bilbao: Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 2005; BUSTOS, Rafael. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México: Porrúa, 2012, p. 33; WALKER, Neil. The idea of Constitutional Pluralism. *EUI Working Paper*, Florença, 2002; MONTALVÁN, Digno José. *El concepto de pluralismo constitucional y sus distintas interpretaciones*. 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/23572945/El_concepto_de_pluralismo_constitucional_y_sus_distintas_interpretaciones. Acesso em: 28 maio 2019; VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

⁴⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos; PEÑAFIEL, Juan Jorge Faundes. *Constitucionalismo em Rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra*. 2019. [No prelo]. Em sentido análogo: SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton: Princeton U. Press, 2005; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁴¹ Elenco de funções originalmente proposto em: MELLO, Patrícia Perrone Campos; PEÑAFIEL, Juan Jorge Faundes. *Constitucionalismo em Rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra*. 2019. [No prelo]. Para abordagens parciais de tais funções, v., ainda: SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton: Princeton U. Press, 2005; BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009; NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as Cortes Supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014.

comparado, pode ser de resistência, de convergência ou de engajamento argumentativo⁴². A postura de *resistência* é marcada pela recusa de uma corte em considerar julgados de outras ordens em seus processos decisórios, em razão de preocupações que envolvem a legitimidade democrática do direito, o papel identitário da constituição e a possibilidade de uso seletivo de precedentes estrangeiros. A postura de *convergência* se expressa pela ampla aceitação do direito internacional e do direito estrangeiro como elementos para fundamentar as decisões.

Por fim, o modelo de *engajamento argumentativo* implica reconhecer ao direito internacional e ao direito comparado valor informacional e peso argumentativo. Segundo esse modelo, não há obrigação de convergir com a *ratio decidendi* das soluções produzidas por cortes internacionais ou por cortes constitucionais de Estados da mesma região. Todavia, quando as cortes trabalham “em rede” e reconhecem valor ao que os demais atores da rede produzem, é importante ter em conta seus argumentos e pontos de vista nos seus múltiplos processos decisórios. Além disso, quando um país opta por se submeter a uma corte internacional, a *ratio decidendi* de suas decisões deve, naturalmente, adquirir um peso diferenciado e esse peso precisa se refletir em ônus argumentativos mais robustos para deixar de observar seus precedentes⁴³.

Esse último modelo, de engajamento argumentativo, concilia o reconhecimento de uma dimensão universal dos direitos humanos, com uma dimensão particular, inerente a cada povo, acerca dos mesmos direitos. Com base nele, as cortes têm o dever de enfrentar, argumentativamente, o alcance dado a determinados direitos por outras ordens, quer para acolhê-los na mesma medida, quer para conferir-lhes tratamento distinto. O modelo de engajamento argumentativo é, assim, aquele que melhor se ajusta à concepção do *constitucionalismo em rede* e parece trazer *insights* importantes, tanto em relação à interação entre Corte IDH, cortes domésticas, à interação entre as próprias cortes constitucionais e supremas cortes latino-americanas quanto a temas comuns que são chamadas a julgar (sem prejuízo de se reconhecer um peso diferenciado à *ratio decidendi* das decisões da Corte IDH).

A troca de informações e o diálogo entre as cortes constituem, ainda, precondições para o desempenho pelo constitucionalismo em rede de uma *função definidora de standards*. Com o tempo, o intercâmbio e o diálogo entre cortes permitem a sua convergência a respeito de padrões mínimos de proteção e a identificação das melhores práticas em determinadas matérias. Ainda que não haja perfeita concordância entre todos os membros da rede, determinados entendimentos acerca do alcance e das implicações de certos direitos se consolidam na jurisprudência da maioria dos países. Essa consolidação passa a expressar o entendimento dominante sobre o tema e, por isso, se afirma como um critério objetivo para a concretização dos direitos humanos.

A definição de standards claros e comuns conduz à *função motivacional*. A consolidação do alcance de determinados direitos constitui um elemento indutor da concretização desses direitos, com base nos mesmos *standards*, em ordens mais frágeis, que integram a rede e que não desejam ser percebidas como atrasadas ou menos protetivas. Há, nessa perspectiva, um elemento de incentivo reputacional para que se avance na tutela de direitos, à luz de tais standards mínimos. O mesmo mecanismo pode funcionar, ainda, como *elemento de resiliência* contra retrocessos. Uma vez consolidado determinado standard de proteção no âmbito da rede, eventuais recuos tornam-se mais evidentes e produzem má reputação. A clareza com que se pode evidenciar o retrocesso e a perspectiva da má reputação pode constituir um elemento inibidor de sua ocorrência, favorecendo a proteção de direitos humanos.

Na mesma linha, a concepção de um constitucionalismo em rede enseja, ainda, a *criação de mecanismos de*

⁴² JACKSON, Vicki C. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-128, 2005; JACKSON, Vicki C. Constitutions as “Living Trees”? comparative constitutional law and interpretive metaphors. *Fordham Law Review*, n. 75, p. 921-960, 2006.

⁴³ Cabe frisar que se alude aqui à possibilidade de um país não aplicar a *ratio decidendi* de um precedente da Corte IDH em que não foi parte, uma vez que existem perspectivas democráticas e culturais que podem justificar, em casos excepcionais, essa postura, no contexto de um pluralismo dialógico (v. nota 35 *supra*). Não se está aludindo, no ponto, ao descumprimento de decisões proferidas pela Corte IDH em casos em que o país foi parte, tema que não é objeto deste trabalho.

monitoramento recíproco, possibilitando uma vigilância permanente acerca de como cada ordem doméstica está implementando seus direitos, por parte das demais ordens e dos demais agentes da rede. O distanciamento das cortes internacionais e das demais cortes constitucionais ou supremas cortes que interagem entre si permite que tais atores externos enxerguem e revelem “pontos cegos”, que as cortes nacionais, até mesmo em virtude de condicionamentos culturais, eventualmente, não foram capazes de enxergar acerca do seu próprio ordenamento e das suas práticas. Como esclarece Marcelo Neves: “*todo observador tem um limite de visão no ‘ponto cego’, aquele que o observador não pode ver em virtude de sua posição ou perspectiva de observação*”. No entanto, e aí está o valor epistêmico do *constitucionalismo em rede*, “*o ponto cego de um observador pode ser visto pelo outro*”⁴⁴.

Por fim, a interação contínua entre os diversos agentes da rede cumpre uma *função de mútua cooperação e apoio*. Como demonstrado no início deste trabalho, os diversos países que integram a América Latina têm desafios semelhantes. Desigualdade, exclusão, violência, baixa institucionalidade, concentração de poderes e corrupção são alguns dos problemas a serem superados como forma de criar condições de possibilidade para a consolidação da democracia. Há, ainda, países que enfrentam não apenas obstáculos à consolidação da democracia, mas riscos de retrocessos substanciais.

O constitucionalismo em rede pode representar uma estratégia não apenas de avanço em tema de direitos, mas também de resiliência democrática. Nessa medida, cabe às ordens mais estáveis e consolidadas do sistema denunciar retrocessos, divulgar ameaças e exercer pressão, de forma a apoiar os países em situação de fragilidade. A combinação de forças entre os países mais resilientes pode ser um instrumento importante para conferir visibilidade a medidas antidemocráticas, para promover o seu questionamento e para criar obstáculos a violações de direitos⁴⁵.

O *constitucionalismo em rede* opera, portanto, como um *soft power* em matéria de proteção aos direitos humanos, à democracia e ao estado de direito. Abre caminho para o intercâmbio, para o diálogo e para o aprendizado recíproco entre distintas ordens. Dá ensejo ao estabelecimento de standards mínimos de proteção e à definição das melhores práticas. Cria incentivos reputacionais e mecanismos de monitoramento e de cooperação recíproca entre os agentes da rede. Nessa medida, favorece a progressiva adoção de níveis mais altos de concretização de direitos humanos e estabelece mecanismos de resiliência contra retrocessos em ordens sob ameaça. Nesse contexto: “*cada corte, cada decisão, cada ordenamento constitui um elemento integrante da rede; a fragilidade transitória de um de tais elementos é contida, estabilizada e compensada pelos demais*”⁴⁶.

⁴⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 297-298.

⁴⁵ Foi o que ocorreu no âmbito da Comunidade Europeia, em relação aos retrocessos democráticos experimentados por Hungria, Romênia e Polônia. Diante das evidências de autoritarismo e de desestabilização democrática, diversos órgãos da Comunidade foram acionados e os Estados que constituíam democracias mais consolidadas passaram a atuar de forma a pressionar pela preservação da democracia. É certo que os mecanismos supranacionais podem ser insuficientes para impedir retrocessos, sobretudo diante de lideranças autoritárias amplamente apoiadas pela própria sociedade em seu objetivo de comprometer a democracia. Entretanto, a mobilização da rede foi importante em tais casos, ao menos, para dar visibilidade, para reduzir a velocidade do avanço autoritário e/ou para minimizá-lo. Além disso, mesmo que não se conheça uma fórmula para o enfrentamento dos retrocessos democráticos em tais circunstâncias, o recurso à dimensão supranacional e internacional, e o constitucionalismo em rede são, sem dúvida, perspectivas relevantes para reflexão e para a construção de mecanismos de resiliência. V., sobre o tema: SCHEPELLE, Kim. Constitutional Coups and Judicial Review: how transitional institutions can strengthen peak courts at times of crisis (with special reference to Hungary). *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 23, p. 51-117, 2014; PERJU, V. The Romanian double executive and the 2012 constitutional crisis. *I-CON*, v. 13, n. 1, 2015. p. 246-278; MULLER, Jan-Werner. Should the EU protect democracy and the rule of law inside member states? *European Law Journal*, v. 21, n. 2, p. 141-160, mar. 2015; KOBYLINSKY, K. The Polish Constitutional Court from an attitudinal perspective before and after the constitutional crisis of 2015-2016. *Wroclaw Review of Law, Administration and Economics*, v. 6, n. 2, p. 94-105, 2018.

⁴⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos; PEÑAFIEL, Juan Jorge Faundes. *Constitucionalismo em Rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra*. 2019. [No prelo].

4 Há um constitucionalismo transformador no Brasil

Explicitados acima o significado atribuído à expressão constitucionalismo transformador e o seu funcionamento em rede, volta-se à primeira pergunta que motivou o presente trabalho: há um constitucionalismo transformador em desenvolvimento no Brasil? A resposta se estrutura em duas partes. Em primeiro lugar, pretende-se demonstrar que o constitucionalismo brasileiro é responsável por avanços e, portanto, por transformações importantes, e que parte de alguns pressupostos comuns ao constitucionalismo transformador, tal como descrito acima. Nesse sentido, pode-se afirmar que o constitucionalismo brasileiro tem desenvolvido uma inequívoca função transformadora.

Em segundo lugar, pretende-se demonstrar que o constitucionalismo brasileiro não incorporou, ainda, a dimensão da supraestatalidade e do pluralismo dialógico entre ordens jurídicas, razão pela qual não se pode dizer que caracteriza um constitucionalismo transformador, nos moldes descritos acima. Está, nessa perspectiva, apenas a “meio caminho” de tal constitucionalismo transformador. Essa constatação tem, contudo, um aspecto positivo, uma vez que a incorporação desses novos elementos pode representar um novo impulso para o avanço do constitucionalismo brasileiro. Esclarecidos tais pontos, passa-se ao exame da função transformadora que o constitucionalismo brasileiro já desempenha.

4.1 Condições institucionais e bases dogmáticas da transformação

A Constituição de 1988 operou a transição do Brasil para a democracia e, à semelhança de outras constituições latino-americanas produzidas no mesmo período, previu um amplo rol de direitos fundamentais, sociais e ambientais⁴⁷, estabeleceu uma cláusula de abertura ao direito internacional dos direitos humanos⁴⁸, assegurou a independência Judicial⁴⁹ e conferiu à jurisdição constitucional uma amplitude e uma eficácia até então não experimentadas. Ilustram o último fenômeno, a expansão do controle concentrado da constitucionalidade a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁰, a atribuição de efeitos vinculantes às decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle difuso⁵¹ e a previsão do mandado de injunção⁵², ação que permite ao Tribunal suprir omissões legislativas que frustrem o exercício de direitos fundamentais⁵³. Além disso, como a Constituição brasileira constitucionalizou um grande conjunto de questões, na prática, tornou-se possível acessar o STF para debater a grande maioria dos temas de relevância para o país⁵⁴.

Em um primeiro momento da sua vida institucional, sob a vigência da Constituição de 1988, mais precisamente entre o ano de promulgação da Constituição e os anos 2000, o Supremo Tribunal Federal apresen-

⁴⁷ V., a título ilustrativo, CF/1988, arts. 5º, 6º e 225.

⁴⁸ CF/1988, art. 5º, §2º.

⁴⁹ CF/1988, arts. 93, 95 e 96, exemplificativamente.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁵¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da Advocacia Geral da União*, Brasília, v. 15, n. 5, p. 9-52, jul./set. 2016.

⁵² CF/1988, art. 5º, LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Havia, ainda, a previsão de ação direta de inconstitucionalidade, mas que se insere no contexto de expansão do controle concentrado, já mencionado (CF/1988, art. 103, par. 2º).

⁵³ No início da vigência da Constituição de 1988, o STF rejeitava a utilização do mandado de injunção para suprir omissões legislativas, sob a invocação do princípio da separação dos poderes e do dogma do legislador negativo. Com o tempo e a prolongada inércia do Congresso na regulamentação de direitos assegurados pela Constituição, o Tribunal passou a admitir essa possibilidade. V. BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 185-208.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2017; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 334-367; SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 113-148.

tou uma postura extremamente autocontida, que parecia rejeitar o exercício de parte das competências que lhe foram conferidas⁵⁵. Entretanto, a consolidação da democracia, a progressiva renovação da composição da Corte e uma mudança na própria compreensão do direito e do papel do juiz para o seu desenvolvimento criaram condições para uma alteração importante no comportamento do Tribunal. De fato, a partir dos anos 2000, o STF tornou-se mais atuante e começou a promover alterações profundas no ordenamento brasileiro⁵⁶. Essa mudança de comportamento tem por base dogmática a consolidação, na academia e na prática judicial, de duas importantes teorias: (i) a doutrina da efetividade e (ii) o neoconstitucionalismo.

A *doutrina da efetividade*, que se desenvolve ao final da década de oitenta, defende que toda e qualquer norma constitucional produz efeitos concretos e pode ter seu cumprimento exigido judicialmente⁵⁷. A ideia, amplamente consolidada atualmente, representava, então, enorme mudança de paradigmas. Quanto aos direitos, inclusive, aos sociais, a doutrina reconhece a possibilidade de sua efetivação pela via judicial, ao fundamento de que direitos investem seus titulares em uma posição jurídica específica, que pode ser exigida judicialmente⁵⁸. Quanto às normas constitucionais que indicam um fim a ser alcançado (normas programáticas), defende que elas conferem ao titular uma posição mais branda, mas que ainda assim são dotadas de efetividade, uma vez que revogam normas conflitantes e conferem aos sujeitos direitos subjetivos negativos de que não se atue em contrariedade a tais fins⁵⁹. O propósito da doutrina era justamente permitir que o Judiciário fosse acionado para promover a implementação das promessas constitucionais, uma das postulações do constitucionalismo transformador.

O neoconstitucionalismo, a seu turno, corresponde a um conjunto difuso de ideias que passam a ser referenciadas na década de noventa e que pregam o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional⁶⁰. Essa nova hermenêutica rejeita o formalismo jurídico, defende a adoção de métodos mais abertos de interpretação e reconhece força normativa aos princípios constitucionais, em um contexto em que grande parte dos direitos fundamentais são formulados em termos principiológicos⁶¹. Passa-se a entender que os direitos fundamentais asseguram não apenas direitos subjetivos, mas produzem igualmente uma eficácia objetiva, na medida em que expressam valores e um estado ideal cuja eficácia se irradia para todo o ordenamento jurídico⁶². Da eficácia irradiante dos princípios constitucionais decorre um movimento de reinterpretção do direito infraconstitucional, à luz de tais princípios, e a constitucionalização dos mais diversos ramos do direito⁶³. Subjacente às ideias do neoconstitucionalismo estavam presentes, mais uma vez, a busca pela efeti-

⁵⁵ ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge; MUDROVITSCH, Rodrigo. (org.). *Jurisdição Constitucional em 2020*. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. 30 anos, 1 Constituição, 3 Supremos. In: BARROSO; Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campo. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição Brasileira na visão da escola de direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, p. 30-60, jul./set. 1994.

⁵⁸ Nesse sentido, o autor afirma: “direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível”. BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, p. 30-60, jul./set. 1994. p. 41.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, p. 30-60, jul./set. 1994. p. 50-53.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO; Daniel. *Direito constitucional: teoria história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014; CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003; OTO, Écio; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. 3. ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 153-183.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. p. 179-201; KLATTI, Matthias; ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 1-26; MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 1-64.

⁶² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018; BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mod-*

vidade das normas constitucionais, um esforço por ampliar sua incidência, de modo a redefinir o alcance do direito infraconstitucional e o reconhecimento de que o Judiciário tinha um papel fundamental nesta tarefa.

Com base nessa nova dogmática, o Supremo Tribunal Federal desenvolve uma atuação profundamente transformadora, em um conjunto amplo de temas. Para ilustrar a assertiva, a próxima seção apresenta uma seleção de casos decididos pelo Tribunal, com base na tríade que é o foco do constitucionalismo transformador: direitos humanos, democracia e estado de direito.

4.2 Julgados paradigmáticos que promovem transformação

a) Avanços em direitos humanos

Em *matéria de direitos humanos*, o Supremo Tribunal Federal foi extremamente atuante nos últimos anos e proferiu algumas decisões profundamente progressistas. A respeito do *direito das mulheres*, o Pleno do STF reconheceu a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos, por decisão da gestante, o que, até então, era considerado um ilícito penal pela legislação⁶⁴. A Primeira Turma do Supremo proferiu, ainda, uma decisão descriminalizando o aborto praticado no primeiro trimestre de gravidez⁶⁵. Nos dois casos, a argumentação do Tribunal teve por base, entre outros fundamentos, o Princípio da Dignidade Humana, o direito da mulher à autonomia quanto à escolha dos seus projetos de vida, à liberdade, à intimidade e à igualdade. Ainda que o segundo caso não tenha sido julgado pelo Pleno, e, mesmo que seu entendimento não prevaleça nesse órgão, ele expressa um esforço, de parte dos ministros em fazer avançar o reconhecimento dos direitos das mulheres em relação a esse tema.

Ainda quanto à tutela dos direitos das mulheres, o Tribunal equiparou cônjuge e companheira para fins sucessórios, consignando, entre outros fundamentos, que a discriminação entre as duas posições conflita com os princípios da igualdade e da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, uma vez que a constituição reconhece as uniões estáveis como família e veda a hierarquização entre entidades familiares. Ainda que a equiparação, no caso, também beneficie os companheiros homens, na prática, a desigualdade do tratamento sucessório tinha impacto diferenciado e mais gravoso sobre as companheiras mulheres, que geralmente são a parte economicamente mais fraca das relações⁶⁶. Já no que se refere ao direito das mulheres à participação na política, o Tribunal determinou que os partidos políticos estão obrigados a alocar 30% (trinta por cento) das verbas para financiamento de campanha a candidaturas femininas. Antes da decisão, os partidos estavam obrigados, pela legislação, a oferecer 30% de candidaturas de mulheres, mas não eram compelidos a financiá-las na mesma proporção, o que, obviamente, inviabilizava sua eleição na prática. A decisão teve por base o direito das mulheres à igualdade e à não discriminação, e a relevância da sua participação na política como um fim em si (medida de inclusão) e como meio (para equacionar medidas destinadas ao atendimento das suas demandas)⁶⁷.

Quanto aos *direitos das crianças*, o STF deferiu o primeiro *habeas corpus* coletivo da sua história e determinou a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar de gestantes, de mães de crianças com até 12

elo. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 12 de abril de 2012.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 124.306. Redator para o acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 09 de agosto de 2016.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 10 de maio de 2017.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5617. Relator: Ministro Edson Fachin, j. 15 de março de 2018.

anos e de mães de crianças portadoras de algum tipo de deficiência, com o propósito de assegurar o convívio familiar, medida de fundamental importância para assegurar às crianças um desenvolvimento sadio⁶⁸. Em relação às crianças adotadas, o Tribunal reconheceu o direito da mãe adotante a gozar do mesmo período de licença maternidade da mãe gestante, independentemente da idade da criança adotada, observando que o papel central da licença, ao lado da recuperação do parto é a criação do vínculo de afeto entre a mãe e o filho, e que esse vínculo é de mais difícil construção no caso de crianças adotadas, demandando tempo no mínimo igual àquele gozado pela mãe gestante⁶⁹.

O STF declarou, ainda, a inconstitucionalidade de norma trabalhista que condicionava o afastamento de mulheres grávidas e lactantes do exercício de atividades laborais insalubres à apresentação de laudo médico recomendando o afastamento. O Tribunal esclareceu que o afastamento deveria ocorrer de imediato, independentemente de qualquer ato da mulher ou da apresentação de laudo⁷⁰. Todas essas decisões invocavam a prioridade do melhor interesse do menor e o dever de proteção integral do Estado às crianças, de forma a assegurar-lhes um desenvolvimento físico e emocional adequado.

Com relação às *peças LGBTI+*⁷¹, o Supremo Tribunal Federal reconheceu as uniões estáveis homoafetivas entre pessoas do mesmo sexo, estendendo-lhes o regime jurídico que regulava as uniões estáveis entre homem e mulher e, portanto, conferindo-lhes tratamento isonômico⁷². Na mesma linha, equiparou os direitos sucessórios de companheiros homossexuais aos direitos sucessórios de cônjuges, por se tratar de grupo especialmente vulnerável que, na prática, era desproporcionalmente afetado pelo tratamento diferenciado dispensado a companheiro/a e cônjuge na matéria⁷³. Em ambos os casos, reconheceu-se que a orientação sexual não constitui fator legítimo de desigualação, que é tutelada pelo Princípio da Dignidade Humana e que casais homoafetivos também constituem entidades familiares protegidas pela Constituição.

Quanto às pessoas transgêneros, a Corte assentou o direito desse grupo a ter prenome e gênero alterados em suas inscrições no registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou de decisão judicial⁷⁴. O julgado tem um caráter pedagógico, na medida em que explica e diferencia as acepções de sexo, gênero, orientação e identidade sexual, homossexualidade e transexualidade, demonstrando a relação entre identidade de gênero, livre desenvolvimento da personalidade e dignidade humana. Tem, ainda, um impacto muito positivo sobre a vida concreta das pessoas transgênero, uma vez que a dificuldade de obtenção de documento de identificação com base em seu nome social criava obstáculos ao acesso a direitos básicos como saúde e trabalho. A decisão da Corte tem um alcance não apenas de reconhecimento, mas de reforço da sua cidadania⁷⁵.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 143.641. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, j. 20 de fevereiro de 2018.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 778.889. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 10 de março de 2016.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 778.889. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 10 de março de 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5938. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, j. 29 de maio de 2019.

⁷¹ Optou-se pelo uso da nomenclatura LGBTI+ porque as identidades de gênero e as orientações sexuais são temas intimamente atrelados à autoidentificação, razão pela qual outras categorias, distintas daquelas já integrantes na sigla LGBTI podem igualmente ser aplicáveis.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. Relator: Ministro Ayres Britto, j. 05 de maio de 2011. Acesso em: 18 de jul. de 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Relator: Ministro Ayres Britto, j. 05 de maio de 2011.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 646721. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 10 de maio de 2017.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275. Relator: Ministro Edson Fachin, j. 01 de março de 2018.

⁷⁵ Ainda sobre as pessoas LGBTI+, estão em julgamento no STF o direito dos transexuais ao uso de banheiro de acordo com sua identidade de gênero, a inconstitucionalidade de leis que impedem o esclarecimento de questões de gênero no âmbito das escolas e o tratamento, e os cuidados a serem observados quanto às pessoas LGBTI+ no âmbito do sistema carcerário. V. Recurso Extraordinário n. 845779, Rel. Ministro Luís Roberto Barroso; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 600, Rel.

Por fim, ainda no que respeita às pessoas LGBTI+, em decisão bastante polêmica, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a omissão inconstitucional do Legislativo em conferir tratamento criminal à homofobia e à transfobia, e firmou o entendimento de que, enquanto não superada a omissão, o comportamento seria enquadrado, para fins penais, na Lei de Racismo. Aludiu-se aos altíssimos níveis de violência contra as pessoas LGBTI+⁷⁶, que demandavam uma atuação contundente do Estado, e ao fato de que o nível de estigmatização experimentado por tais pessoas implicava sua inferiorização e desproteção a ponto de caracterizar uma espécie de racismo social⁷⁷.

Em relação à *população afrodescendente*⁷⁸, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade de cotas para ingresso em universidades públicas⁷⁹, declarou a validade das cotas em favor de tal grupo para ingresso no serviço público⁸⁰ e protegeu a liberdade de culto das religiões de matriz africana que recorrem ao sacrifício animal⁸¹. Ao fazê-lo, reconheceu que a política de ações afirmativas promove o direito à igualdade material e ao reconhecimento, inclusive por meio de ações afirmativas que favorecem a reparação e a superação do estigma decorrente da escravidão. Observou, ainda, que a presença de negros no serviço público favorece uma “burocracia representativa”, capaz de levar múltiplos pontos de vida em consideração na formação da vontade estatal. Quanto às religiões de matriz africana, afirmou que havia incerteza quanto ao sofrimento animal e ponderou que a limitação de culto implicaria violação ao pluralismo e ao dever estatal de proteção de uma cultura minoritária tutelada pela Constituição. A lista de casos paradigmáticos de implementação de direitos fundamentais poderia prosseguir, alcançando os direitos da população carcerária⁸², a tutela dos direitos de povos indígenas⁸³ e quilombolas⁸⁴ entre outros.

Ministro Luís Roberto Barroso; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527, Rel. Ministro Luís Roberto Barroso. Há, ainda, a perspectiva de que o Tribunal ajuste a sua jurisprudência sobre legitimidade ativa para a propositura de ações diretas, com o propósito de ampliar o acesso de associações de defesa de direitos humanos a essa via de controle. V., nesse sentido, decisão monocrática proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527, rel. Ministro Luís Roberto Barroso.

⁷⁶ O Brasil lidera o *ranking* mundial de violência contra transgêneros, segundo dados disponíveis em: TRANSRESPECT. *About*. Disponível em: https://transrespect.org/wpcontent/uploads/2017/11/TvT_TMM_TDoR2017_Tables_EN.pdf. Acesso em: 3 maio 2019.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26. Relator: Ministro Celso de Mello, j. 13 de março de 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 4733. Relator: Ministro Edson Fachin, j. 13 de junho de 2019. Nas palavras do Min. Celso de Mello, relator da ADO: “O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito”. A polêmica em torno da decisão liga-se ao argumento de que viola o Princípio da Legalidade estrita em matéria penal, porque importa em criminalização de condutas por meio de analogia. Trata-se, contudo, de debate que extrapola os propósitos deste artigo.

⁷⁸ Optou-se pelo termo afrodescendente dada a sua abrangência. Esse termo inclui pretos e pardos, que são as categorias utilizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE em seus censos. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Cor ou Raça*. 2015. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18319-cor-ou-raca.html>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, j. 26 de abril de 2012.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 08 de junho de 2017.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 494.601. Redator para o acórdão: Ministro Edson Fachin, j. 28 de março de 2019.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 09 de setembro de 2015.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3388. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, j. 19 de março de 2009; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6062. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 24 de abril de 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6172. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 24 de junho de 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6173. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 24 de junho de 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6174. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 24 de junho de 2019.

⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3239. Redator para o acórdão: Ministra Rosa

Em tema de *direitos sociais*, o STF reconheceu o dever do Poder Público de assegurar o acesso à saúde de portadores do vírus HIV e de fornecer-lhes medicamento e tratamento⁸⁵, iniciando um processo de ampla judicialização da saúde pública que alcançou quase todos os grupos e ramos e que, hoje, se busca racionalizar⁸⁶. No que respeita ao direito à educação, o Tribunal reconheceu o direito fundamental à creche, explicitando que a educação é direito de todos e dever do Estado, não sendo cabível a invocação da reserva do possível como justificativa para recusá-lo⁸⁷. Quanto à assistência social, o STF expandiu o acesso à percepção de benefício da prestação continuada, com base no argumento de que o critério de renda *per capita* utilizado pela legislação era excessivamente restritivo, colocando em risco a subsistência e a dignidade de idosos e pessoas com deficiência em situação de vulnerabilidade extrema⁸⁸.

Ainda que se possam identificar questões em que a tutela do Tribunal precisa ser mais efetiva e outras em que há avanços e recuos, é inegável que o STF teve, ao longo das duas últimas décadas, uma atuação progressista com importante impacto sobre a vida concreta de membros de grupos vulneráveis e minoritários.

b) Avanços quanto à consolidação da democracia

Em relação ao adequado funcionamento do processo democrático, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisões que impactaram a capacidade eleitoral passiva, o financiamento eleitoral e a circulação de informações, a livre expressão e a liberdade de imprensa durante o processo eleitoral, de forma a assegurar a sua idoneidade.

Nesse sentido, o STF validou norma que ficou conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, que vedou a participação nas eleições de candidatos condenados criminalmente em segunda instância. A Corte concluiu que a norma tratava de condições de elegibilidade e que era razoável entendê-las ausentes, quando existente condenação em segundo grau (entre outras circunstâncias previstas na lei), de forma a assegurar o bom funcionamento democrático e a idoneidade dos representantes eleitos⁸⁹. Entendeu, ainda, que não havia violação ao Princípio da Presunção de Inocência porque a lei não tinha fins sancionatórios, mas apenas o propósito de regular o adequado funcionamento do processo democrático.

Quanto ao financiamento privado de campanhas eleitorais, declarou a inconstitucionalidade do financiamento privado por pessoas jurídicas, tal como então praticado, por ter detectado um esquema de corrupção que relacionava empresas privadas, superfaturamento de contratos públicos e entrega de dinheiro a autoridades e partidos políticos que estavam no poder. Constatou-se que o financiamento privado, em tais condições, havia elevado os valores alocados em eleições a patamares inimagináveis, abrindo caminho para que o poder econômico interferisse sobre o seu resultado e, portanto, violando o Princípio Democrático e

Weber, j. 08 de fevereiro de 2018.

⁸⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 271286, Agravo Regimental. Relator: Ministro Celso de Mello, j. 12 de setembro de 2000.

⁸⁶ De fato, hoje se reconhece que, embora o Judiciário tenha tido um papel muito relevante na implementação dos direitos sociais, o excesso de judicialização, em um contexto de escassez de recursos, pode comprometer o desenvolvimento de políticas públicas e uma alocação eficiente recursos. Nessa medida, debate-se, atualmente, sobre os limites da atuação judicial em tema de direitos prestacionais e procura-se refletir sobre a definição de standards na matéria. V., sobre o tema: BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos Sociais- Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 875-903.

⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 956475. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, j. 12 de maio de 2016.

⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 580.963. Relator: Ministro Gilmar Mendes, j. 18 de abril de 2013 Brasília; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 567.985, Redator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes, j. 18 de abril de 2013.

⁸⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4578. Relator: Ministro Luiz Fux, DF, 16 de fevereiro de 2012 Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 29 de junho de 2012; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 16 de fevereiro de 2012; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 16 de fevereiro de 2012.

o Princípio da Igualdade de chances no processo eleitoral⁹⁰.

Quanto à livre circulação de informações e à liberdade de imprensa, o Tribunal tem incontáveis decisões assegurando a veiculação de matérias jornalísticas e de sátiras e programas humorísticos a respeito de candidatos, com base na imprescindibilidade de tais liberdades para a informação e a formação da opinião do eleitor e, portanto, para o jogo democrático, bem como no pluralismo de ideias e na liberdade de criação⁹¹. Além disso, no âmbito das últimas eleições presidenciais e em um contexto de grande polarização política, em que decisões de tribunais inferiores determinaram limitações à liberdade de expressão no âmbito de universidades — com ordens de remoção de faixas e cartazes, proibição de distribuição de panfletos, de realização de cursos e ameaça de prisão de seus membros⁹² —, o STF proferiu decisão contundente no sentido de assegurar a liberdade de expressão, de informação, de pensamento, de ensino e de aprendizagem em âmbito universitário⁹³.

c) Avanço quanto à consolidação do estado de direito

O Supremo Tribunal Federal também proferiu decisões importantes para a consolidação do estado de direito. De fato, tal consolidação é impactada por múltiplos fatores, entre os quais: (i) a existência de normas claras, com standards determinados, produzidas com transparência e acesso ao público, e aplicadas de forma previsível; (ii) a prestação da tutela jurisdicional por um Judiciário ético, competente, independente e estruturado, com recursos e pessoal aptos a atender, em tempo razoável, às múltiplas demandas sociais; (iii) a submissão do Poder Público, das autoridades, das empresas e das pessoas em geral ao Direito, e a possibilidade de responsabilização de quaisquer desses agentes, em caso de sua violação⁹⁴.

Obviamente, temos muito o que avançar nessa matéria⁹⁵. Há considerável consenso no sentido de que o sistema penal brasileiro tem forte caráter seletivo, atingindo mais duramente pessoas humildes e desprovidas de condições, ao passo que a elite econômica e política está relativamente fora de seu alcance⁹⁶. Ainda assim, algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal permitiram pequenas rupturas, ensejando a responsabilização de altas autoridades e de uma elite econômica por delitos pelos quais, de modo geral, restavam impunes. Nesse sentido, mesmo que se reconheça que há, no tema, avanços e recuos, o fato é que há decisões do Tribunal que também têm repercussão quanto ao tema.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4650. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 17 de setembro de 2015.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4451. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, j. 21 de junho de 2018.

⁹² GENTILE, Rogério. Em 1 ano, país teve ao menos 41 casos de agressão à livre expressão de ideias. *Folha de São Paulo*, nov. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/11/em-1-ano-pais-teve-ao-menos-41-casos-de-agressao-a-livre-expressao-de-ideias.shtml>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 548. Relator: Ministro Cármen Lúcia, j. 19 de março de 2019.

⁹⁴ WORLD JUSTICE PROJECT. *The World Justice Project: Rule of Law Index 2014*. Disponível em: http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp_rule_of_law_index_2014_report.pdf. Acesso em: 04 abr. 2019; WORLD BANK. *Worldwide Governance Indicators*. 2018. Disponível em: <https://info.worldbank.org/governance/wgi/#doc>. Acesso em: 04 abr. 2019.

⁹⁵ Apenas a título ilustrativo, falta-nos previsibilidade e estabilidade na aplicação do Direito, assim como um Poder Judiciário capaz de atender, em tempo razoável, ao grande volume de demandas que lhe são submetidas. Essa percepção motivou diversas tentativas de reformas, como, a título ilustrativo, aquela que inseriu na Constituição as súmulas vinculantes e a exigência de repercussão geral como condição para o cabimento de recurso extraordinário (Emenda Constitucional 45/2004) e a reforma mais recente, que introduziu todo um sistema de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro (Código de Processo Civil de 2015 ou Lei 13.105/2015). As súmulas e os precedentes vinculantes são compreendidos como instrumentos voltados a conferir a mesma resposta a casos semelhantes e, por consequência, aumentar a previsibilidade do Direito, racionalizar as decisões e reduzir o volume de casos que tramitam no Judiciário. A repercussão geral se propõe a ser um filtro voltado a reduzir o número de casos submetidos ao STF por meio do controle difuso.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 635.659. Relator: Ministro Gilmar Mendes, j. 10 setembro de 2019, v. voto do Ministro Luís Roberto Barroso (caso ainda pendente de conclusão). Ação Penal n. 937, Questão de Ordem. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 03 de maio de 2018.

Nessa linha, no julgamento do caso conhecido como Mensalão, o STF condenou parlamentares, ministros de Estado, dirigentes de partidos políticos, grandes empresários e diretores de bancos, por delitos como: corrupção, peculato, evasão de divisas, gestão fraudulenta, formação de quadrilha e lavagem de dinheiro. Os crimes tinham por pano de fundo um esquema de compra de votos de parlamentares para aprovar medidas de interesse do Poder Executivo, durante o governo de Luís Inácio Lula da Silva (Lula)⁹⁷. O julgamento alongou-se por meses, teve ampla cobertura da imprensa, foi intensamente acompanhado pela população e rendeu enorme credibilidade e reconhecimento popular ao Tribunal. As matérias sobre o julgamento aludiam à superação da impunidade dos poderosos no país⁹⁸.

Em outro caso, o STF superou precedente anterior da própria Corte, para autorizar o recolhimento de condenado à prisão, após a confirmação da condenação em segundo grau, ainda que antes do trânsito em julgado. O caso envolvia um debate em torno da interpretação do art. 5º, LVII, da Constituição, que prevê que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória⁹⁹. Para alguns, o teor literal do dispositivo implica, de forma inequívoca e categórica, a impossibilidade do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado. Prevaleceu, contudo, no STF, o entendimento de que o dispositivo apenas assegura um julgamento imparcial, bem como uma ampla produção da prova e, portanto, o exercício do direito de defesa pelo acusado. Entretanto, uma vez estabilizadas as questões fáticas e reconhecidas autoria e materialidade, por meio de decisão condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, não haveria óbice ao início do cumprimento da pena, até porque os percentuais de reversão de condenações no âmbito dos tribunais superiores são baixíssimos e existem instrumentos processuais (*habeas corpus* e medidas cautelares) que permitem a solução de casos excepcionais.

A mudança de entendimento da Corte — no sentido da possibilidade de execução provisória da pena — tinha por pano de fundo uma percepção generalizada de impunidade do sistema penal e da sua seletividade, decorrente da interposição de recursos protelatórios, com o propósito de ensejar a extinção da pretensão punitiva por meio da prescrição. Obviamente, aqueles que podiam custear advogados para recorrer indefinidamente eram uma minoria abastada, ao passo que as pessoas mais humildes e desprovidas de recursos eram fortemente castigadas. O precedente firma-se, por isso, na preocupação em não transformar uma garantia constitucional de imparcialidade em uma garantia de impunidade, contrária ao próprio sistema¹⁰⁰.

Em um terceiro julgado, o Supremo Tribunal Federal reformulou sua interpretação sobre o alcance do foro especial por prerrogativa de função, instituto por meio do qual se atribuiu ao Tribunal a responsabilidade por processar e julgar altas autoridades da República em matéria penal¹⁰¹. Segundo a nova interpretação,

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470, décimos primeiros embargos infringentes. Redator para o acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 27 de fevereiro de 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470, décimos sextos embargos infringentes. Redator para o acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 27 de fevereiro de 2014.

⁹⁸ DINIZ, Laura; MARQUES, Hugo. O triunfo da justiça: os ministros do Supremo Tribunal Federal condenam os mensaleiros, denunciam a corrupção e caem nas graças dos brasileiros, carentes de referências éticas. *Vêja*, ano 45, n. 41, 10 out. 2012. p. 71; PEREIRA, Merval. Pós-escrito ao julgamento do Mensalão: a escolha dos heróis. In: PEREIRA, Merval. *Mensalão: o dia a dia do mais importante julgamento da história política do Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2013. p. 283; BASILE, Juliano; MAGRO, Máira; COSTA, Raimundo. O Supremo em seu momento. *Valor*, São Paulo, p. 5-9, jul. 2012. DAMATTA, Roberto. Nunca lemos tanto. *O Globo*, Rio de Janeiro, 5 dez. 2012. p. 23.

⁹⁹ CF/1988, art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

¹⁰⁰ A superação do precedente da Corte ocorreu no HC 126.292 e foi confirmada, posteriormente, nos julgamentos das ADCs 43 e 44 MC, do ARE 964.246 e do HC 172.752. Entretanto, a matéria segue sendo objeto de intensa controvérsia. O precedente superado pela Corte, que rejeitava a prisão antes do trânsito, era o HC 84.078. Este, por sua vez, superara entendimento anterior, expresso no HC 68.726, em que a Corte já defendia entendimento semelhante àquele atualmente em vigor, no sentido da possibilidade de execução provisória da pena (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki, j. 17 de fevereiro de 2016).

¹⁰¹ CF/1988, art. 102, I, “b” e “c”: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática

seriam objeto do foro especial apenas “os crimes praticados no cargo e em razão dele”¹⁰². Todos os demais casos deveriam ser remetidos às instâncias ordinárias. Mais uma vez, o novo entendimento tinha o propósito de viabilizar a apreciação das ações penais em tempo razoável, evitar a prescrição da pretensão punitiva e a percepção de impunidade de tais autoridades por parte da população. Nesse sentido, a decisão afirma que o foro especial, tal como praticado, era manifestamente disfuncional, “causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo”. De fato, havia um quantitativo muito substancial de ações penais originárias no Tribunal, que, para além de enfrentar um grande volume de processos em temas constitucionais¹⁰³, não está estruturado para atuar como um juízo penal de primeiro grau, de forma a promover longas instruções probatórias, audiências de coleta de provas testemunhais, oitivas de perito etc.

Por fim, no que respeita a parlamentares envolvidos em delitos, o STF deferiu medidas cautelares e determinou o afastamento de diversos parlamentares da função — dentre eles o próprio presidente da Câmara dos Deputados — em razão de indícios de envolvimento em ilícitos penais¹⁰⁴.

É importante reconhecer, contudo, que alguns dos temas acima se sujeitam a avanços e recuos. Há, por exemplo, oscilação de entendimentos quanto à execução provisória da pena¹⁰⁵. E o Supremo Tribunal Federal, depois de tomar importantes decisões de afastamento de parlamentares, acabou alterando sua jurisprudência para afirmar que compete à Casa Legislativa confirmar a decisão do Tribunal nesse tema¹⁰⁶. Enfrentam-se, ainda, tempos particularmente difíceis no âmbito da política majoritária, como se explicitará mais adiante.

4.3 A inexistência de um diálogo interamericano

Sem desconsiderar os riscos de retrocesso (item 4, *infra*), o rol de decisões acima indica que o constitucionalismo, no Brasil, foi responsável pela promoção de mudanças importantes, que buscaram implementar as promessas da Constituição, por meio de uma forte atuação judicial. Entretanto, a experiência brasileira não apresenta um elemento essencial do constitucionalismo transformador, tal como caracterizado acima: o diálogo multinível com a Corte IDH e com as demais cortes da América Latina. Para compreender esse aspecto, é importante, em primeiro lugar, compreender a evolução que o tratamento dado ao direito internacional dos direitos humanos teve no país.

A Constituição de 1988 incorporou ao direito brasileiro um amplo elenco de direitos. Estabeleceu que, nas relações internacionais, o país se regeria pelo Princípio da Prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). E previu uma cláusula de abertura ao direito internacional dos direitos humanos, ao explicitar que os

de caráter permanente”.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 937, Questão de Ordem. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 03 de maio de 2018.

¹⁰³ De acordo com o Relatório Supremo em Ação 2018, produzido pelo CNJ, o STF proferiu, nos três últimos anos, o seguinte número de decisões terminativas: 105.329 (2017), 95.352 (2016) e 92.415 (2015). BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Supremo em ação 2018*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/fd55c3e8cece47d9945bf147a7a6e985.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4070. Relator: Ministro Teori Zavascki, j. 05 de maio de 2016.

¹⁰⁵ De fato, a matéria tem sido reiteradamente submetida a Corte. V., exemplificativamente: ADCs 43 e 44 MC, do ARE 964.246 e do HC 172.752.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5526. Redator p/o acórdão: Ministro Alexandre de Moraes, j. 11 de outubro de 2017. O novo entendimento decorreu de interpretação do art. 53, par. 2º, CF/1988, que prevê: “§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”. Entendeu-se que a Casa legislativa deve decidir não apenas em caso de prisão, mas em qualquer caso de cautelar que impacte sobre o exercício regular do mandato, porque o “espírito” da norma era proteger tal exercício, em nome do princípio da separação dos Poderes. V., sobre o tema e para uma análise mais detida de tais casos: MELLO, Patrícia Perrone Campos. Comportamiento judicial estratégico: el caso del Supremo Tribunal Federal de Brasil. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 10, n. 1, p. 168-195, jun. 2019; e MELLO, Patrícia Perrone Campos. A vida como ela é: comportamento estratégico no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 689-719, ago. 2018.

direitos e garantias expressos no seu texto não excluiriam outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fosse parte (art. 5º, par. 2º). Esse dispositivo corresponde, do ponto de vista do direito constitucional positivo, à “ponte de comunicação” entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos.

Em 1992, o Brasil promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)¹⁰⁷. Em 1998, reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)¹⁰⁸. Em 2009, internalizou a Convenção de Viena, cujo art. 27 prevê, expressamente, que uma parte “não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.¹⁰⁹

No que respeita à cláusula de abertura ao direito internacional, uma importante controvérsia se estabeleceu desde cedo, na doutrina e na jurisprudência, sobre o *status* reconhecido aos tratados internacionais de direitos humanos. Entre os internacionalistas, se defendia que o dispositivo conferia a tais tratados status constitucional. Essa interpretação procurava integrar tais direitos diretamente ao bloco de constitucionalidade brasileiro e, assim, reforçar sua proteção¹¹⁰. Entretanto, tal entendimento não prevaleceu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, originalmente, reconheceu aos tratados sobre direitos humanos o status de lei ordinária¹¹¹, conferindo-lhes, portanto, o mesmo tratamento dispensado aos demais tratados internacionais¹¹². Somente em 2009, o STF alterou sua jurisprudência, para reconhecer aos tratados de direitos humanos status supralegal, ainda que infraconstitucional¹¹³. Por fim, a Emenda Constitucional n. 45/2004 insere o art. 5º, par. 3º, na Constituição, prevendo que os tratados de direitos humanos que forem internalizados por meio do processo legislativo aplicável às emendas constitucionais disporão de status constitucional¹¹⁴. Com isso, parece ficar claro que não se reconhecia, efetivamente, status constitucional a tratados de direitos humanos internalizados por outro modo¹¹⁵.

Nota-se, portanto, que, desde a promulgação da Constituição de 1988, um processo bastante lento de institucionalização do direito internacional dos direitos humanos teve curso no país. Apenas em 2009 se fez presente uma condição importante para o estabelecimento de um diálogo multinível na matéria: o reconhecimento de que tais tratados eram dotados de um status diferenciado do status da lei ordinária. Sem esse passo, uma lei ordinária posterior e contrária a um tratado de direitos humanos implicava a sua revogação. Com o reconhecimento de um status supralegal a tais tratados, eles passam a constituir um bloco de supralegalidade, que funciona como paradigma de controle e como filtro hermenêutico das leis, impondo a

¹⁰⁷ Decreto n. 678/1992.

¹⁰⁸ A aceitação da competência da Corte IDH se dá por meio do Decreto Legislativo n. 89/1998. A declaração de aceitação é depositada perante a Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos em 10 de dezembro de 1998. Em 2002, edita-se o Decreto n. 4.463, que estabelece, em seu art. 1º: “É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”.

¹⁰⁹ Decreto n. 7.030/2009.

¹¹⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113-118, 1998. p. 88-89; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 83

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131, Relator: Ministro Moreira Alves, j. 23 de novembro de 1995.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 80.004. Relator: Ministro Cunha Peixoto, j. 01 de junho de 1977.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso, j. 03 de dezembro de 2008.

¹¹⁴ CF/1988, art. 5º, par. 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

¹¹⁵ Houve, contudo, quem afirmasse que o novo dispositivo implicaria atribuição de igual status constitucional aos antigos tratados de direitos humanos, em virtude do fenômeno da recepção. O argumento não procede, uma vez que, segundo o dispositivo, só gozam de status constitucional os tratados que observaram procedimento específico, não previsto antes da EC n. 45/2004. V. SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e direito internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 93-139.

paralisação da eficácia de normas conflitantes ou a sua interpretação conforme ao tratado¹¹⁶.

Nesse contexto, passa a ser relevante conhecer o entendimento da Comissão e da Corte IDH sobre o alcance dos direitos previstos na CADH, por se tratar do órgão com competência internacional para interpretar e aplicar a convenção¹¹⁷. Entretanto, a compreensão sobre a autoridade da Corte IDH e sobre a relevância de conhecer seus precedentes é objeto do mesmo baixo ritmo de institucionalização do direito internacional dos direitos humanos que já se experimentava antes. O nível de conhecimento sobre o mecanismo do controle de convencionalidade — tanto do que tem curso âmbito da Corte IDH, quanto do que poderia ter curso no âmbito dos órgãos judiciais brasileiros — ainda é baixo¹¹⁸. Os advogados não argumentam com base no direito internacional dos direitos humanos. Os juízes não decidem com base em suas normas, que, para o conhecimento jurídico comum, segue sendo um elemento estranho e muito pouco familiar.

A título ilustrativo, basta considerar que o caso da ADPF 153, que tem por objeto a validade da Lei 6.683/1979, por meio da qual foram anistiados os opositores ao regime militar, bem como todos os militares envolvidos com a repressão a tais opositores. A ação foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Postulou-se, por meio dela, que o STF reconhecesse que a anistia não alcançava os crimes comuns praticados pelos agentes do regime, tais como homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor. Alegou-se que a lei em questão, produzida durante a ditadura, violava o Princípio da Dignidade Humana (art. 1º, III), o direito à igualdade e à segurança (art. 5º), o dever do Poder Público de informar a verdade (art. 5º, XXXIII), o estado de direito e o princípio republicano (art. 1º).

Quanto à jurisprudência da Corte IDH em matéria de anistia, a inicial, repita-se, proposta pelo órgão de representação de toda a advocacia brasileira, traz um único parágrafo, em que se alude à existência de decisões da Corte reconhecendo a invalidade de autoanistia criminal. A referência é muito breve e a seu respeito não se desenvolve qualquer argumentação.¹¹⁹

O Supremo Tribunal Federal, a seu turno, julgou a ação improcedente, reconhecendo a validade da Lei da Anistia. Entre outros argumentos, o Tribunal afirmou que a norma era bilateral e recíproca, assegurando a anistia tanto para os militares, quanto para os opositores; que foi essencial para a superação do regime militar, tendo sido objeto de amplo debate envolvendo a sociedade civil e o Congresso (embora aprovada durante o regime militar); e que a revisão do seu teor, em tal contexto, constituiria matéria a ser apreciada pelo Legislativo, composto por representantes eleitos pelo voto popular, e não pelo Poder Judiciário. Mais uma vez, chama a atenção o fato de que o voto do relator — em tema de tamanha relevância, reiteradamente decidido pela Corte IDH — não traz uma única linha acerca da jurisprudência interamericana sobre a matéria¹²⁰.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso, j. 03 de dezembro de 2008. Sobre a paralisação da eficácia da norma infraconstitucional conflitante com o teor de tratado de direitos humanos, v. voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 55 do acórdão.

¹¹⁷ CADH, art. 61, 3; Decreto n. 4.463/2002; Decreto Legislativo n. 89/1998.

¹¹⁸ FACHIN, Melina Girardi; RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Perspectivas do controle de convencionalidade do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil: implicações para um novo constitucionalismo. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3. p. 295-297. Na mesma linha: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 13-15. Na coletânea sobre controle de convencionalidade, os organizadores declaram esperar que o livro “inaugure” a cultura do controle de convencionalidade das normas domésticas.

¹¹⁹ V. ADPF 153, Inicial da ação: “Cabe registrar que a Corte Americana [sic] de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi reconhecida pelo Brasil no Decreto Legislativo n. 89, de dezembro de 1998, já decidiu, em pelo menos 5 (cinco) casos, que é nula e de nenhum efeito a auto-anistia criminal decretada por governantes” (p. 24).

¹²⁰ A única menção à jurisprudência da Corte consta de uma referência a um texto de Nilo Baptista, em que Baptista, ao final, afirma que o Decreto n. 4.463/2002 reconheceu a autoridade das decisões da Corte IDH apenas para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 (ADPF 153, p. 37, item 47). Entretanto, tal afirmação não é sequer comentada pelo relator, que não adentra

O acórdão foi, então, objeto de embargos de declaração, por meio dos quais requereu-se que a matéria fosse apreciada à luz da decisão proferida pela Corte Interamericana no caso *Caso Gomes Lund v. Brasil* (2010), em que se declarou que a Lei de Anistia violava a Convenção Americana. Os embargos datam de 13 de agosto de 2010 e ainda aguardam julgamento.

Como se nota, não há uma cultura estabelecida no país de consulta ou de valorização à jurisprudência da Corte IDH, diferentemente do que ocorre em outras cortes latino-americanas, em que os precedentes interamericanos são um elemento-chave no processo decisório sobre direitos fundamentais¹²¹. O Brasil ainda resiste a atribuir uma eficácia mais relevante à *ratio decidendi* das decisões Corte IDH, elemento já tão consolidado em outras jurisdições¹²². Resiste, igualmente, ao cumprimento de decisões em que o próprio país foi parte, de que é exemplo o próprio *Caso Gomes Lund v. Brasil*¹²³. De fato, segundo o sistema de monitoramento do cumprimento das decisões da Corte IDH, das 8 (oito) condenações sofridas pelo Brasil, apenas uma delas foi integralmente cumprida¹²⁴. O cumprimento segue parcial ou integralmente em aberto quanto às demais¹²⁵.

5 O *Ius Constitutionale Commune* como estratégia de resiliência contra retrocessos: protegendo a transformação

Tais considerações nos levam à segunda pergunta que motivou o presente trabalho e que é: *o Ius Constitutionale Commune na América Latina* tem uma contribuição a oferecer ao Brasil? Em outras palavras: a adesão e o compromisso do Brasil com um *corpus iuris* latino-americano e com o estabelecimento de um diálogo interamericano implicariam ganhos para o constitucionalismo brasileiro? A resposta é sim. À parte a circunstância de o país ter se comprometido internacionalmente com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, portanto, dever cumprir as obrigações dele decorrentes, o *Ius Constitutionale Commune* tem uma

qualquer consideração sobre o tratamento dado pela Corte IDH às anistias ou sobre a sua aplicabilidade ou não ao caso em exame.

¹²¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. Casoteca da América Latina: a atuação da Corte Constitucional do México na implementação de direitos sociais. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 252-280, 2018; MELLO, Patrícia Perrone Campos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. Casoteca da América Latina: a atuação da Corte Constitucional do Peru na implementação de direitos sociais. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 295-322, 2018; MELLO, Patrícia Perrone Campos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. Casoteca da América Latina: a atuação da Corte Constitucional do Chile na implementação de direitos sociais. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 275-294, 2018; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Casoteca da América Latina: a atuação da Corte Constitucional da Colômbia na implementação de direitos sociais. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 286-312, 2017; MELLO, Patrícia Perrone Campos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. Casoteca da América Latina: a atuação da Suprema Corte da Equador na implementação de direitos sociais. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 313-338, 2017; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Casoteca da América Latina: a atuação da Suprema Corte da Argentina na implementação de direitos sociais. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 220-251, 2018.

¹²² É o que expressa a já mencionada declaração apresentada pelos governos da Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai, em 11 de abril de 2019, ao Secretário Executivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por meio da qual tais países afirmaram que “os entendimentos e sentenças dos órgãos do sistema interamericano só produzem efeitos para as partes do litígio” (livre tradução). CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores*. 2019. Disponível em: <https://minrel.gob.cl/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de/minrel/2019-04-23/105105.html>. Acesso em: 16 jul. 2019.

¹²³ CORTE INTERAMERICANA. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil, j. 20 de outubro de 2016; CORTE INTERAMERICANA. Caso Povo Indígena do Xuxuru e seus membros *vs.* Brasil, j. 5 de fevereiro de 2018; CORTE INTERAMERICANA. Caso Herzog e outros *vs.* Brasil, j. 15 de março de 2018.

¹²⁴ CORTE INTERAMERICANA. Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Escher e Outros *vs.* Brasil, 20 de fevereiro de 2012.

¹²⁵ CORTE INTERAMERICANA. Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil, j. 17 de maio de 2010; CORTE INTERAMERICANA. Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Garibaldi *vs.* Brasil, 22 de fevereiro de 2012; CORTE INTERAMERICANA. Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Favela Nova Brasília *vs.* Brasil, 30 de maio de 2018.

função muito relevante, já explicitada acima, consistente em funcionar como uma rede de proteção contra retrocessos.

Embora seja inegável que o Brasil viveu um longo período de avanços, esse ciclo apresenta sinais de exaustão. Tais sinais se relacionam com uma crise política e econômica sem precedentes experimentada pelo país¹²⁶, da qual parece ter resultado uma descrença generalizada na democracia e a ressonância de discursos menos protetivos em matéria de direitos, no âmbito da política majoritária. De fato, em 2014, com a fase ostensiva da operação Operação Lava Jato, um grande esquema de corrupção, ainda maior que o Mensalão, é revelado, envolvendo a maior parte dos partidos políticos, empresas de infraestrutura, executivos e um enorme rol de autoridades e de ex-autoridades, alegadamente implicados na manipulação do resultado de licitações, no superfaturamento de contratos públicos, no pagamento de vantagens indevidas a autoridades e/ou no repasse de valores a partidos políticos¹²⁷.

No plano da cidadania, as revelações da Lava Jato, somadas ao *impeachment* da Presidente da República, por delitos contábeis, e ao agravamento da crise econômica que já se fazia sentir durante o seu governo, produzem uma descrença generalizada na política, ensejando a redução da confiança da população em instituições-chave como a Presidência da República e o próprio Judiciário¹²⁸. A consolidação da democracia¹²⁹ e o próprio estado de direito¹³⁰ recuam no país. No final de 2018, elege-se Presidente da República um candidato conservador, que, no passado, falara em favor do regime militar¹³¹. Experimenta-se, no espaço público, uma notória mudança de discurso que impacta os direitos de grupos especialmente vulneráveis como mulheres, afrodescendentes, pessoas LGBTI+, indígenas e quilombolas¹³², bem como a proteção ambiental¹³³. Chega-se, inclusive, a aludir à possibilidade de ampliar o número de integrantes do STF, para produzir uma composição convergente com as ideias do governo¹³⁴.

No plano judicial, a Lava Jato levou ao Judiciário e ao Supremo Tribunal Federal, especialmente em virtude do foro especial de que gozam altas autoridades, o processo e o julgamento de múltiplos casos criminais

¹²⁶ MENDES, Conrado Hübner. A política do pânico e circo. In: ABRANCHES, Sérgio et al. *Democracia em Risco?* 22 ensaios sobre o Brasil Hoje. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 230-246.

¹²⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. *Lava Jato: Entenda o Caso*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 20 jul. 2019.

¹²⁸ De acordo com pesquisa do Instituto Datafolha, realizada em 2019, 42% da população confiam muito nas Forças Armadas. Na sequência, com maior nível de confiança, aparece a Presidência da República (28% confiam muito, 40% confiam um pouco e 31% não confiam). Num patamar abaixo estão o Poder Judiciário, considerando juízes e desembargadores (24% confiam muito, 48% confiam um pouco e 26% não confiam). Os resultados, em agosto de 2012, eram bem distintos: 85% dos brasileiros confiavam na Presidência da República (33% confiavam muito, e 52%, um pouco), enquanto 67% confiavam no STF (16% muito, e 51%, um pouco). A confiança no Congresso Nacional, por outro lado, sempre foi baixa. INSTITUTO DATAFOLHA. *Grau de confiança nas instituições*. 2018. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2019/07/10/9b9d682bfe0f1c6f228717d59ce49fdcfi.pdf>; INSTITUTO DATAFOLHA. *Intenção de voto presidente 2014 e Avaliação das instituições*. 2012. Disponível em: http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/int_voto_presidente2014_avaliacao_inst_14122012.pdf. Acesso em: 22 jul. 2019.

¹²⁹ Conforme índice desenvolvido pelo The Economist, por meio do qual se pontua a democracia nos países, atribuindo-lhe uma nota de 0 a 10, a democracia, no Brasil, caiu da nota de 7,38, em 2014, para 6,97, em 2018. THE ECONOMIST Intelligence Unit's Democracy Index. 2018. Disponível em: <https://infographics.economist.com/2019/DemocracyIndex/>. Acesso em: 22 jul. 2019.

¹³⁰ Em 2019, o Brasil cai três posições na indexação do World Justice Project, quanto à aderência ao estado de direito, ocupando, o 58º lugar. WORLD JUSTICE PROJECT. *Rule of Law Index 2019*. Disponível em: https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2019-Single%20Page%20View-Reduced_0.pdf. Acesso em: 22 jul. 2019.

¹³¹ BOLSONARO, Jair. Comissão da inverdade. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 11 de janeiro de 2011. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1101201107.htm>. Acesso em: 20 jul. 2019.

¹³² CONSTANTINO, Rita; COSTA, Valter; EIRAS; Yuri. As ideias e os valores de Bolsonaro em 100 frases. *Época*, Rio de Janeiro, 08 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://epoca.globo.com/as-ideias-os-valores-de-bolsonaro-em-100-frases-23353141>. Acesso em: 20 jul. 2019.

¹³³ BRASIL. Senado Federal. *Ambientalistas criticam política ambiental de Bolsonaro*. 06 de junho de 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/06/ambientalistas-criticam-politica-ambiental-de-bolsonaro>. Acesso em: 20 jul. 2019.

¹³⁴ BERALDO, Paulo. Bolsonaro quer aumentar número de ministros do STF, juristas criticam proposta. *Estadão*, 03 de julho de 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-stf-juristas-criticam,70002383890>. Acesso em: 20 jul. 2019.

envolvendo altos executivos, autoridades e ex-autoridades da República, de todos os espectros e partidos políticos. Nessa medida, independência judicial e “fatores reais de poder” entram em tensão, e se produz uma enorme resistência a certas decisões proferidas pelo STF que favorecem a efetividade da persecução penal. Tais casos colocam o Supremo entre os demais poderes e a opinião pública. O Tribunal enfrenta, de um lado, acusações de violação ao Princípio da Separação dos Poderes e, de outro, insatisfações quando tem uma atuação menos enérgica em temas relacionados à corrupção.

Trata-se de tempos difíceis, portanto, em que as conquistas transformadoras da fase anterior podem estar em risco. Em parte, a narrativa confirma a crítica que já se desenvolvia acerca do constitucionalismo na América Latina: a luta por direitos não é uma luta que se ganha apenas no capítulo dos direitos. É uma luta que impõe que se ingresse na “sala de máquinas” das constituições e que se trate também das estruturas de poder¹³⁵. Não há dúvida de que o empoderamento do Judiciário ajuda a alterar tal dinâmica. Os casos narrados acima deixam entrever isso. Mas é insuficiente. O próprio Judiciário depende de uma interação sadia com os demais poderes, para manter a sua estabilidade institucional¹³⁶.

A narrativa acima expressa, ainda, uma tendência mais ampla de retrocesso democrático e de recuo na proteção dos direitos, que se verifica em diversos países do Ocidente, e que se relaciona com o empoderamento de lideranças autoritárias, por meio de amplo apoio popular e do uso do direito para minar a democracia e o próprio constitucionalismo¹³⁷.

É nesse contexto que se defende que a adoção do *Ius Constitutionale Commune na América Latina* e a perspectiva do constitucionalismo em rede podem ter um grande valor. Os standards construídos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelas demais cortes da região, bem como os precedentes protetivos produzidos por outras cortes internacionais e supremas cortes constituem um *corpus iuris* ou paradigmas objetivos que se encontram alheios às paixões domésticas do momento.

O constitucionalismo em rede, como já demonstrado, exerce múltiplas funções, entre as quais: a definição das melhores práticas em termos de direitos humanos e democracia; a atribuição de maior visibilidade a retrocessos; a construção de incentivos reputacionais para a observância de padrões mais elevados de respeito a tais bens; a deflagração de monitoramento por parceiros internacionais; e a cooperação entre cortes, agentes e países de democracias mais consolidadas e Estados que experimentam ameaças de retrocesso.

As cortes brasileiras precisam buscar engajar-se em um diálogo sério com os demais países da região e com os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Devem se preocupar em cumprir suas decisões ou, em situações excepcionalíssimas, se desincumbir de um ônus argumentativo robusto e explicitar razões relevantes para se afastarem das suas orientações. Devem buscar conhecer os entendimentos da Comissão IDH e os precedentes da Corte IDH, reconhecer-lhes uma eficácia diferenciada, se comprometer a aplicá-los *prima facie* e desenvolver o controle de convencionalidade, de forma a que seus juízes passem a adequar suas próprias decisões aos standards da Corte IDH.

Não se defende a submissão do Brasil ou de seus tribunais à Corte Interamericana ou a importação acrítica do direito estrangeiro. Tampouco se desconhecem os problemas relacionados à legitimação democrática, interculturalidade e pluralismo que podem ser enfrentados pelas cortes internacionais. O que se defende é tão somente que o país se engaje em um diálogo sério, em primeiro lugar, porque há um valor epistêmico em conhecer o trabalho dos demais integrantes do SIDH e como solucionam problemas semelhantes aos

¹³⁵ GARGARELLA, Roberto. Social rights & the engine room of the Constitution. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, v. 4, n. 1, p. 9-18, 2013. p. 16.

¹³⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Comportamiento judicial estratégico: el caso del Supremo Tribunal Federal de Brasil. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 10, n. 1, p. 168-195, jun. 2019. p. 168-195.

¹³⁷ LEVITISKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018; ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 214-279; GRABER, Mark. What's in crisis? The Postwar Constitutional Paradigm, Transformative Constitutionalism and the fate of the Constitutional Democracy. In: GRABER, Levinson e Tushnet. *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 665-690.

que enfrentamos. Em segundo lugar, porque o sistema e seus atores podem constituir aliados fundamentais para a preservação de conquistas democráticas.

6 Conclusão

Diante do exposto, em resposta às perguntas formuladas no princípio do trabalho, o direito constitucional experimentou, no Brasil, a partir dos anos 2000, um grande influxo transformador e concretizador das promessas constitucionais, que teve, por base dogmática, a doutrina da efetividade e o neoconstitucionalismo. Esse influxo transformador foi marcado por uma intensa atuação do Poder Judiciário (e especialmente do Supremo Tribunal Federal) no julgamento de casos pertinentes a direitos fundamentais, democracia e estado de direito, que fizeram avançar esses temas no país. Nessa medida, é possível reconhecer o desempenho de uma função transformadora pelo direito constitucional.

Entretanto, o constitucionalismo brasileiro ainda não estabeleceu um diálogo sério com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a Comissão Interamericana ou com as demais cortes da região. É justamente esse diálogo que permite o desenvolvimento e a adesão ao *Ius Constitutionale Commune in América Latina*, ou seja, a um corpo de direito constitucional comum latino-americano que dispõe de standards claros e objetivos em matéria de implementação de direitos humanos, democracia e estado de direito.

O *Ius Constitutionale Commune* é produto do desenvolvimento de um constitucionalismo em rede, resultante da interação de diferentes ordens, cortes e agentes. O desenvolvimento do direito em tais termos tem uma tripla vantagem. Em primeiro lugar, agrega ao direito constitucional doméstico o olhar “do outro”, que permite encontrar os “pontos cegos” que, eventualmente, não foram percebidos pelos agentes e cortes nacionais. Em segundo lugar, estabelece standards objetivos e práticas constitucionais reconhecidas internacionalmente e, nessa medida, protege tais standards de crises democráticas momentâneas que possam ser enfrentadas pelas ordens nacionais. Em terceiro lugar, empodera múltiplos atores como agentes monitores do que se passa em cada país e, portanto, como elemento de resiliência da rede. O retrocesso em um país é acompanhado, minimizado, compensado pela atuação e pela defesa dos standards pelos demais agentes da rede.

Nessa medida, o *Ius Constitutionale Commune na América Latina* pode oferecer importantes contribuições para o constitucionalismo brasileiro. O ICCAL pode constituir um novo estímulo e um reforço para continuar a avançar na concretização das promessas constitucionais. Pode, ainda, e essa é uma justificativa especialmente importante nos tempos atuais, contribuir para a construção de estratégias de resiliência em momentos de ameaça de retrocesso, ajudando a proteger as conquistas já alcançadas e os standards já consolidados.

É certo que a atuação da Corte Interamericana ou do Judiciário não são suficientes para assegurar o bom funcionamento do constitucionalismo e da democracia, tampouco para promover a reforma de estruturas de poder. Entretanto, as estratégias de “defesa em rede”; a interação com cortes internacionais, cortes constitucionais e supremas cortes; a divulgação do que se passa na esfera internacional; o acionamento de múltiplos atores são elementos que se agregam a outros esforços e permitem um aumento da resiliência democrática em tempos de crise.

Referências

- ALEXYS, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge; MUDROVITSCH, Rodrigo. (org.). *Jurisdição Constitucional em 2020*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, p. 30-60, jul./set. 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos Sociais- Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BASILE, Juliano; MAGRO, Máira; COSTA, Raimundo. O Supremo em seu momento. *Valor*, São Paulo, p. 5-9, jul. 2012.
- BERALDO, Paulo. Bolsonaro quer aumentar número de ministros do STF, juristas criticam proposta. *Estadão*, 03 de julho de 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-stf-juristas-criticam,70002383890>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.
- BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3.
- BOLSONARO, Jair. Comissão da inverdade. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 11 de janeiro de 2011. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1101201107.htm>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Supremo em ação 2018: ano-base 2017*. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/fd55c3e8cece47d9945bf147a7a6e985.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- BRASIL. Ministério Público Federal. *Lava Jato: entenda o caso*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- BRASIL. Senado Federal. *Ambientalistas criticam política ambiental de Bolsonaro*. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/06/ambientalistas-criticam-politica-ambiental-de-bolsonaro>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- BUSTOS, Rafael. *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*. Bilbao: Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 2005.

- BUSTOS, Rafael. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México: Porrúa, 2012.
- CANOTILHO, JJ. Gomes. *A Constituição dirigente e a vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- CEPEDA, Manuel José. ¿Cómo se hizo la Asamblea Constituyente? In: CEPEDA, Manuel José. *Introducción a la Constitución de 1991*. Bogotá: Presidencia de la República, 1993.
- CEPEDA, Manuel José. La defensa judicial de la Constitución. La gran fortaleza colombiana. In: BOGDANDY, A. V.; PIOVESAN, F.; M. MORALES ANTONIAZZI, M. (coord.). *Derechos humanos, democracia e integración jurídica en América del Sur*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; MELLO, Patrícia Perrone Campos *et al.* Casoteca da América Latina: a atuação da Suprema Corte da Argentina na implementação de direitos sociais. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 220-251, 2018.
- CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Casoteca da América Latina: a atuação da Corte Constitucional da Colômbia na implementação de direitos sociais. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 286-312, 2017.
- CHILE. *Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores*. 2019. Disponível em: <https://minrel.gob.cl/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de/minrel/2019-04-23/105105.html>. Acesso em: 16 jul. 2019.
- CONSTANTINO, Rita; COSTA, Valter; EIRAS, Yuri. As ideias e os valores de Bolsonaro em 100 frases. *Época*, Rio de Janeiro, 08 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://epoca.globo.com/as-ideias-os-valores-de-bolsonaro-em-100-frases-23353141>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- COUFFIGNAL, Georges. *La nueva América Latina: Laboratorio político del Occidente*. Santiago: LOM Ed., 2015.
- DAMATTA, Roberto. Nunca lemos tanto. *O Globo*, Rio de Janeiro, 5 dez. 2012.
- DINIZ, Laura; MARQUES, Hugo. O triunfo da justiça: os ministros do Supremo Tribunal Federal condenam os mensaleiros, denunciam a corrupção e caem nas graças dos brasileiros, carentes de referências éticas. *Veja*, ano 45, n. 41, 10 out. 2012.
- FACHIN, Melina Girardi; RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Perspectivas do controle de convencionalidade do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil: implicações para um novo constitucionalismo. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. Porto Alegre: Globo, 2012.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata). In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- GARCIA RAMÍREZ, Sérgio. La Corte Interamericana de derechos humanos: Origen, vocación y cumplimiento. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- GARGARELLA, Roberto. La revisión judicial en democracias defectuosas: dossiê temático sobre Constitucionalismo Latinoamericano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2019.

- GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism – 1810-2010: the engine room of the Constitution*. New York e Oxford: Oxford University Press, 2013.
- GARGARELLA, Roberto. Social rights & the engine room of the Constitution. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, v. 4, n. 1, p. 9-18, 2013.
- GARGARELLA, Roberto. The “new” latin american constitutionalism: old wine in new skins. In: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2017.
- GENTILE, Rogério. Em 1 ano, país teve ao menos 41 casos de agressão à livre expressão de ideias. *Folha de São Paulo*, nov. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/11/em-1-ano-pais-teve-ao-menos-41-casos-de-agressao-a-livre-expressao-de-ideias.shtml>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- GRABER, Mark. What’s in crisis? The Postwar Constitutional Paradigm, Transformative Constitutionalism and the fate of the Constitutional Democracy. In: GRABER, Levinson e Tushnet. *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford: Oxford University Press, 2018.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Cidade do México: Doctrina Jurídica Contemporânea, 2001.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *O Homem Cordial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Cor ou Raça*. 2015. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18319-cor-ou-raca.html>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- JACKSON, Vicki C. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-128, 2005.
- JACKSON, Vicki C. Constitutions as “Living Trees”? comparative constitutional law and interpretive metaphors. *Fordham Law Review*, n. 75, p. 921-960, 2006.
- KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, jan. 1998.
- KLATT, Matthias; ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- KOBYLINSKY, K. The Polish Constitutional Court from an attitudinal perspective before and after the constitutional crisis of 2015-2016. *Wroclaw Review of Law, Administration and Economics*, v. 6, n. 2, 2018.
- LEVITISKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Apresentação. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. 30 anos, 1 Constituição, 3 Supremos. In: BARROSO; Luís Roberto;

- MELLO, Patrícia Perrone Campo. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição Brasileira na visão da escola de direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. A vida como ela é: comportamento estratégico no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, ago. 2018.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Comportamiento judicial estratégico: el caso del Supremo Tribunal Federal de Brasil. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 10, n. 1, p. 168-195, jun. 2019.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da Advocacia Geral da União*, Brasília, v. 15, n. 5, p. 9-52, jul./set. 2016.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. Casoteca da América Latina: a atuação da Corte Constitucional do Chile na implementação de direitos sociais. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 275-294, 2018.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. Casoteca da América Latina: a atuação da Suprema Corte do Equador na implementação de direitos sociais. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 313-338, 2017.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. Casoteca da América Latina: a atuação da Corte Constitucional do Peru na implementação de direitos sociais. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 295-322, 2018.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. Casoteca da América Latina: a atuação da Corte Constitucional do México na implementação de direitos sociais. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 252-280, 2018.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; PEÑAFIEL, Juan Jorge Faundes. *Constitucionalismo em Rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra*. 2019. No prelo.
- MENDES, Conrado Hübner. A política do pânico e circo. In: ABRANCHES, Sérgio et al. *Democracia em Risco? 22 ensaios sobre o Brasil Hoje*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 230-246.
- MONTALVÁN, Digno José. *El concepto de pluralismo constitucional y sus distintas interpretaciones*. 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/23572945/El_concepto_de_pluralismo_constitucional_y_sus_distintas_interpretaciones. Acesso em: 28 maio 2019.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela. O estado aberto: objetivo do Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina: Marco conceptual*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Protección supranacional de la democracia en Suramérica: un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*. México: Unam, 2015.
- MULLER, Jan-Werner. Should the EU protect democracy and the rule of law inside member states? *European Law Journal*, v. 21, n. 2, mar. 2015.
- NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as Cortes Supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

- OTO, Écio; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. 3. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.
- PEREIRA, Merval. Pós-escrito ao julgamento do Mensalão: a escolha dos heróis. In: PEREIRA, Merval. *Mensalão: o dia a dia do mais importante julgamento da história política do Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2013.
- PERJU, V. The Romanian double executive and the 2012 constitutional crisis. *I-CON*, v. 13, n. 1, 2015.
- PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogos entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- SAGUÉS, Néstor Pedro. *El "Control de Convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un Ius Commune Interamericano*. Disponível em: www.juridicas.unam.mx. Acesso em: 20 jul. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e direito internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- SCHEPELLE, Kim. Constitutional Coups and Judicial Review: how transitional institutions can strengthen peak courts at times of crisis (with special reference to Hungary). *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 23, p. 51-117, 2014.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton: Princeton U. Press, 2005.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- SUNSTEIN, C. The Anticaste Principle. *Michigan Law Review*, v. 92, n. 8, 1994. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=12206&context=journal_articles. Acesso em: 20 jul. 2019.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice da percepção da corrupção 2018*. Berlim, 2018. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em: 15 jul. 2019.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113-118, 1998.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. v. 1.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

WALKER, Neil. The idea of Constitutional Pluralism. *EUI Working Paper*, Florencia, 2002.

WORLD BANK. *Worldwide Governance Indicators*. 2018. Disponível em: <https://info.worldbank.org/governance/wgi/#doc>. Acesso em: 04 abr. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *World health statistics 2018: monitoring health for the SDGs, Sustainable Development Goals*. Geneva: World Health Organization, 2018. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272596/9789241565585-eng.pdf?ua=1>. Acesso em: 16 jul. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION; INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. *Tracking universal health coverage: 2017 global monitoring report*. World Health Organization and International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank; 2017. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/640121513095868125/pdf/122029-WP-REVISED-PUBLIC.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2019.

World Inequality Database. *Top 1% national income share*. Disponível em: https://wid.world/world/#sp-tinc_p99p100_z/US;FR;DE;CN;ZA;GB;WO/last/eu/k/p/yearly/s/false/5.487/30/curve/false/country. Acesso em: 15 jul. 2019.

WORLD JUSTICE PROJECT. *The World Justice Project: Rule of Law Index 2014*. Disponível em: http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp_rule_of_law_index_2014_report.pdf. Acesso em: 04 abr. 2019.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Um projeto comum para a
América Latina e os impactos
das empresas em direitos
humanos**

**A common project for Latin
America and businesses'
impacts on human rights**

Danielle Anne Pamplona

Um projeto comum para a América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos*

A common project for Latin America and businesses' impacts on human rights

Danielle Anne Pamplona**

Resumo

O artigo parte do reconhecimento de que, na década de 70 do século passado, os países do sul global deixaram de agir de forma coordenada na defesa e na busca de concretização de seus interesses. Isso parece bem claro a partir da análise do desenvolvimento histórico do tema de empresas e direitos humanos, que busca, de modo bastante genérico, estreitar as relações entre atividades econômicas e direitos humanos. Identificada a falta de coordenação, a pesquisa partiu da hipótese de que seria possível encontrar um fundamento que pudesse levar a uma ação coordenada. A hipótese era a de que a Teoria do *Ius Constitutionale Commune*, para a América Latina, apresentaria essa fundamentação. A análise da teoria não foi feita sem antes serem identificadas quais as dificuldades que se impõe ao estabelecimento de uma relação, ou de relações, concretas e tangíveis entre empresas e direitos humanos. Uma vez identificadas as dificuldades, foi feita a análise da teoria em relação à busca de respostas ou de instrumentos que pudessem enfrentar essas dificuldades. A pesquisa foi dedutiva no que diz respeito à análise da teoria de base e indutiva em relação à tentativa de identificar instrumentos para enfrentar os desafios encontrados. Ao final, foi possível concluir que a Teoria do *Ius Constitutionale Commune* serve como fundamento para a adoção de nova postura pelos países do sul global no que tange às atividades econômicas que neles investem e, para além disso, ainda pode ser fonte de instrumentos importantes.

Palavras-chave: Empresas; direitos humanos; *Ius Constitutionale commune*; América Latina.

Abstract

The article is based on the recognition that, in the 70s of the last century, countries of the global south stopped acting in a coordinated way in defense and the pursuit of some of their interests. This seems very clear from the analysis of the historical development of the theme of business and human rights, which seeks, in a rather generic way, to strengthen the relationship between economic activities and human rights. Identifying the lack of coordination, the research assumed that it would be possible to encounter a theoretical foundation that could lead to coordinated action. The hypothesis is

* Recebido em 24/06/2019
Aprovado em 16/09/2019

** Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR; Pós-Doutora na American University, Washington, DC (2015/2016); Pesquisadora Visitante do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law; Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Mestre em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP; Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da PUCPR; Vice-Diretora do braço latino-americano da Global Business and Human Rights Scholars Association. E-mail : dapamplona@pamplonabrazbrusamoln.com.br

that the Theory of *Ius Constitutionale Commune* for Latin America would provide this rationale. The analysis of the theory was not done without first identifying the difficulties presented when establishing a concrete and tangible relationship, or relations, between business and human rights. Once the difficulties were identified, the theory was analyzed in search for answers or instruments that could face these difficulties. The research was deductive regarding the analysis of the basic theory and inductive in relation to the attempt to identify instruments to meet the challenges encountered. In the end, it led to the conclusion that the *Ius Constitutionale Commune* Theory serves as a basis for the adoption of a new posture by global south countries regarding regulation of investors economic activities and, beyond that, it can still be source of important instruments.

Key-words: Businesses; human rights; *Ius Constitutionale* çommune; Latin America.

1 Introdução

O presente texto quer apostar em um modo de corrigir o que identifica como um erro histórico dos países do sul global, na década de 1970, quando deixaram de atuar de forma internacionalmente coordenada, com consequências terríveis e persistentes para a América Latina. Na década de 70, a Organização das Nações Unidas discutiu a elaboração de um Código de Conduta para as Corporações Transnacionais, e, no início da década de 1980, impulsionados — entre outras coisas — pelo fluxo de investimentos para os países em desenvolvimento, esses próprios países adotaram condutas não harmonizadas entre eles. Isto causou, pelo menos, a rejeição do Código de Conduta mencionado. Além disso, esses investimentos e o modo com que foram regulamentados levaram à normalização da ideia de que as relações entre atividades econômicas e Estados deveriam refletir forte regulamentação para a conduta estatal de um lado, mas somente medidas de adoção voluntária para as empresas.

Essa relação, um tanto desigual, é construída sobre uma estrutura contratual — os contratos bilaterais de investimento — que estabelece regras protetivas do investidor e um foro próprio para a dissolução das controvérsias, os tribunais arbitrais. Essa estrutura permite que os investidores protejam seus investimentos, inclusive, diante de pretensões constitucionalmente legítimas dos Estados. Longe de se querer esclarecer como essas estruturas são colocadas em funcionamento no presente texto, quer-se, tão somente, apontar para o fato de sua existência e da dificuldade dos Estados em impor regras domésticas protetivas de seus cidadãos quando enfrentam o poder dos investidores — ou seja, quando, mesmo querendo concretizar regras protetivas de direitos humanos, os Estados encontram óbices impostos pelas estruturas criadas para possibilitar que os investimentos fossem recebidos. Esse caminho, trilhado nas décadas de 60 e 70, foi pavimentado por outras situações que levaram à atividade transnacional das empresas, ao *outsourcing* de sua produção, e ao aumento exponencial e lucros. A consequência disso é o aumento do poder econômico de tais entes privados, em detrimento do poder político exercido pelos Estados. Aos poucos, fica claro que tais atividades econômicas podem se envolver com abusos de direitos humanos sem que haja mecanismos domésticos ou internacionais que possam responsabilizá-las.

Pretende-se, portanto, enfrentar as dificuldades de tentar responsabilizar as empresas por violações dos direitos humanos. O problema não é novo ou desconhecido, pelo contrário, em 1972 o então presidente do Chile, Salvador Allende, fez um discurso bastante conhecido na Assembleia Geral da ONU, acusando a empresa de telefonia norte-americana ITT de usar seu poder econômico para influenciar a política do país, o que se provou verdadeiro após o golpe que sofreu. A pedido do Chile, em 1975, a ONU, por meio do Conselho Econômico e Social e com o apoio da Comissão de Empresas Transnacionais, criou o mencionado Centro de Empresas Transnacionais com o mandato de elaborar um Código de Conduta sobre Práticas de Investimento Equitativas e Responsáveis. Enquanto isso, na realidade que mais violentamente afeta as pessoas, os casos em que as transnacionais estão envolvidas com violações de direitos, muitas vezes

aproveitando-se de seu poder econômico, somente aumentaram. Há muitos deles, e aqui vão mencionados alguns que provavelmente impactaram a comunidade internacional e incentivaram a busca contínua pela regulamentação dessas empresas.

Um exemplo vem de Bhopal, na Índia, em 1984, onde o vazamento de gás industrial da fábrica de pesticidas Union Carbide India Limited matou mais de três mil pessoas. Outro exemplo vem da Nigéria, onde a Shell Petroleum Development Company, que havia iniciado sua atividade no Delta do Rio Negro em 1958, cooperou com o governo nigeriano para silenciar violentamente a oposição popular a suas instalações. A empresa extraiu milhões de barris de petróleo das terras comunitárias Ogoni, que sofreram por décadas de depredação ambiental e violações de direitos humanos. Em 1994, Ken Saro-Wiwa, um dos líderes fundadores do Movimento, foi impedido de participar de uma manifestação contra a Shell que se tornou violenta, mas foi julgado e condenado à morte em um processo cheio de vícios e influenciado pela empresa. Em 2013, o edifício Plaza Rana, em Bangladesh, ruiu matando mais de mil trabalhadores, revelando que as numerosas pequenas indústrias têxteis ali instaladas não eram licenciadas para operar e os pisos foram adicionados ao prédio sem autorização, entre outras irregularidades encontradas. Finalmente, desde que a ONU iniciou seus esforços para dar uma resposta ao problema, muito pouco mudou em relação à atividade preventiva de violações de direitos humanos por atividades econômicas, basta lembrar do caso da Vale, que, em consórcio ou não com a BHP Billiton, é responsável por duas das maiores violações de direitos humanos no Brasil por empresas¹. São casos em que as corporações violam direitos, demonstrando a ausência de mecanismos eficazes de prevenção e não entregam soluções adequadas, por razões que passam pela fragilidade institucional dos países que as abrigam, ou pela falta de vontade política, ou por suas próprias estruturas corporativas, ou pela falta de legislação que atribua deveres a elas. Apesar de tantos eventos envolvendo grandes corporações e da festejada e correta celebração de todos os impactos positivos que provocam, ainda não há, em uníssono, o seu dever de responder quando uma violação ocorre.

De fato, a história tem demonstrado que há uma enorme pressão para que as pessoas se contentem com medidas de autorregulação, como o Pacto Global e os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos, aprovados em 2011 pelo Conselho de Direitos Humanos. Em cinquenta anos de debates, foram alcançadas tão somente medidas voluntárias.

A pesquisa foi dedutiva no que diz respeito à análise da teoria de base e indutiva em relação à tentativa de identificar instrumentos para enfrentar os desafios encontrados. É preciso fazer a relação entre as violações mencionadas, a falta de mecanismos eficazes para enfrentá-las e o *Ius Constitutionale Commune* para a América Latina (ICCAL). Pretende-se demonstrar que o ICCAL apresenta uma racionalidade capaz de dar fundamento a condutas que levem a respostas mais satisfatórias no enfrentamento de violações de direitos humanos por entes privados. Para apresentar essa ideia, a metodologia de trabalho foi identificar, primeiro, qual é exatamente o problema, pois parece ser muito vago dizer, apenas, que as grandes corporações não são responsabilizadas pelas violações de direitos humanos que cometem ou das quais são cúmplices. Na verdade, quando se enfrenta o que foi acordado chamar — especialmente pela doutrina americana, mas também na Europa — de “empresas e direitos humanos” (doravante, BHR, acrônimo do inglês, *business and human rights*) encontra-se uma miríade de problemas diferentes que não podem ser resolvidos simultaneamente. Existe uma complexidade de relacionamentos e áreas de conhecimento envolvidas, por isso não se trata de ocupar-se somente da lei, mas também de economia, sociologia, política. E, mesmo na seara legislativa, não se trata somente de direito internacional, mas também dos direitos humanos, do direito econômico internacional e, no âmbito doméstico, do direito empresarial, civil, trabalhista e do consumidor. Portanto, o texto segue o seguinte caminho, em três fases: identificação dos problemas; análise dos instrumentos que o ICCAL promove e a distinção dele para outras soluções e, por fim, a avaliação das possibilidades de utilização desses instrumentos para resolver os problemas encontrados.

¹ PAMPLONA, Danielle Anne. Das violações de direitos humanos e do envolvimento de grandes corporações.

2 Das relações das atividades econômicas com direitos humanos

Como mencionado, desde o início das discussões sobre as relações que se estabelecem entre as atividades econômicas e a proteção de direitos humanos, ainda não foi possível estabelecer regras vinculantes para as transnacionais no âmbito da ONU e, ao contrário, o surgimento do direito internacional de investimentos conforma um regime de proteção dos investidores — que são, em verdade, as grandes corporações, com franco detrimento do poder dos Estados. Em reconhecimento do relevante papel que a atividade econômica desempenha, com impactos extremamente positivos para o desenvolvimento econômico, o texto pretende avançar na defesa da ideia de que há, também, grande potencial para que a atividade econômica apresente impactos positivos também para o desenvolvimento social e ambiental. Trata-se de fomentar as discussões na área de BHR para possibilitar, em última análise, maior concretização de direitos, especialmente econômicos e culturais, por meio da promoção da harmonização de ações pelos diferentes Estados da região. Essa ação conjunta dos Estados, para enfrentar alguns desafios em suas relações com as atividades econômicas, poderá evitar, por exemplo, que alguns tenham regras mais rígidas do que outras, de modo que se tornem menos atraentes para investimentos.

2.1 A identificação dos problemas

A proposta do texto é, em primeiro lugar, identificar os obstáculos à responsabilização das corporações, no âmbito doméstico e no internacional. Assim, a avaliação é feita em três ambientes: naquele onde ocorre a violação, no país em que a empresa-matriz tem sede e no ambiente internacional.

No local onde a violação ocorre, a falta de responsabilização das empresas pode se dar por falta de instituições, por falta de vontade política, por falta de capacidade técnica ou por falta de legislação atribuindo a responsabilidade. A impossibilidade de responsabilização de transnacionais no país que abriga sua matriz pode se dar pelo fato de que esse país não tem jurisdição sobre fatos ocorridos fora de seu território ou por suas estruturas societárias.

Por seu turno, a impossibilidade de responsabilização das transnacionais no ambiente internacional ocorre porque não são reconhecidas como sujeitos de direito internacional; porque não há instrumento vinculante as impondo obrigações; por que não há sanções; por que não há uma corte com jurisdição sobre elas. Cada um desses problemas tem suas nuances e desdobramentos. Estabelecidos quais são os problemas, necessário será compreender o marco teórico de onde se quer extrair alguma solução.

2.2 A regulamentação existente

A ONU promoveu uma iniciativa chamada de Pacto Global², que, desde os anos 2000, aceita filiações de empresas e outras entidades que se comprometam, por meio de uma declaração formal, a buscar a implementação de seus dez princípios, voltados a condutas anticorrupção, meio-ambiente, relações de trabalho e direitos humanos. São dois os princípios relacionados diretamente aos direitos humanos, e eles estabelecem que as empresas devem apoiar e respeitar a proteção de direitos humanos reconhecidos internacionalmente e devem se assegurar de sua não participação em violações desses direitos. Esta é uma iniciativa que promove adoção desses princípios, pelas empresas, de modo totalmente voluntário. É justamente essa voluntariedade que faz com que seja alvo de críticas. É preciso que se diga que há várias iniciativas das empresas envolvidas que estão relacionadas ao bem-estar de seus funcionários e, muitas vezes, da comunidade que delas sofrem influência. Todavia, as medidas voluntárias são implementadas na medida em que a empresa entenda que devam ser implementadas e ainda é presente a ideia de que as empresas têm como objetivo

² Para saber mais sobre o Pacto Global, acesse www.pactoglobal.org.br.

a geração de lucro para seus sócios. Isso leva à adoção de condutas que possam gerar algum ganho para a empresa, desviando-se dos objetivos das discussões em empresas e direitos humanos, que são relacionados às condutas que as empresas adotam independentemente de que gerem um ganho tangível ou não. Essas medidas, em verdade, consolidam o que se conhece como responsabilidade social corporativa, medidas que passam a fazer parte da estratégia de negócios das empresas, com a finalidade de aumentar seu lucro. Essas medidas têm resultados positivos para os envolvidos, todavia, estão distantes do que buscam realizar os estudos em empresas e direitos humanos, mais conectados com as condutas que as empresas devem ter independentemente da potencialidade de aumentar seus ganhos.

Atualmente, os avanços mais recentes para fomentar o respeito de direitos humanos pelas empresas e buscar obstaculizar a ocorrência de abusos corporativos vêm de dois grupos de trabalho diferentes na ONU, um com um mandato para elaborar um texto que possa ser adotado no futuro como um tratado internacional para o assunto; e outro, que tem o mandato de promover a implementação dos chamados Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos, aprovados em 2011 pelo Conselho de Direitos Humanos.

O primeiro, denominado Grupo de Trabalho sobre Corporações Transnacionais e outros negócios, apresentou um esboço do tratado em 2018, o chamado *zero draft*³. A criação do Grupo se deu por intervenção e fomento, especialmente, da África do Sul e do Equador, este, especialmente, vinha disputando com grande corporação extrativista sobre os deveres de respeito aos direitos humanos e aquele, já envolvido nas discussões de colaboração de empresas com o regime do Apartheid, em detrimento de direitos humanos de seus nacionais. Essa minuta esclarece que um dos objetivos do texto é reforçar o respeito, a promoção, a proteção e a concretização de direitos humanos no contexto das atividades econômicas de caráter transnacional. Esse é um importante detalhe para a presente pesquisa. Para os redatores do tratado, sua preocupação se volta às grandes corporações, aquelas cujas atividades, ou parte delas, estão espalhadas em diferentes países⁴. É justamente aqui que são impostas grandes dificuldades às tentativas de fazer com que as empresas adotem condutas compatíveis com direitos humanos: quando o assunto se volta às transnacionais.

Para compreender o fenômeno, e como o tratamento se diferencia quando pensamos nas empresas com atuação nacional, basta refletir sobre as consequências sofridas por empresas nacionais quando violam direitos humanos em seus países. É o ordenamento doméstico que dará uma solução ao enfrentar as disputas trazidas pelos indivíduos ao judiciário. Para isso, é preciso que existam normas que possibilitem a responsabilização em diferentes cenários, na presença ou ausência de contrato, por exemplo. É preciso, ainda, a existência de instituições fortes o suficiente para fazer a aplicação do direito posto.

Quando há condições, as empresas nacionais podem ser responsabilizadas na jurisdição doméstica. Se as condições ainda não são as ideais, o Estado pode trabalhar para aprovar leis e/ou criar políticas públicas que permitam a responsabilização. Todavia, quando se tratam de empresas transnacionais, a responsabilização por qualquer conduta desviante do contrato ou não é feita em face da empresa-matriz. Esta, por sua vez, será facilmente acionada na jurisdição de sua sede. Todavia, a característica essencial da transnacional é que ela atua em países diferentes daquele onde está a matriz por meio de filiais, subsidiárias, consórcios, joint ventures, ou mesmo pela contratação de prestadores de serviços. Há várias figuras que podem ser utilizadas para tanto. E elas possibilitam uma nova discussão que não aparece quando tratamos de responsabilização de empresas nacionais. Nos casos em que transnacionais se envolvem com violações de direitos humanos, é possível que a responsabilização seja dificultada pela impossibilidade de fazer uma conexão entre a matriz — que normalmente tem condições de arcar com os danos causados — e as empresas que atuam fora de

³ Uma boa análise do quanto o zero draft contribui para o avanço do tema da responsabilização de empresas por abusos de direitos humanos está em RIVERA, Humberto Cantú. Some remarks on the third session of the Business and Human Rights Treaty Process and the ‘Zero Draft’. *Revista de Direito Internacional*, v.15, n.2, 2018, p.24-40.

⁴ RIVERA, Humberto Cantú. Developments in Extraterritoriality and Soft Law: towards new measures to hold corporations accountable for their human rights performance? p. 755.

seu território⁵. De qualquer forma, a minuta do tratado já adianta que a preocupação da regulamentação está voltada para as transnacionais e para a criação de condições para que os Estados regulamentem, de forma adequada, suas atividades.

No entanto, a convergência de vontades para que o texto seja aprovado como um tratado ainda pode estar longe de ser obtido. Enquanto isso, diferentes populações, especialmente no sul global, precisam conviver com os impactos negativos que atividades econômicas provocam em suas vidas, invariavelmente sem a compensação adequada pelos danos causados.

O Grupo de Trabalho sobre Direitos Humanos e Corporações Transnacionais e outras Empresas é o que procura fomentar a internalização dos Princípios Orientadores da ONU para Empresas e Direitos Humanos por diferentes Estados e foi criado pela Resolução 17/4⁶ logo em seguida da aprovação dos Princípios, pelo Conselho de Direitos Humanos, em 2011. A investidura do grupo de trabalho responsável por promover a aplicação dos Princípios tem sido alvo de várias críticas que começam com a natureza voluntária destes e passam pela falta de vontade política dos Estados para implementá-los. O Grupo de Trabalho indica aos países a necessidade de elaboração dos chamados Planos de Ação Nacionais que representam um verdadeiro plano para guiar a elaboração de políticas públicas e legislações que permitam não só a proteção, mas também o respeito de direitos humanos. A prática, no entanto, tem levado à conclusão de que os Planos elaborados até agora são, em geral, ainda mais vagos do que os Princípios⁷.

Como visto, portanto, a discussão centra-se na existência de sistemas nacionais incapazes de responsabilizar as empresas nacionais ou transnacionais pelas violações dos direitos humanos que cometem e pela impossibilidade de essa responsabilidade ocorrer internacionalmente. Muitas vezes, a incapacidade estatal deriva do enfraquecimento do governo democrático advinda de uma conexão entre o poder público e forças econômicas privadas⁸.

Mas há, ainda, casos de países que não se encaixam na imagem daqueles que contam com instituições fracas, no entanto, eles precisam se submeter às regras do direito econômico internacional, que nem sempre dará relevância às obrigações domésticas do Estado para com seus cidadãos relacionadas ao dever de proteção de direitos humanos, privilegiando as obrigações internacionais que o Estado assume, especialmente as que lhe impõe obrigações diante de detentores de poder econômico⁹. Podem-se encontrar sérias dificuldades na implementação dos direitos humanos diante das violações provocadas por esse novo ator, a entidade privada que exerce atividade econômica.

Em um sentido mais amplo, a dificuldade se traduz na tensa relação entre os objetivos pelos quais as empresas surgem e sua potencialidade para a proteção de direitos fundamentais e que pode ser traduzida por um confronto entre direito econômico e direitos humanos; ou entre desenvolvimento e direitos humanos. De fato, é conhecida a defesa que Milton Friedman¹⁰ fez dos reais objetivos da existência de uma empresa e, como ele explicou, nenhum deles passa por preocupações com outros indivíduos além de seus acionistas. Para ele, os interesses dos acionistas são os únicos interesses que podem ser perseguidos pela entidade em-

⁵ SILVA; Ana Rachel Freitas da Silva; PAMPLONA, Danielle Anne. Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? p.153.

⁶ A resolução esclarece qual é o mandato do Grupo de Trabalho e está disponível em http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/17/4.

⁷ CERQUEIRA, Daniel; PAMPLONA Danielle A. Extraterritorial obligations, States and Obligations. Are the UN Working Group on Business and Human Rights and the International Human Rights Bodies speaking the same language? Trabalho apresentado na Segunda Conferência Anual da Global Business and Human Rights Scholars Association, 2015, arquivo pessoal.

⁸ BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.). Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais, p.25.

⁹ RUGGIE, John Gerard. Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos, p. 35.

¹⁰ New York Times, 13.09.70. The social responsibility of businesses is to increase its profits. Disponível em <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/article-15-no-title.html> que traz ideias gestadas no Capitalism and Freedom, principalmente no capítulo VIII, p. 108 e ss.

presarial. A isto se soma uma noção de desenvolvimento cunhado nos anos 70, ligada ao Produto Interno Bruto dos países, que media o desenvolvimento de um país baseado em sua produção.

Há algum tempo, essas ideias encontraram uma oposição bem fundada e parece que, pouco a pouco, ela tem se consolidado no direito internacional. No entanto, para o direito internacional que se manifesta em opiniões consultivas ou em relatórios, é mais fácil absorver a ideia de que o desenvolvimento deixa de ter o caráter de capacidade de produção e que os direitos humanos devem florescer; mas para *realpolitik*, as forças econômicas por trás dos diferentes Estados-Membros não facilmente os deixa olvidar que as garantias de ganhos ainda é bastante relevante. Nesse sentido, não se pode fechar os olhos para os impactos das decisões das grandes corporações para o local e as pessoas onde estão instaladas. A possibilidade de alternância de sede, por exemplo, pode representar um forte argumento para exigir algumas concessões. Tudo isso, especialmente em tempos de globalização econômica, com a pesquisa de mercado, a necessidade de redução de custos e conseqüente transferência de cadeia de produção para outros países. É, na verdade, uma situação cujo equilíbrio está longe de ser encontrado.

O problema é bastante complexo e envolve diferentes questões. Em primeiro lugar, muito do que se quer implementar quando se discute as relações de BHR depende, essencialmente, ou, pelo menos, sofre influência, de regulamentos de Direito Econômico Internacional. Deve ser levado em consideração que o direito internacional e o direito interno devem incentivar o desenvolvimento, mas não qualquer desenvolvimento. De fato, adota-se, aqui, a ideia de desenvolvimento com o conteúdo que lhe é dado por Amartya Sen:

.... Un proceso integrado de expansión de las libertades sustanciales, en correlación estrecha de unas con otras... Las libertades políticas (libre expresión y elección) favorecen la seguridad económica. Las oportunidades sociales (el acceso a la educación y a la salud) facilitan la participación económica. La apertura económica (la posibilidad de participar en la producción y en los intercambios) ayuda a mejorar el nivel de vida individual, así como a liberar recursos públicos para los servicios sociales. Las diferentes libertades se refuerzan entre sí¹¹.

Esse desenvolvimento impõe algumas limitações para a regulação econômica e esses limites não estão estabelecidos em um documento internacional vinculante, mas estão em opiniões, decisões, relatórios dos diferentes órgãos do sistema internacional.

Há muito espaço para outras propostas que possam encorajar as vítimas de violações dos direitos humanos. A possibilidade aqui explorada está centrada na busca do fortalecimento e realização dos direitos humanos por meio do uso da teoria chamada *Ius Constitutionale Commune* para a América Latina (ICCAL) na crença de que ele pode lançar as bases para uma proposta que pode ser aplicada na região. É o que se busca demonstrar em seguida.

Necessário esclarecer, no entanto, que há duas coisas que o texto não quer fazer. Em primeiro lugar, não se trata de enfrentar a transnacionalidade do fenômeno jurídico e defender a criação de uma instância supranacional centralizada como fizeram Kelsen, com a *Peace through Law*, Bobbio com o pacifismo cosmopolita, Held com a democracia social global e Habermas com o cosmopolitismo, entre outros¹². Há inúmeros textos defendendo a adoção do ICCAL. Aqui, toma-se um dos objetivos do ICCAL e defende-se a ideia de que, se esse objetivo for alcançado, será, também, enfrentado o problema identificado como a gênese das questões relacionadas à atividade econômica e os direitos humanos. Assim, o texto demonstra que na gênese dos problemas que são enfrentados hoje, na América Latina, nessa seara — de empresas e direitos humanos — está a opção pela elaboração de acordos bilaterais de investimento e o enfraquecimento do Estado diante de atividade econômica. Quando o ICCAL permite o fortalecimento do Estado, permite, também, o resgate da estrutura capaz de fazer frente ao poder econômico e resgata o que se perdeu no momento em que os acordos de investimento começam a ser feitos.

¹¹ Commodities and capabilities, pp. 60 e ss.

¹² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Um direito sem estado? Direitos humanos e a formação de um novo quadro normativo global, pp.89 e ss.

3 Da vantagem apresentada pelo ICCAL

Dadas as premissas acima, a proposta é que a teoria do ICCAL permite a construção de um paradigma que impõe à região um modelo de desenvolvimento com conformação do poder econômico. E essa possibilidade surge da possibilidade de adoção de pareceres e relatórios do sistema interamericano, ou pelo diálogo entre as cortes.

O ICCAL pretende a transformação das realidades social e política na América Latina para que sejam criadas as condições necessárias para que sejam fortalecidas a democracia, o Estado de direito e os direitos humanos¹³. Sob o ponto de vista dos impactos negativos que as empresas apresentam aos direitos humanos, o problema está na voluntariedade das medidas atuais que buscam responder aos desafios impostos por essa relação — empresas e direitos humanos — e a incapacidade política de alguns Estados de dar respostas adequadas em seu ambiente doméstico. Mas a solução para a voluntariedade, que é a adoção de instrumentos vinculantes, como um tratado internacional, é algo que não se vê no horizonte¹⁴. A questão é: existe outra maneira de evitar, minimizar ou assumir responsabilidade pelas violações dos direitos humanos pelas empresas? O artigo defende que o ICCAL é a teoria que abre uma possibilidade na medida em que — ao contrário de outras teses que buscam responder a fragmentação do direito na âmbito internacional com a necessidade da criação de uma estrutura supranacionais¹⁵ — o ICCAL defende o fortalecimento dos Estados, e não o aprofundamento de seu enfraquecimento. Nesse sentido, o primeiro elemento central no ICCAL “...is to address the profound structural deficiencies in many countries, often due to weak institutions, which lead to insecurity, impunity or corruption.”¹⁶

A tese defendida aqui é de que há, sim, esse outro caminho. Além disso, estará de acordo com o Plano Estratégico da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o período de 2017-2021, que declarou expressamente que:

*The hemisphere presents rates of poverty, extreme poverty and profound social gaps that limit access to opportunities in conditions of equity for all person, particularly for the most vulnerable populations. The protection of and respect for ethnic groups, particularly in cases of macro-projects for development and extraction; challenges with the implementation of the duty to consult with indigenous and tribal peoples in a prior, free and informed manner and to guarantee their participation in all decisions regarding any intervention that impact their territories.*¹⁷

Aqui, pretende-se que os países latino-americanos cheguem a um acordo em relação ao conteúdo dos direitos, incluindo aí o que a Corte Interamericana de Direitos Humanos diz sobre eles. Uma vez que esteja estabelecido esse conteúdo, é necessário enfrentar a terceira parte dessa proposta, qual seja, a possibilidade de utilização dos instrumentos do ICCAL para fazer frente a alguns dos desafios encontrados.

Os desafios no país onde ocorrem as violações e onde está a empresa-matriz dizem respeito ao direito doméstico e a importância do ICCAL está em sua preocupação em fomentar o diálogo. Aquilo que a Corte decide deve ser aplicado nos diferentes países e ela pode, por exemplo, indicar a necessidade de que leis sejam aprovadas ou pode utilizar a dicção dos Princípios Orientadores da ONU para estabelecer alguma conduta para as empresas — como já o fez no caso Povos Kaliña y Lokono v. Suriname¹⁸.

¹³ Arango, R. Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina: Derechos Fundamentales, Democracia y Justicia Constitucional, pp. 26-28.

¹⁴ Não se desconhecem as atividades do Grupo de Trabalho da ONU que hoje se encarrega do processo de elaboração de um tratado sobre empresas e direitos humanos, nem que esse processo pode levar décadas para que chegue a bom termo. Sobre o andamento dos trabalhos, ver GUAMÁN, Adoración. De documento del elementos al draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del proyecto de instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos.

¹⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Um direito sem estado? Direitos humanos e a formação de um novo quadro normativo global, pp.91 e ss.

¹⁶ BOGDANDY, Armin von et alli. Ius Constitutionale Commune en America Latina: a regional approach to transformative constitutionalism, p.4.

¹⁷ Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/PlanEstrategico2017/default.asp>.

¹⁸ Caso decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2015, onde a empresa extrativista foi expressamente men-

Para além disso, quando são enfrentados os problemas no ambiente internacional, por um lado, pode-se concluir que o melhor caminho não é a disseminação das decisões da Corte. Especificamente, quando se trata de BHR, não há um tratado internacional sobre o tema que possa ser aplicado por ela. Mas há outros caminhos. De fato, apesar da carência de normas vinculantes que possam fundamentar decisões que, então, poderiam ser utilizadas por tribunais domésticos, o sistema interamericano produz outros documentos que podem ser utilizados pelos mecanismos estudados pelo ICCAL. Estes não são instrumentos criados pelo ICCAL, mas, sim, são instrumentos cuja utilização é estudada a partir da ideia da constituição de um direito constitucional que seja comum à região.

A esse respeito, por exemplo, o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos “Rumo a uma política abrangente para a proteção dos defensores dos direitos humanos”¹⁹ já reconhece a participação de empresas na violação dos direitos humanos no caso específico. Assim, em seu parágrafo 46, afirma que as empresas também atuam de maneira velada para promover ações judiciais contra defensores de direitos humanos, lideranças comunitárias e povos indígenas com a intenção de criminalizá-las e estigmatizá-las. No entanto, as influências que as audiências públicas podem ter sobre a Comissão — que poderia convidar as empresas a ter um assento na audiência ou reconhecer que quando o assunto é de responsabilidade das empresas existem outros atores importantes. Em verdade, o sistema interamericano aborda a questão desde 2002, quando a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos aprova resoluções que convidam os Estados a tomar medidas sobre a questão de responsabilidade corporativa²⁰.

Até mesmo a Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948 já contempla um artigo dirigido exclusivamente a corporações transnacionais²¹. Uma Resolução²² da mesma Organização dos Estados Americanos (OEA), no ano de 2014, reconhece que as empresas, independentemente de seu tamanho, setor de atividade, contexto ou estrutura, têm a responsabilidade de respeitar os direitos humanos em suas atividades, independentemente das suas capacidades. dos Estados para cumprir suas obrigações na matéria. A resolução apela aos Estados-Membros para que divulguem os Princípios Orientadores das Nações Unidas ao máximo e estimulem um diálogo construtivo entre as empresas, o governo e a sociedade civil, e outros atores sociais, para a aplicação dos princípios. Além disso, solicita ao Conselho Permanente que promova o intercâmbio de boas práticas e experiências em matéria de promoção e proteção dos direitos humanos no mundo dos negócios.

Em 2015, uma sessão especial sobre Promoção e Proteção dos Direitos Humanos na Área de Negócios foi realizada no Conselho Permanente quando foi apresentado um relatório sobre a responsabilidade social das empresas no campo dos direitos humanos e do meio ambiente nas Américas²³.

No ano de 2016²⁴, uma Resolução para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos enfatiza que devido à referência feita à Agenda 2030 aos Princípios Orientadores das Nações Unidas, os mecanismos regionais de financiamento e desenvolvimento, especialmente o Banco Interamericano de Desenvolvimento,

cionada no tópico em que a Corte estabelece as condutas para reabilitação do território onde eram realizadas suas atividades. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/sericc_309_ing.pdf.

¹⁹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório OEA/Ser.L/V/II.124, 07/03/2006. Disponível em [https://cidh.oas.org/pdf%20files/DEFENSORES%20PORTUGUES%20\(Revisada\).pdf](https://cidh.oas.org/pdf%20files/DEFENSORES%20PORTUGUES%20(Revisada).pdf)

²⁰ Véase: AG/RES. 1871 (XXXII-O/02), AG/RES. 1953 (XXXIII-O/03), AG/RES. 2013 (XXXIV-O/04), AG/RES. 2123 (XXXV-O/05), AG/RES. 2194 (XXXVI-O/06), AG/RES. 2336 (XXXVII-O/07), AG/RES. 2483 (XXXIX-O/09) y AG/RES. 2554 (XL-O/10); AG/RES. 2753 (XLII-O/12), AG/RES. 2687 (XLI-O/11) y CIDI/RES. 276 (XVII-O/12).

²¹ Art. 36: “Las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores y a los tratados y convenios internacionales en los cuales éstos sean Parte y, además, deben ajustarse a la política de desarrollo de los países receptores”.

²² OEA, Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Ámbito Empresarial. AG/RES. 2840 (XLIV-O/14). Aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 4 de junio de 2014.

²³ OEA. Segundo Informe. Responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas. OEA/Ser. CJI/doc.449/14 rev.1 Q, 24 febrero 2014.

²⁴ OEA, Promoción y Protección de Derechos Humanos. AG/RES. 2887 (XLVI-O/16.) Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016.

devem apoiar os esforços de sua implementação. Solicita à CIDH

*un estudio sobre los estándares interamericanos en materia de empresas y derechos humanos a partir de un análisis de las convenciones, jurisprudencia e informes emanados del sistema interamericano, lo que podrá servir de insumo para los esfuerzos realizados por los Estados Miembros en varias iniciativas nacionales e internacionales en la esfera de empresas y derechos humanos*²⁵.

Por fim, insta a Comissão Jurídica Interamericana a realizar uma compilação de boas práticas, iniciativas, legislação, jurisprudência e desafios que possam ser usados como base para identificar alternativas para o tratamento do tema. Assim, em 2017, a Comissão Jurídica Interamericana publica o estudo com uma Resolução²⁶ e um Informe²⁷ sobre empresas e direitos humanos, em que afirma, que difere da Responsabilidade Social Empresarial na medida em que teve a ideia de que somente Estados deveriam proteger direitos humanos e empresas foram tocadas pelas leis nacionais onde operavam, hoje em dia temos que as empresas respeitarem direitos humanos. E vai além:

*Por tal motivo, las Empresas están en la obligación de respetar, proteger y hacer cumplir los derechos humanos tal como lo deben hacer los Estados, para lo cual es necesario que conozcan la normativa internacional no solo sobre Empresas sino que también sobre derechos humanos. De tal manera, que las empresas tienen el deber de respetar los derechos humanos, lo que implica tanto la obligación de abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros, como la necesidad de hacer frente a las consecuencias negativas sobre los mismos en las que tengan alguna participación*²⁸.

Hoje, o tema das empresas e dos direitos humanos é realizado pela Relatoria Especial de Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) criada em 2017. E não poderia ser diferente, já que:

*La región latinoamericana se ha caracterizado por un elevado grado de exclusión y desigualdad social, a lo cual se suman las democracias en fase de consolidación. La región convive aún con las reminiscencias del legado de los regímenes autoritarios y dictatoriales, con una cultura de violencia y de impunidad, con una baja densidad del Estado de derecho y con una precaria tradición de respeto a los derechos humanos en el ámbito doméstico*²⁹.

Isso demonstra que o Sistema Interamericano não está alienado do problema que atinge a região latino-americana, todavia, necessário seria encontrar meios de fortalecer o Estado para que pudesse carrear a ideia de Estado de Direito e de respeito por direitos humanos, identificando modos de desobstruir o papel dos Estados frente a esse ‘novo’³⁰ ator internacional.

O ICCAL permite traçar uma solução mais adequada ao momento atual, fomentando a conduta coordenada entre os países latino-americanos. A importância da aplicação do ICCAL se deve ao fato de diferentes Estados terem respostas diferentes a violações em seus sistemas domésticos. Algumas respostas são melhores que outras. Portanto, quando o ICCAL incentiva o surgimento de padrões para a região, ele é, de fato, um guia para a interpretação de diferentes normas nacionais e o fortalecimento dos Estados mais frágeis em relação à proteção de suas jurisdições. Ele prega a necessidade de que o conteúdo dos direitos seja harmonizado entre os diferentes Estados e que estes devem ser fortalecidos, eis que são a primeira resposta aos abusos de direitos.

E a necessidade de adoção de condutas coordenadas é mais evidente diante da relação de dependência

²⁵ OEA, Promoción y Protección de Derechos Humanos. AG/RES. 2887 (XLVI-O/16.) Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016. Párrafo 4.

²⁶ OEA, Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos, OEA/Ser. Q , 232 (XCI-O/17) de 9 marzo 2017.

²⁷ OEA, Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos. OEA/Ser.Q, CJI/doc.522/17 rev.2 de 9 marzo 2017.

²⁸ OEA, Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos. OEA/Ser.Q, CJI/doc.522/17 rev.2 de 9 marzo 2017.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión. Coleção Constitucionalismo Contemporâneo. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. México, 2017, p. 553.

³⁰ As aspas são utilizadas porque, de fato, não se trata de um ator tão novo. As empresas passam a ter atividades transnacionais a partir da década de 60 do século passado, como mencionado no primeiro tópico do texto.

econômica estabelecida globalmente, em que alguns Estados não conseguem cumprir com seus compromissos relacionados aos direitos econômicos, sociais e culturais se não puderem contar com alguma cooperação, é essencial refletir sobre a responsabilidade de Estados em agir além de seus territórios para garantir que os direitos sejam concretizados.

Para alcançar tal objetivo, é preciso demonstrar que o ICCAL fornece as ferramentas necessárias para indicar que os países da América Latina apresentam um desafio comum e que a melhor solução virá de um esforço conjunto. É necessário introduzir os elementos, características e objetivos do ICCAL para avaliar se eles permitem que uma proposta viável seja extraída para o problema apresentado.

Em primeiro lugar, é relevante esclarecer que o ICCAL é formulado a partir de uma preocupação legítima com os excluídos do sistema educacional, econômico, político e legal dos países da região. A construção da teoria parte de um objetivo bastante claro que é promover condutas estatais, especificamente do Poder Judiciário. Bem, estes excluídos estão, por excelência, incluídos no papel das vítimas de violações dos direitos humanos, principalmente devido à sua própria posição de vulnerabilidade. O estudo de BHR pode levar ao mesmo resultado ansiado pela concretização do ICCAL, prevenir e reduzir as ocorrências de violações de direitos humanos, com a especificidade de lidar apenas com as violações nas quais se pode demonstrar que a ocorrência se deve à participação de uma corporação. Nesse sentido, dentre os objetivos do ICCAL está assegurar, o âmbito regional, a implementação de decisões o cumprimento de promessas centrais das constituições pós-governos autoritários³¹.

Mas, quando esses Estados, após os regimes autoritários, se comprometem com a implementação dos direitos humanos, eles não fazem nenhuma reserva sobre quem os está violando. Pelo contrário, já está bem estabelecido no direito internacional que a responsabilidade dos Estados é respeitar, proteger e garantir os direitos humanos. Assim, se da ação ou omissão do Estado ocorrer uma violação de um direito humano, embora causada pela terceira entidade, fica a critério do Estado responder. E é, de fato, quanto se obtém hoje, do direito internacional: há casos em que o Estado responde por atos de terceiros. Assim, os interesses são convergentes no sentido de que também satisfaz o estudo de BHR a implementação das promessas constitucionais dos Estados na América Latina.

Por outro lado, os elementos do ICCAL são a abertura das Constituições e o discurso comum do direito constitucional comparado ao serviço da democracia. Nesse sentido:

*Muchas sentencias que, en el viejo paradigma, parecen un activismo judicial cuestionable, son vistas en el contexto del nuevo paradigma como propias del Poder Judicial en una democracia constitucional que, gradualmente, ayudan a implementar el nuevo proyecto constitucional*³².

Assim, esse novo projeto constitucional requer a atenção a um conteúdo que faça jus aos anseios da sociedade, a partir da proibição do regresso que importaria uma situação menos protetiva do que a existente. É na criação desse conteúdo dos direitos humanos que o ICCAL se sobressai, demandando aos diferentes Estados um diálogo constante para alcançar o melhor para determinado momento histórico. Ainda, sob outro viés, a relevância e o sucesso do uso da ICCAL é dada à sua defesa do papel essencial do Estado:

*Ningún autor que promueva el derecho común latinoamericano propaga un derecho público que no reconozca un papel central a las instituciones estatales. Pero también se afirma que éstas no son suficientes: la garantía y el desarrollo de los mencionados principios requieren un Estado abierto e instituciones internacionales fuertes.*³³

Aqui está a convergência de âmbito com a questão gênese das discussões em BHR, que é a existência de estágios frágeis. O ICCAL busca fortalecer o Estado, na medida em que é o primeiro responsável pela implementação de direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Estados mais fortes no sul global, unidos, permitem um aumento significativo no respeito pelos direitos humanos, especialmente no que diz

³¹ BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Latinoamericanum: una aclaración conceptual, p.8.

³² BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Latinoamericanum. Aclaración conceptual, p. 19.

³³ BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Latinoamericanum. Aclaración conceptual, p. 9.

respeito à sua capacidade de lidar com o poder econômico. E esse fortalecimento estatal é exatamente o que o ICCAL pretende:

*el avance en materia de derechos humanos requiere la construcción de instituciones fuertes, cambios en la cultura política y transformaciones en las estructuras sociales y económicas.*³⁴

No mesmo sentido, um dos objetivos do ICCAL é alcançar o fortalecimento das instituições internacionais.

*Mas isso não deve levar a um estado global ou regional, ... o novo universalismo que serve como um pilar para o conceito de uma lei comum latino-americano em um universalismo que apontam que o Estado entendido como constelação nacional deve desaparecer. O Estado continua a ser um elemento central nesta visão do novo direito público ... mas em interação com o sistema internacional*³⁵.

O Estado e a soberania não desaparecem, mas foram transformados em conceitos ajustados à dinâmica transnacional contemporânea. Ha três conceitos-chave para entender o ICCAL. Um deles é o conceito de inclusão. O novo direito público deve combater a exclusão de todos os sistemas sociais (saúde, educação, economia, trabalho e política), o que está em plena conformidade com os objetivos dos estudos de negócios e dos direitos humanos. Outro conceito é o pluralismo jurídico. Para discutir as relações entre o direito internacional e o direito interno, o ICCAL rejeita as respostas do monismo e do dualismo e propõe que os diferentes sistemas jurídicos se relacionem de maneira normalmente estável, apesar de sua independência normativa e dos conflitos que podem surgir. A regra é o trabalho conjunto e frutífero e os conflitos sérios são a exceção. O terceiro conceito que deve ser apreendido para a compreensão do ICCAL é o diálogo entre as cortes e entre elas e outros atores. Já foi possível que os tribunais decidissem com base em sua autoridade, sem oferecer muita justificativa ou argumentos para suas conclusões. Hoje já se faz necessária a presença de argumentação suficiente para que as partes entendam as razões que levam o julgador a determinada decisão, há um processo de convencimento de outros atores. Um tribunal nacional pode invalidar uma decisão do tribunal interamericano e vice-versa. É por isso que a lógica é essencial para permitir o diálogo e a convicção de que a decisão adotada não é arbitrária. Além disso, é necessário que as partes envolvidas no diálogo, interessadas em cumprir a mesma agenda, compreendam o seu significado:

El concepto de diálogo no exige armonía, pero solamente funciona si las partes están involucradas en un proyecto común. De no haber aceptación de esta premisa, existe sólo interacción, pero no diálogo.³⁶

E é possível encontrar encorajamento na jurisprudência da Corte Interamericana para defender que a região têm condições de realizar direitos. Nesse sentido, como menciona Mariela Antoniazzi, existem várias decisões de qualidade:

*.... la jurisprudencia interamericana sirve a un proyecto democrático que pone la mirada en grandes conjuntos de personas, sometidas a fuerte presión en virtud de su debilidad personal o su pertenencia a grupos frecuentemente desvalidos; esta condición precaria propicia violación a derechos humanos y enrarece la operación de sus garantías....Es verdaderamente notable, impresionante inclusive, la relación de preocupaciones — y desarrollos orientadores y constantes — de la jurisprudencia interamericana con respecto a los sujetos vulnerables. Se ha mostrado en casos contenciosos — y otras resoluciones — concernientes a niños, mujeres, discapacitados, indígenas e integrantes de grupos étnicos (regularmente, afro descendentes), víctimas de abusos de poder (entre ellos defensores de los derechos humanos), migrantes, desplazados, pobres, miembros de minorías (inclusive por motivos de preferencia sexual) y sujetos privados de libertad.*³⁷

³⁴ BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Latinoamericanum. Aclaración conceptual, pp. 24.

³⁵ BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Latinoamericanum. Aclaración conceptual. In Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos, BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.), Inst Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014, p.12.

³⁶ BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Latinoamericanum. Aclaración conceptual. In Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos, BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.), Inst Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014, p.15.

³⁷ RAMIREZ, Sergio García. La 'navegación americana' de los derechos humanos. In Ius Constitutionale Commune en América

Assim, as características do ICCAL, seus elementos e objetivos, parecem se ajustar àquilo que se pretende ao fomentar a evolução dos estudos em BHR. A intenção é iluminar uma das possibilidades que se abrem ao buscar a construção de conteúdos comuns de direitos humanos e fomentar a conduta harmoniosa dos Estados da região em relação às atividades econômicas sediadas em outros Estados.

4 Considerações finais

O projeto que pretende utilizar-se de características e objetivos do ICCAL para avançar a proteção de direitos humanos na região deve fomentar o reconhecimento da injustiça da falta de responsabilidade de empresas com operações transnacionais quando se envolvem em violações de direitos humanos. Esse projeto pode buscar interpretações do bloco de constitucionalidade que garantam às vítimas a reparação dos danos que lhe são causados sem implicar, necessariamente, em imputar aos Estados ônus maiores do que aqueles a que estão submetidos por conta de seus compromissos advindos das regulamentações internacionais sobre investimentos.

Deve-se reconhecer que os países da região, ainda que em diferentes graus, sofrem diferentes pressões internas e internacionais para adotar algumas medidas legislativas ou de políticas públicas, ou para apoiar ou não outras medidas em organizações internacionais.

A maior vitória que se pode obter com o projeto do ICCAL é o fortalecimento dos Estados, a possibilidade de que se decidirem agir de maneira coordenada, poderão tirar proveito da criação de um direito comum para nortear suas condutas e decisões também no ambiente internacional.

Reconhecendo o relevante papel das corporações e seu potencial de impacto positivo para o desenvolvimento dos diferentes Estados, este projeto comum busca encontrar mecanismos que fortaleçam os Estados para que enfrentem as demandas do poder econômico de modo coeso e coerente com os compromissos internacionais assumidos em relação a direitos humanos.

Referências

ARANGO, R. Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina: Derechos Fundamentales, Democracia y Justicia Constitucional. In Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos, BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.), Inst Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Latinoamericanum. Aclaración conceptual. In Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos, BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.), Inst Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.

BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.). Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais. Editora Jus Podivm, 2019.

BOGDANDY, Armin von; MAC GREGOR, Eduardo; ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia; SOLEY, Ximena. Ius Constitutionale Commune en America Latina: a regional approach to transforma-

Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos, BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.), Inst Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014, p.459- 500; p.492.

tive constitutionalism, MPIL Research Papers Series, n. 2016-21. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2859583>, Acesso em 03.03.2019.

CERQUEIRA, Daniel; PAMPLONA Danielle A. Extraterritorial obligations, States and Obligations. Are the UN Working Group on Business and Human Rights and the International Human Rights Bodies speaking the same language? Segunda Conferência Anual da Global Business and Human Rights Scholars Association, 2015, arquivo pessoal.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, 2002.

FRIEDMAN, Milton. The social responsibility of businesses is to increase its profits *New York Times*, 13.09.70.. Disponível em <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/article-15-no-title.html>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Povos Kaliña y Lokono vs. Suriname*. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_ing.pdf.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Plano Estratégico 2017-2021. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/PlanEstrategico2017/default.asp>.

_____. Relatório OEA/Ser.L/V/II.124, 07/03/2006. Disponível em [https://cidh.oas.org/pdf%20files/DEFENSORES%20PORTUGUES%20\(Revisada\).pdf](https://cidh.oas.org/pdf%20files/DEFENSORES%20PORTUGUES%20(Revisada).pdf)

GUAMÁN, Adoración. Des document del elementos al draft 0: apuntes jurídicos respect del posible contenido del proyecto de instrument vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respect a los derechos humanos. *Revista de Direito Internacional*, v.15, n.2 (2018), pp. 84-114.

PACTO GLOBAL. Site. Disponível em [acesse www.pactoglobal.org.br](http://www.pactoglobal.org.br).

OEA, Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Ámbito Empresarial. AG/RES. 2840 (XLI-V-O/14). Aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 4 de junio de 2014.

OEA. Segundo Informe. Responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas. OEA/Ser. CJI/doc.449/14 rev.1 Q, 24 febrero 2014.

OEA, Promoción y Protección de Derechos Humanos. AG/RES. 2887 (XLVI-O/16). Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016.

OEA, Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos, OEA/Ser. Q, 232 (XCI-O/17) de 9 marzo 2017.

OEA, Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos. OEA/Ser.Q, CJI/doc.522/17 rev.2 de 9 marzo 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos*. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Coleção Constitucionalismo Contemporâneo. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. México, 2017.

RAMIREZ, Sergio García. La ‘navegación americana’ de los derechos humanos. In *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.), Inst Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014, p.459- 500.

RIVERA, Humberto Cantú. Developments in Extraterritoriality and Soft Law: towards new measures to hold corporations accountable for their human rights performance? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIV, 2014, pp.727-763.

RIVERA, Humberto Cantú. Some remarks on the third session of the Business and Human Rights Treaty Process and the 'Zero Draft'. *Revista de Direito Internacional*, v.15, n.2, 2018, pp.24-40.

RUGGIE, John Gerard. Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos. Trad. Isabel Murray. Ed. Planeta Sustentável. São Paulo, 2014.

SEN, Amartya. *Commodities and capabilities*, Oxford University Press, 1999.

SILVA; Ana Rachel Freitas da Silva; PAMPLONA, Danielle Anne. Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços?

In: BENACCHIO, Marcelo (coord.). *A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos*. Curitiba: Editora CRV, 2016. p. 147 a 168.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Um direito sem estado? Direitos humanos e a formação de um novo quadro normativo global. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, 2013, pp. 87-101.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *ius Constitutionale Commune* na América Latina

The role played by The Inter-American Court of Human Rights in the dialogical construction of an *ius Constitutionale Commune* in Latin America

Ana Carolina Lopes Olsen

Katya Kozicki

O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina*

The role played by The Inter-American Court of Human Rights in the dialogical construction of an *Ius Constitutionale Commune* in Latin America

Ana Carolina Lopes Olsen**

Katya Kozicki***

Resumo

Este artigo tem por objetivo aquilatar o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, mediante pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial. Para tanto, analisou-se o projeto jurídico de um direito comum formado com base na interconexão de normas constitucionais e convencionais sobre direitos humanos, a qual fornece uma base jurídica para o constitucionalismo transformador, comprometido, em nível nacional e regional, com a inclusão social e a realização dos ideais de respeito e promoção da democracia, direitos humanos e Estado de Direito. O desenho institucional que se erige dessa interação tem como pilar diálogos judiciais horizontais e, principalmente, verticais, em que a Corte Interamericana atua como um vértice canalizador dos sentidos de direitos humanos e impulsionador de sua concretização. Concluiu-se que a Corte, especialmente a partir do diálogo que mantém com cortes nacionais, exerce duas funções primordiais: (i) a harmonização do pluralismo jurídico multinível decorrente da interconexão entre os sistemas constitucionais e o sistema regional, voltada para a construção de standards comuns em direitos humanos; e (ii) o impulsionamento de transformações sociais por meio de suas sentenças, a fim de tornar efetivos os compromissos constitucionais e convencionais. A partir da compreensão dessas funções, pesquisadores e defensores de direitos humanos têm um campo jurisdicional a explorar a fim de dar continuidade e consistência à realização desses direitos.

Palavras-chave: *Ius Constitutionale Commune*. Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Diálogos Judiciais. Constitucionalismo Transformador.

* Recebido em 15/05/2019
Aprovado em 07/08/2019

** Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, visiting researcher no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Bolsista CAPES, Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos no Centro Universitário Católica de Santa Catarina. E-mail : ana.olsen@catolicasc.org.br.

*** Mestrado em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993) e doutorado em Direito, Política e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000). Visiting Researcher Associate no Centre for the Study of Democracy, University of Westminster, Londres, 1998-1999. Visiting Research Scholar, Benjamin N. Cardozo School of Law, Nova York, 2012-2013. Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e professora associada da Universidade Federal do Paraná, programas de graduação e pós-graduação em Direito. Pesquisadora (bolsista de produtividade em pesquisa) do CNPq, nível 2. E-mail : katyakoziacki@gmail.com

Abstract

This article aims to assess the role played by the Inter-American Court of Human Rights in the construction of an *Ius Constitutionale Commune* in Latin America, through bibliographic research of jurisprudence and both domestic and international case-law. In order to do so, it analyses the legal project of a common law built on the interconnection of constitutional and conventional human rights norms, which provides the legal basis for a transformative constitutionalism, committed both in national and regional levels with social inclusion and the realization of the principles of democracy, human rights and rule of law. The institutional design that evolves from this interaction is grounded on horizontal and mainly vertical judicial dialogues, in which the Inter-American Court acts as a vertex channeling the senses of human rights and promoting its concretization. This research concludes that, especially by the dialogue it maintains with national courts, the Inter-American Court performs two capital functions: (i) harmonizing the multilevel legal pluralism that emerges from the interconnection between constitutional and regional systems, in order to build human rights common standards; (ii) boosting social transformation through its sentences, so the constitutional and conventional commitments made by the states can be effective. By acknowledging such functions, legal researchers and human rights defenders may explore this jurisdictional field in order to promote consistency and continuity to human rights realization.

Keywords: *Ius Constitutionale Commune*. Human Rights. Inter-American Court of Human Rights. Judicial Dialogues. Transformative Constitutionalism.

1 Introdução

A história da América Latina foi marcada por regimes autoritários, graves violações de direitos humanos, profunda desigualdade econômica e social. Em meio a contextos diversos, e particularidades culturais, existe uma realidade comum que marca de forma emblemática seus Estados e os convida a buscar soluções comuns. A partir de sua adesão ao sistema interamericano de direitos humanos, impulsionador de constantes diálogos entre a Corte Interamericana e as cortes nacionais, erigiu-se um *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano, comprometido com a democracia, o Estado de Direito e os direitos humanos.

A concepção de um *Ius Commune* de matiz constitucional na América Latina, nascida de um trabalho conjunto de juízes do sistema interamericano e doutrinadores latino-americanos e europeus, fornece base para a profunda interligação entre sistemas jurídicos nacionais e o plano interamericano. Ela tem como eixo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e como propósito uma atuação vanguardista especialmente dos órgãos jurisdicionais a fim de tornar efetivas as normas de direitos humanos.

Os compromissos assumidos pelos Estados latino-americanos, como o Brasil, os impulsiona para esse projeto comum de interação sistêmica que encontra na Corte Interamericana um vértice a partir do qual são designadas obrigações, reconhecidos avanços e dificuldades, construídos padrões de proteção e ressaltadas identidades particulares. Cumprir com as determinações fixadas em sentenças regionais exige dos Estados mais que o pagamento de indenizações por violações a direitos humanos: demanda seu reconhecimento como integrantes de um projeto comum em que cada grupo social, cada direito, cada esforço tem importância, de modo que as transformações sociais necessárias para a efetivação dos direitos se realizem em um ambiente de boa-fé política e brotem de relações dialógicas. Em tempos em que Estados realizam uma leitura equivocada dos compromissos internacionais, reafirmar seus propósitos é indispensável.

É nessa seara que o presente artigo tem por problema de pesquisa questionar qual seria o papel a ser desempenhado pela Corte Interamericana, não como protagonista isolada do sistema interamericano, mas como agente intermediador das mudanças sociais por meio do diálogo que estabelece com os Estados. De-

fende-se que a Corte Interamericana exerce primordialmente duas funções, voltadas para a construção dialogada de um direito comum latino-americano: a harmonização do pluralismo jurídico existente, e o impulsionamento de transformação das estruturas institucionais responsáveis pela violação de direitos humanos.

Para tanto, o presente estudo foi elaborado com base no método dedutivo, mediante pesquisa na produção doutrinária que concebeu o fenômeno do *Ius Constitutionale Commune*, categoria geral em que se ambienta a atuação da Corte Interamericana. Os contornos teóricos e contextuais desse *Ius Commune* impulsionam a Corte à realização dos diálogos judiciais, categoria cuja compreensão se deu com base na análise de literatura científica, bem como estudo da jurisprudência da Corte e de tribunais nacionais. Compreendidas essas premissas, tornou-se possível reconhecer as mencionadas funções (harmonizadora e transformadora), demonstradas mediante o método hermenêutico dirigido às fontes de pesquisa jurisprudencial e doutrinária.

Importa ressaltar que as ideias lançadas neste artigo não esgotam o tema, mas precisamente pretendem suscitar novas indagações, na medida em que um projeto jurídico plural comprometido com os direitos humanos implica um processo constante de reflexão e testes de operacionalidade.

2 A construção do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina

O *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) é um fenômeno jurídico que se estrutura ao final do século XX, a partir das bases jurídicas lançadas pelo sistema interamericano de direitos humanos e pelas Constituições promulgadas em resposta ao início do processo de redemocratização.¹ Mesmo estando situado geograficamente, trata-se de um fenômeno que aspira ao universal, estabelecendo premissas e standards de aceitação por todos os sistemas jurídicos domésticos sem desconsiderar as particularidades locais.² Nas palavras de Armin von Bogdandy, ICCAL “*refers [...] to positive law, as well as to the legal discourse connected to a transformative approach, aimed at changing political and social realities in Latin America in order to create the general framework for the full realization of democracy, the rule of law, and human rights*”.³

Em uma dimensão analítica, trata-se de um direito comum construído a partir da inter-relação entre a Convenção Americana e demais tratados regionais sobre direitos humanos. Esse elemento jurídico positivo viabiliza importante função normativa: fornecer as bases jurídicas para a construção de um constitucionalismo transformador, voltado para a concretização dos compromissos constitucionais democráticos. Nessa seara, uma terceira função de caráter doutrinário contribui para a construção desse discurso jurídico informado por compromissos de natureza constitucional, em que o papel dos princípios, a perspectiva do direito comparado e o foco na realização dos direitos humanos representam um instrumental basilar.⁴

A interação entre sistemas jurídicos que se materializa por meio do ICCAL representa a faceta regional

¹ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives. In: VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 49-65, p. 52.

² VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: observations on Transformative Constitutionalism. In: VON BOGDANDY, Armin et al.(ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 27-48, p. 30, 44. Segundo Salazar Ugarte, a aspiração universal do ICCAL está baseada no liberalismo igualitário e na noção de que as diferenças culturais não impedem o reconhecimento, a todas as pessoas, de um denominador comum de direitos humanos, não apenas em sentido jurídico, mas também como um projeto político e cultural. SALAZAR UGARTE, Pedro. The Struggle for Rights. In: VON BOGDANDY, Armin et al.(ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 67-82, p. 67.

³ VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: observations on Transformative Constitutionalism. In: VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 27-48, p. 28.

⁴ VON BOGDANDY, Armin et al. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism. In: VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 3-23, p. 4.

de uma realidade muito mais abrangente, o pluralismo jurídico⁵: diversos sistemas jurídicos — nacionais, regionais e internacionais — se entrecruzam fornecendo tutelando de forma diversas situações semelhantes.⁶ A mutualidade que marca a interação entre esses sistemas jurídicos independentes⁷ supera as categorias de hierarquia e jurisdição do positivismo jurídico para assumir uma faceta “heterárquica”, em que os múltiplos níveis jurídicos se entrelaçam em sua produção normativa e jurisdicional, sejam eles nacionais, internacionais ou regionais.⁸ No ICCAL, o pluralismo jurídico se manifesta em quatro níveis: entre o sistema regional interamericano e outros sistemas regionais ou internacionais; entre o sistema regional e os nacionais; entre sistemas nacionais; e entre esses sistemas e a sociedade civil, dimensão capaz de emprestar ao pluralismo multinível crescente legitimação social.⁹

A diversidade é uma marca pungente desse *Ius Commune* visto que a América Latina testemunha diversas propostas constitucionais. O modelo constitucional do pós-guerra europeu foi abarcado pela Colômbia e México, já Venezuela, Bolívia e Equador adotaram modelos originais com características autônomas, que acabaram por configurar o chamado “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”.¹⁰ Argentina e Brasil, por sua vez, assumiram modelos intermediários¹¹. O ICCAL se erige em meio a esses projetos constitucionais sem se identificar com nenhum deles, a fim de orientar os sistemas domésticos no caminho da realização dos direitos humanos, democracia e Estado de Direito.

Dessa forma, ao sediar os intercâmbios entre esses sistemas, o *Ius Commune* se afasta de uma proposta unificadora para se voltar a um processo de harmonização capaz de compatibilizar, de um lado, a fixação de standards mínimos comuns em direitos humanos, e de outro, respeito à diversidade.¹² Ainda que diversos modelos econômicos sejam possíveis, diferentes concepções de propriedade e distribuição de riquezas, seu objetivo central é a superação da exclusão enquanto principal mazela a assolar as sociedades latino-americanas.¹³ Trata-se de um direito comum não homogêneo, estruturado a partir do núcleo jurídico apontado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, em intercâmbio hermenêutico com as constituições locais.¹⁴

⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Legal pluralism as a dynamic process in a moving world*. Feb 28, 2018. Disponível em: <http://jamesgstewart.com/legal-pluralism-as-a-dynamic-process-in-a-moving-world/>. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁶ FACHIN, Melina Girardi. À Guisa de Introdução: os sentidos do constitucionalismo multinível”. In FACHIN, Melina Girardi (org.). *Direito Constitucional Multinível: Diálogos a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Curitiba: Prismas, 2017, p. 17.

⁷ O pluralismo tem caráter normativo, e se divorcia da mera pluralidade: ele demanda a interconexão dos sistemas jurídicos, um objetivo a ser alcançado sem se alcance a hegemonia. Comunicam-se as diversas ilhas propostas pelo relativismo cultural, em um processo de compreensão mútua entre as diversas perspectivas morais, mas sem a fixação de um método universal de imposição de soluções. VOINA-MOTOC, Iulia. Conceptions of Pluralism and International Law. In FABRI, Hélène Ruiz; JOUANNET, Emmanuelle; TOMKIEWICZ, Vincent. *Select Proceedings of the European Society of International Law*. V. 1, 2006. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 401-430, p. 414-415; 420-421.

⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Legal pluralism as a dynamic process in a moving world*. Feb 28, 2018. Disponível em: <http://jamesgstewart.com/legal-pluralism-as-a-dynamic-process-in-a-moving-world/>. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁹ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto Transformador, Diálogos Jurisdicionais e os Desafios da Reforma. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, Santa Maria, v. 3, n. 1, p. 76-101 jan./jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/16282#.XE3erqfOrUo>. Acesso em: 10 dez. 2018. p. 77.

¹⁰ Rubem Dalmau defende que a Assembleia Constituinte para a Constituição da Colômbia, de 1991, evidencia um movimento constitucional que abarca também esse país. Em razão da abertura da Constituição Colombiana ao direito internacional, bem como da institucionalidade dos direitos e o fortalecimento da Corte Constitucional, divergimos dessa compreensão. As principais características desse novo constitucionalismo latino-americano seriam a intensa participação popular tanto na confecção da ordem constitucional, quanto na aplicação de suas normas; fortalecimento da noção de soberania; o acento na atuação do Estado para implementação de direitos econômicos, sociais e culturais. DALMAU, Rubem Martínez. *Asembleas constituintes e novo constitucionalismo em América Latina*. *Tempo Exterior*, Pontevedra, n. 17, p. 5-15, xulio/diciembre 2008.

¹¹ SALAZAR UGARTE, Pedro. The Struggle for Rights. In: VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 67-82, p. 69.

¹² DELMAS-MARTY, Mireille. *Ordering Pluralism*. *Max Weber Lecture Series 2009/06*. European University Institute, Florence, p. 3

¹³ VON BOGDANDY, Armin et al. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: observations on Transformative Constitutionalism. In: VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 27-48, p. 6.

¹⁴ VON BOGDANDY, Armin et al. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: observations on Transformative Constitutionalism. In: VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press,

Esse fenômeno foi viabilizado pela relativização do conceito de soberania, e pela ideia de estatalidade aberta, segundo a qual a ordem jurídica nacional se abre para o plano internacional, especialmente no tocante à centralidade da dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos humanos.¹⁵ Ao revelar-se de dentro para fora, essa abertura é proposta pelas ordens constitucionais — por meio da manifestação do poder constituinte — que deixam de materializar uma soberania centrípeta para adotar um modelo de soberania centrífuga¹⁶, em que as normas constitucionais se voltam para o plano internacional, em especial, as normas de direitos humanos e com isso reconhecem limites à atuação estatal.¹⁷ Para tanto, surgem tanto cláusulas de abertura no texto das próprias constituições¹⁸ como também via decisões jurisdicionais, em que as cortes nacionais absorvem a influência dos tratados de direitos humanos, e de outras experiências constitucionais, para definir o âmbito de proteção dos direitos no plano interno.¹⁹

Mais específicas que as cláusulas de abertura, as cláusulas de interpretação presentes nas constituições implicam uma determinação expressa para que os intérpretes das normas de direitos fundamentais atentem tanto para tratados internacionais de direitos humanos de que os Estados sejam parte, como das sentenças supranacionais que sobre eles se manifestem. Na América do Sul, referida cláusula integra a Constituição Mexicana (artigo 1º), a Constituição da Colômbia (artigo 93), do Peru (carta das Disposições Finais e Transitórias) e ainda da Bolívia (artigo 13).²⁰ O Brasil, embora tenha reconhecido a importância dos tratados internacionais de direitos humanos nos parágrafos segundo e terceiro do artigo 5º, bem como tenha eleito a prevalência dos direitos humanos como princípio informador de sua atuação nas relações internacionais, deixou de prever textualmente referida cláusula. Todavia, ainda que ausente uma determinação constitucional expressa a respeito da interpretação das normas de direitos humanos presentes nas constituições à luz do direito interamericano, o direito comum é construído a partir da interlocução entre as cortes constitucionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.²¹

A formação de um arcabouço jurídico integrado a partir de normas constitucionais, tratados regionais e internacionais de direitos humanos, e jurisprudência regional tem um sentido bastante claro: superar a persistente exclusão social presente nas sociedades latino-americanas²² decorrente de baixos índices de de-

2017, p. 27-48, p. 42; 28.

¹⁵ MORALES ANTONIAZZI, Mariela. O Estado Aberto: Objetivo do Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*.: Marco Conceptual. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 53-74; p. 57.

¹⁶ GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*: Soberanía e integración. Cuadernos Civitas. Madrid: Thompson Reuters, 2010, p. 31.

¹⁷ SANTOLAYA, Pablo. La apertura de las constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogos Jurisprudenciales en Derechos Humanos*: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 447-456, p. 448.

¹⁸ SANTOLAYA, Pablo. La apertura de las constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogos Jurisprudenciales en Derechos Humanos*: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 447-456, p. 449.

¹⁹ O engajamento de cortes constitucionais com o direito internacional está na raiz do *Ius Constitutionale Commune*, processo que tem por pressuposto a maior independência judicial conquistada com a redemocratização de muitos Estados, em alguns casos comprometida com o advento de um populismo autoritário, como no caso da Venezuela, em que a Sala Constitucional declarou inconstitucional sentença interamericana (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de noviembre de 2015). O uso do direito regional e dos precedentes da Corte Interamericana por cortes nacionais via de regra fortalece sua independência frente a pressões internas e permite a consolidação dos mecanismos de freios e contrapesos inerentes aos regimes democráticos. RODILES, Alejandro. The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America. In: VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 153-174, p. 154.

²⁰ SAÍZ ARNAÍZ, Alejandro. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo. In: ARNAIZ, Alejandro Saiz; SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Valência: Tirant lo Blanch, 2017. p. 29-43, p. 36.

²¹ Tal prática se realiza tanto através do controle de convencionalidade do direito doméstico praticado nos casos contenciosos julgados pela Corte, quanto das opiniões consultivas, competências decorrentes do disposto nos artigos 2º, 62, 67 e 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

²² VON BOGDANDY, Armin et al. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutional*

envolvimento socioeconômico e ambiental²³, e também práticas endêmicas de corrupção e uma tendência política ao populismo.²⁴ O discurso dos direitos humanos na América Latina se volta para o enfrentamento de graves violações, o que justificou posturas intransigentes do seu órgão jurisdicional, como a invalidação das leis de anistia, a proteção de populações indígenas, de minorias mais sujeitas à violência como a mulher e a população LGBT.²⁵

Nesse sentido, o ICCAL tem como eixo estrutural o chamado Constitucionalismo Transformador²⁶, teoria que demanda do poder judiciário um papel determinante na realização da função normativa das constituições, a fim de gerar transformações na estrutura político-social capazes de tornar eficazes os compromissos firmados em sede constitucional. Não se trata de realizar política por meio do judiciário, tampouco de depreciar a atuação dos movimentos sociais.²⁷ Pelo contrário, visa-se empoderar esses movimentos a partir de decisões judiciais que reconheçam os direitos invocados e o dever da estrutura político-administrativa do Estado de implementá-los, por vias de um diálogo institucional democrático e inclusivo comprometido com resultados eficazes na promoção e proteção dos direitos.²⁸ A ideia é impulsionar o processo democrático em favor daqueles que enfrentam maiores dificuldades em ter seus pleitos atendidos por elites no poder,²⁹ de forma a fortalecer a sociedade civil.³⁰

É preciso reconhecer que o ICCAL enfrenta alguns importantes desafios. Primeiramente, a confiança depositada tanto nas cortes constitucionais quanto na Corte Interamericana pode abrir um canal para abusos como o praticado pela Sala Constitucional da Suprema Corte da Venezuela, que forneceu suporte jurídico para o crescente autoritarismo do governo, inclusive declarando inconstitucionais e inaplicáveis decisões da Corte IDH, e culminou na retirada da República Bolivariana da Venezuela do sistema interamericano em 2012.³¹ As cortes constitucionais latino-americanas não têm uma tradição de enfrentamento, mas pelo contrário, costumam adotar posturas que de certa forma referendam práticas governamentais.³² Não foram porta-vozes dos pleitos pela defesa de direitos humanos violados durante os regimes autoritários, nem

ism. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 3-23, p. 7.

²³ Importante salientar a interdependência dos elementos social, econômico e ambiental para se pensar o desenvolvimento. FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco, ano 14, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014.

²⁴ VON BOGDANDY, Armin *et al.* *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 3-23, p. 14.

²⁵ VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: observations on Transformative Constitutionalism. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 27-48, p. 33-34.

²⁶ VON BOGDANDY, Armin *et al.* *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 3-23, p. 10; 19

²⁷ VON BOGDANDY, Armin *et al.* *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 3-23, p. 10-12.

²⁸ Como se verificou na Sentença T-025 de 2004, proferida pela Corte Constitucional da Colômbia, para tratar da violação de inúmeros direitos humanos da população vítima do deslocamento forçado naquele país.

²⁹ ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 179-192, p. 189.

³⁰ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 49-65, p. 52.

³¹ BREWER-CARÍAS, Allan. El ilegítimo ‘control de constitucionalidad’ de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la sala constitucional del tribunal supremo de justicia de Venezuela: El caso Leopoldo López vs. Venezuela, septiembre 2011. *Estudios Constitucionales*, Talca, Año 10, n 2, p. 575-608, 2012.

³² VON BOGDANDY, Armin *et al.* *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 3-23, p. 10.

mesmo após a democratização.³³ Entretanto, há sinais importantes de que a perspectiva transformadora é viável, como em decisões proferidas pela Corte Constitucional da Colômbia. Dentre as mais emblemáticas, ressalte-se a que reconheceu o estado de coisas inconstitucional em prol das vítimas do deslocamento forçado³⁴, e a que conteve a pretensão de emenda constitucional em favor de uma segunda reeleição presidencial³⁵. No caso brasileiro, é emblemático o reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal³⁶, bem como a proteção das terras indígenas no caso Raposa Serra do Sol.³⁷ Como reconhece John Hart Ely, quando os processos democráticos falham na salvaguarda dos direitos, o Judiciário tem uma função a cumprir.³⁸

Em segundo lugar, é certo que o impacto produzido pelo ICCAL no conjunto normativo latino americano é mais significativo que na realidade social. Salazar Ugarte salienta que o privilégio das classes mais ricas e poderosas se mantém de forma persistente.³⁹ Ainda assim, é possível identificar mudanças desencadeadas pelo ICCAL enquanto projeto político e social voltado para a inclusão: a criação de legislação protetora da mulher em face da violência doméstica no Brasil como decorrência de recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Lei Maria da Penha), e a criação das Comissões da Verdade a fim de esclarecer os atos praticados pelos agentes estatais durante a ditadura militar no Brasil (sugerida pela sentença proferida no caso Gomes Lund). O progresso almejado pelo ICCAL não é revolucionário, mas incremental. Desse modo, a realização dos direitos humanos se dá concomitantemente à evolução dos processos democráticos e o respeito ao Estado de Direito.⁴⁰ Direitos humanos e democracia se implicam mutuamente, e a jurisprudência interamericana reforça o marco da legalidade e da legitimidade, de modo que a interdependência entre democracia e direitos humanos define os rumos do *Ius Commune* regional.⁴¹ Nessa perspectiva, devem estar presentes tanto as condições materiais elementares para a realização da dignidade humana, quanto o respeito à diversidade e ao pluralismo.

Como um direito regional que se pretenda ao mesmo tempo plural e comum, o ICCAL se viabiliza por meio dos diálogos judiciais e se encontra em constante construção.⁴² Especialmente via interação entre as cortes constitucionais e a Corte IDH, se interpretam as normas de direitos humanos, e se define sua aplicação aos casos concretos — seja de modo a elaborar padrões fundamentais e basilares para a proteção desses direitos, seja para reconhecer particularidades locais a justificar a permanente abertura do sistema a novos conceitos e configurações. Trata-se de um movimento ascendente oriundo das cortes constitucionais, o que

³³ Vide a posição conservadora adotada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro no julgamento da ADPF n. 153, que declarou a constitucionalidade da Lei de Anistia. KOZICKI, Katya; LORENZETTO, Bruno Menezes. Entre o passado e o futuro: a não acabada transição no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). *Direitos Humanos Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 128-143.

³⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentença T-025/04*. Relator Manuel José Cepeda Espinosa. Bogota, 17 jun. 2004.

³⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentença C-141/10*. Relator Humberto Antonio Sierra Porto. Bogota, 26 feb. 2010.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132-RJ. Relator Ayres Britto. Brasília, DJe 14 out. 2011.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PET 338/2009 - RR*. Brasília Relator Marco Aurélio. Brasília, DJe 25 set. 2009.

³⁸ KAUFMAN, Andrew L. Democracy and Distrust. By John Hart Ely. *Hofstra Law Review*, v. 9, issue 3, article 6, 1981. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1399&context=hlr>. Acesso em: 13 abr. 2019.

³⁹ SALAZAR UGARTE, Pedro. The Struggle for Rights. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 67-82, p. 70.

⁴⁰ VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: observations on Transformative Constitutionalism. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 27-48, p. 35-36.

⁴¹ GARCÍA RAMIREZ, Sérgio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 57.

⁴² GARCÍA RAMIREZ, Sérgio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 66.

ênfatisa sua legitimidade precisamente porque são elas que se abrem para o internacional, não se trata de uma imposição unilateral.⁴³ A jurisdição constitucional de cada Estado tem como principal função a concretização do projeto de sociedade moldado pela Constituição, o que se realiza mediante a defesa argumentativa e dialógica das normas constitucionais, sobretudo de direitos humanos⁴⁴, em um processo que conecta os discursos nacionais e regional especialmente por meio de diálogos judiciais.

3 Diálogos judiciais no *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano

A fim de viabilizar uma agenda transformadora, bem como integrar o pluralismo jurídico latino-americano de forma coerente⁴⁵, o ICCAL deposita suas expectativas nos diálogos judiciais⁴⁶: a interação transfronteiriça⁴⁷ entre cortes nacionais e supranacionais em que se trocam fundamentos e argumentos no processo hermenêutico⁴⁸ de construção da decisão sobre direitos humanos. Essa interação implica uma “troca ou discussão de ideias”, ou ainda uma “fala alternada”,⁴⁹ de modo que a interlocução propicia tanto momentos de fala, quanto de escuta.

Esses diálogos se realizam entre órgãos jurisdicionais pertencentes a sistemas jurídicos distintos, ultrapassando as fronteiras dos Estados. Como revela Neves, os diálogos judiciais criam “pontes de transição” entre as ordens jurídicas a partir de seus centros, que seriam os “juizes e tribunais”.⁵⁰ Ou seja, ainda que se trate da atuação de um juiz singular, ele é concebido como integrante do centro criador da jurisprudência sobre direitos humanos de uma dada jurisdição, o que implica reconhecer como interlocutores tanto cortes constitucionais ou supranacionais, como os juizes que os compõem.⁵¹ Assim, os diálogos judiciais correspondem a “*practice of domestic and international courts using the reasoning of other courts to construct a better interpretation of a legal norm contained in a constitution or treaty*”, de modo a promover uma “fertilização cruzada” de standards de direitos humanos.⁵²

Originalmente concebida por Anne-Marie Slaughter, a “fertilização cruzada” viabiliza a disseminação de argumentos e fundamentos permitindo tanto que a jurisprudência regional ou internacional influencie julgados proferidos por cortes nacionais, como o contrário, sem que se exclua a possibilidade de a jurispru-

⁴³ OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El bloque de constitucionalidad en Colombia Estudios Constitucionales. *Estudios Constitucionales*: Revista do Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, v. 3, n. 1, 2005, p. 231-242, 2018. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/820/82003112.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2019.

⁴⁴ ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Ius Constitutionale Commune en América Latina*: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 179-192, p. 189.

⁴⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, v. 30, p. 89-127, 2017. p. 96.

⁴⁶ RODILES, Alejandro. The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 153-174, p. 158.

⁴⁷ ARAUJO, Luis Claudio Martins de. *Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁴⁸ VÁZQUEZ ESQUIVEL, Efrén; CIENFUEGOS SORDO, Jaime Fernando. El diálogo judicial como diálogo hermenêutico: perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la Jurisdicción Interna. *Revista da Faculdade de Direito*: Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 9-41, jan./abr. 2016. p. 20.

⁴⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio*: o dicionário da língua portuguesa. 7. ed. Verbetes diálogo. Curitiba: Positivo, 2009.

⁵⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 117.

⁵¹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Estudios Avanzados de Derechos Humanos*: democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 236.

⁵² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, v. 30, p. 89-127, 2017. p. 91.

dência de uma corte nacional orientar a produção jurisdicional de uma corte de outro Estado⁵³. Em escala global, não se pode prever quais serão as cortes impactadas, e em que grau, já que não há controle na atuação independente dos centros jurisdicionais.⁵⁴ O impulso para essas trocas argumentativas pode ser dado tanto pela iniciativa dos próprios juízes quanto pelas manifestações das partes ou de *amici curiae*, levando às cortes nacionais e estrangeiras diferentes decisões, com pesos variados a depender do papel da decisão estrangeira no sistema.⁵⁵

No caso do sistema interamericano de direitos humanos, e mais propriamente do *Ius Commune* que se erige a partir dele, a “fertilização cruzada” assume nuances mais específicas e menos aleatórias, seja em razão do próprio corpo normativo que serve de suporte para o diálogo (o bloco de constitucionalidade), seja em razão do compromisso a ser assumido pelos juízes enquanto agentes estatais aderentes ao sistema (vinculação).

No primeiro aspecto, salienta-se que as normas jurídicas convencionais de direitos humanos deixaram de ter sede exclusivamente internacional para serem incorporadas nas constituições em um processo de constitucionalização responsável pela formação de um bloco de constitucionalidade.⁵⁶ Essa constitucionalização implica um processo em que seja assembleias constituintes, seja a jurisdição constitucional atribuem às normas de tratados internacionais de direitos humanos⁵⁷ um *status* constitucional, ou, ao menos, *status* hierarquicamente superior às normas infraconstitucionais de modo a demandar uma interpretação harmônica. Esse bloco de constitucionalidade, enquanto “conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental”⁵⁸ autoriza, de um lado, que o controle de constitucionalidade interno tenha por parâmetros normas de direitos humanos, e de outro, que esses direitos humanos possam ser tutelados a partir de remédios jurídicos internos, como a tutela (Colômbia), o amparo (México) ou o mandado de segurança (Brasil).⁵⁹

Se constituições como a colombiana de 1991, a argentina de 1994, e a venezuelana de 1999 estabelecem, expressamente, a formação do bloco de constitucionalidade mediante o conglobamento de normas constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos dos quais os Estados sejam parte, outros sistemas jurídicos internos dependem, em maior escala, de criações jurisprudenciais.⁶⁰ Ainda assim, a doutrina do

⁵³ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, Richmond, n. 29, p. 99-137, 1994. Disponível em: <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2120&context=lawreview>. Acesso em: 11 fev. 2019. p. 117.

⁵⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, Richmond, n. 29, p. 99-137, 1994. Disponível em: <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2120&context=lawreview>. Acesso em: 11 fev. 2019. p. 118.

⁵⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie. Global Community of Courts. *Harvard International Law Review*, Cambridge, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003. p. 197.

⁵⁶ A concepção original de bloco de constitucionalidade foi elaborada na França, para determinar a incorporação de normas infraconstitucionais ao parâmetro de validade estabelecido pela Constituição. Na América Latina, verificou-se a migração dessa ideia constitucional mediante significativa alteração, na medida em que passou a determinar a inclusão de normas internacionais e regionais aos parâmetros constitucionais de validade das normas jurídicas. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El bloque de constitucionalidad en Colombia. *Estudios Constitucionales* [en línea], Bogota, n. 3, p. 231-242, 2005. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/820/82003112.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019. p. 240.

⁵⁷ As normas aptas a integrar o bloco de constitucionalidade devem necessariamente veicular direitos humanos, pois do contrário se estaria diante de um rol demasiadamente alargado de normas que descaracterizaria a proposta. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El bloque de constitucionalidad en Colombia. *Estudios Constitucionales* [en línea], Bogota, n. 3, p. 231-242, 2005. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/820/82003112.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019. p. 233-236.

⁵⁸ BIDART CAMPOS, Germán J. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 1995. p. 264.

⁵⁹ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. The Block of Constitutionality as the Doctrinal Pivot of a *Ius Commune* In VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 233-253, p. 237-238.

⁶⁰ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. The Block of Constitutionality as the Doctrinal Pivot of a *Ius Commune*. In: VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 233-253, p. 238.

bloco de constitucionalidade já foi aplicada por cortes constitucionais latino-americanas: inicialmente pela Suprema Corte do Panamá em 1990, depois a Sala Constitucional do Tribunal Superior da Costa Rica em 1993, Colômbia em 1995 e Peru em 1996.⁶¹ No Brasil, o Ministro Celso de Mello fez uso da expressão bloco de constitucionalidade, pela primeira vez, no julgamento da ADI 595-ES, mas apenas para admitir a inclusão dos princípios constitucionais implícitos. Em virtude da doutrina da supralegalidade implantada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP, somente as normas provenientes de tratados de direitos humanos que tenham se submetido ao processo formal de emenda constitucional, conforme o parágrafo terceiro do artigo 5º, da Constituição Federal, poderiam integrar o bloco de constitucionalidade. As demais normas de direitos humanos integrariam um bloco de supralegalidade.⁶² Grande parte da doutrina, a qual se filia, defende que, independentemente do texto do parágrafo 3º, do artigo 5º, o parágrafo 2º do mesmo artigo já atribui constitucionalidade material aos tratados internacionais de direitos humanos.⁶³ Referida tese, contudo, ainda não comoveu os ministros do Supremo Tribunal Federal.

Assim, ainda que a doutrina do bloco de constitucionalidade não tenha aplicação uniforme nas diversas jurisdições latino-americanas, é inegável a proeminência que as normas de direitos humanos lograram obter nos sistemas jurídicos internos, gerando uma importante coesão entre esses sistemas, especialmente pautada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesse ambiente, os diálogos judiciais assumem maior responsabilidade na elaboração dos parâmetros comuns, na medida em que versam sobre a interpretação de direitos que acabam por aglutinar todos os povos latino-americanos.

Assim como o cruzamento de influências jurisprudenciais promove coesão dos tribunais que integram um bloco jurídico comum, também o compromisso assumido por esses órgãos contribui para estreitar as amarras de uma produção jurídica dialogada.

Diferentemente do uso do direito comparado via empréstimos jurisprudenciais⁶⁴, em uma ação unidirecional em que uma corte aplica entendimentos elaborados por outras⁶⁵, os diálogos judiciais mantidos no ICCAL surgem como uma ferramenta deliberadamente voltada para a construção de um direito comum. A reciprocidade dessa mútua influência, contudo, não precisaria ser direta nem imediata, tal como um caminho de ida e volta entre os julgados.⁶⁶ Nem sempre a primeira corte, cuja decisão influenciou outra — sendo mediante crítica, ou aceitação — terá a oportunidade de replicar. O diálogo judicial não está exclusivamente na contínua troca de argumentos entre duas cortes, mas também na influência da decisão de uma corte nos fundamentos de outra, ou mesmo na rejeição fundamentada dos argumentos estrangeiros.⁶⁷

Em razão do bloco de constitucionalidade, os diálogos travados entre as cortes no sistema interameri-

⁶¹ OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El bloque de constitucionalidad en Colombia. *Estudios Constitucionales* [en línea], Bogotá, n. 3, p. 231-242, 2005. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/820/82003112.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019. p. 243-244.

⁶² RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: Levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009. p. 259-260.

⁶³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999; SARLET, Ingo Wolfgang. Integração dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico. *CONJUR*, 27 mar. 2015; RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶⁴ Slaughter afirma que o empréstimo jurisprudencial corresponderia a um monólogo, pois uma corte incorpora posições adotadas pela outra que sequer toma conhecimento de sua existência. SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, Richmond, n. 29, p. 99-137, 1994. Disponível em: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Acesso em: 11 fev. 2019. p. 113.

⁶⁵ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. The Latin-American Judicial Dialogue: a Two-Way Street Towards Effective Protection. In: HAECK, Yves; RUIZ-CHIRIMBOGA, Oswaldo; BURBANO-HERRERA, Clara (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*. Cambridge: Interscencia, 2015. p. 693-711, p. 701.

⁶⁶ Nesse sentido, diverge-se da noção de reciprocidade proposta por De VERGOTTINI, Giuseppe. El diálogo entre tribunales. Traducción de F. Reviriego Picón. *Teoría y Realidad Constitucional: Revista Jurídica da UNED*, Madrid, n. 28, p. 335-352, 2011. p. 349.

⁶⁷ TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue as a Means of Interpretation. In: AUST, Helmut Phillip; NOLTE, Georg (ed.). *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p.72-95, p. 75.

cano apontam para uma progressiva “osmose entre ordenamentos nacionais e internacionais”,⁶⁸ ainda que, muitas vezes, se manifestem resistências por parte de certas cortes constitucionais, comprometendo a integridade do sistema.⁶⁹ Nem sempre as sentenças da Corte Interamericana encontram imediata receptividade nos sistemas jurídicos nacionais, podendo gerar movimentos dissonantes. Críticas são válidas na medida em que promovem um redirecionamento dos diálogos judiciais em sentido construtivo, permitindo a elaboração de novos consensos, não totalizantes mas permeáveis a particularidades identitárias de cada sociedade. As dificuldades surgem quando o *backlash* se dirige ao sistema interamericano como um todo, demonstrando uma resistência que não deseja aportar novas perspectivas, mas divorciar-se do projeto comum, como foi o caso da Venezuela.

O que marca os diálogos judiciais no ICCAL é seu propósito de harmonização decorrente de compromissos convencionais assumidos pelos Estados. Muito além da incorporação de influências de outros tribunais para a solução de um dado caso concreto, eles visam elaborar standards comuns que viabilizem a coexistência dos sistemas jurídicos (nacionais e regional), resguardados os espaços necessários à preservação de identidades culturais específicas. Um exemplo desses diálogos judiciais pode ser encontrado nos julgados envolvendo a convencionalidade das leis de anistia, firmadas pelas ditaduras militares como escusa legal a fim de tentar prevenir a responsabilização de seus agentes pela prática de graves violações de direitos humanos. Em 2001, no caso *Barrios Altos vs. Peru*, a Corte IDH reputou a lei de anistia criada em 1995 com o objetivo de impedir a investigação e punição pelos atos praticados por militares integrantes do “Grupo Colina” como contrária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Referido julgado foi trazido pela Corte Suprema de La Nación, da Argentina, em 2005, no caso *Simón*, como razão de decidir para o fim de afastar a validade das leis de anistia. A corte constitucional faz menção expressa ao julgado interamericano. A mesma decisão constitucional argentina passou, então, a integrar a fundamentação da sentença proferida pela Corte IDH no caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, em 2010. Verificou-se uma verdadeira conversa entre a Corte IDH e a Suprema Corte de la Nación da Argentina sobre as leis de anistia.

A partir dessa proposta harmonizadora, os diálogos judiciais podem ser tanto verticais horizontais.⁷⁰ Enquanto os primeiros se dão entre cortes mantidas em níveis diferentes do sistema interamericano, como as cortes constitucionais e a Corte Interamericana, os últimos se verificam entre jurisdições do mesmo nível, como as próprias cortes constitucionais, ou ainda entre a Corte Interamericana e a Corte Europeia de Direitos Humanos.

A perspectiva horizontal dos diálogos judiciais no ICCAL, muitas vezes, se realiza como uma resposta à necessidade de as cortes tratarem de temas carentes de disciplina legislativa, ou mesmo de atualização evolutiva. A vinculação dessas cortes à Convenção Americana sobre Direitos Humanos serve de incentivo à percepção de como atuam seus pares⁷¹ um processo cooperativo de troca recíproca de argumentos, sem que nenhum dos interlocutores possa clamar por primazia em relação ao outro.⁷²

⁶⁸ ROLLA, Giancarlo. Algunas consideraciones sobre la tutela de los derechos y libertades fundamentales ante las jurisdicciones supranacionales. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro; SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 71-88, p. 71.

⁶⁹ Sobre os processos de resistência, contestação e backlash em relação a decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inclusive a denúncia da Venezuela da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ver estudo de SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights. *MPIL Research Paper Series* No. 2018-01. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3103666>. Acesso em: 10 dez. 2018.

⁷⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, Richmond, n. 29, p. 99-137, 1994. Disponível em: <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2120&context=lawreview>. Acesso em: 11 fev. 2019. p. 101-103.

⁷¹ MOHALLEM, Michael Freitas. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: the Practice of Constitutional Courts in South America. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth (ed.). *Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p.67-112, p. 85.

⁷² GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; BUSTOS GISBERT, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier *et al.* (ed.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos*

Os diálogos verticais são marcados por uma profunda interação entre os níveis doméstico e regional do sistema interamericano, notadamente em virtude da doutrina do controle de convencionalidade⁷³ em que a Corte assumiu o papel de intérprete autorizada das normas da Convenção Americana. Mais além, o controle de convencionalidade intensificou esses diálogos ao alçar cada integrante das jurisdições locais (e em especial as constitucionais) à qualidade de “juiz interamericano”⁷⁴, devendo considerar, em suas decisões, a jurisprudência produzida pela Corte IDH. Em diversos setores, as esferas de competências de juízes nacionais e supranacionais passaram a se cruzar, especialmente quando a jurisdição doméstica promove um controle de constitucionalidade de leis com base em normas constitucionais de fonte internacional. Normas internacionais são assim interpretadas por juízes nacionais, e também normas constitucionais são interpretadas por juízes supranacionais — o primeiro processo se realiza internamente, e o segundo no âmbito externo. A partir da dinâmica dos diálogos judiciais verticais que esses dois resultados hermenêuticos se entrecruzam, gerando novos sentidos, em um processo de influência constante e recíproca.⁷⁵

Tal fenômeno evidencia a multidimensionalidade dos diálogos judiciais no ICCAL. Os fluxos argumentativos podem fluir tanto da Corte IDH para as cortes nacionais (*top-down*), em uma constitucionalização descendente via controle de convencionalidade das normas domésticas, quanto a partir das próprias cortes constitucionais em uma constitucionalização em sentido ascendente (*bottom-up*), mediante a interpretação de normas convencionais por essas cortes, igualmente contribuindo para os parâmetros estabelecidos pela própria Corte IDH.⁷⁶

Diante desse ambiente regional marcado pelo comprometimento com a construção de standards comuns, os diálogos judiciais assumem um caráter coevolutivo. Se os instrumentos jurídicos estão abertos à evolução de sentido, os diálogos desempenham um papel fundamental a partir de um jogo de influências recíprocas, já que a interação para a interpretação das normas constitucionais e internacionais canaliza sua influência e evolução.⁷⁷ Nesse sentido, os novos standards em direitos humanos podem advir tanto de cortes domésticas quanto da Corte ID.⁷⁸ Trata-se de um diálogo marcado por (i) policentrismo, em virtude da diversidade de intérpretes dos direitos humanos para a construção dos standards regionais; (ii) integralidade, pois todas as cortes envolvidas podem figurar como origem ou destino desses standards regionais; (iii) deliberação, em que a Corte regional atua como um *primo inter pares* em uma rede deliberativa transnacional, e não um órgão hierárquico de cassação; (iv) multidirecionalidade, pois as comunicações entre as cortes se realizam em diversos sentidos, da Corte supranacional para as nacionais ou o inverso, ou ainda entre as cortes nacionais entre si.⁷⁹

Humanos. Pamplona: Thomson Reuters, 2013. p. 65-107, p. 76.

⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid-Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de Septiembre, 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafos n. 124 y ss. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 20 fev. 2019.

⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C-158. Párrafo 128.

⁷⁵ FIX-ZAMUNDIO, Héctor. Relaciones entre los Tribunales Constitucionales latino-americanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.) *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 673-765, p. 675-676; 744.

⁷⁶ GÓNGORA-MÉRA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *Estudios Avanzados de Derechos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 312-337, p. 314-315.

⁷⁷ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Diálogo coevolutivo. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola; FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A (coord.) *Diccionario de derecho procesal, constitucional y convencional*. 2 ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. p. 590.

⁷⁸ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Diálogo coevolutivo. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola; FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A (coord.) *Diccionario de derecho procesal, constitucional y convencional*. 2 ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. p. 591.

⁷⁹ GÓNGORA-MÉRA, Manuel Eduardo. *Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo*. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mari-

Nos diálogos judiciais mantidos no ICCAL, ainda que se considere sua multidimensionalidade, é preciso reconhecer que a jurisprudência da Corte IDH exerce um papel central, especialmente em virtude da força vinculante a ela atribuída pelos artigos 62.1 e 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Tal como um vértice a partir do qual derivam os processos hermenêuticos, as decisões proferidas pela Corte IDH — tanto em controle de convencionalidade quanto em opiniões consultivas — desencadeiam uma vinculação especial,⁸⁰ obrigando juízes nacionais a levá-las em consideração tal como um precedente argumentativo.⁸¹

Essa jurisprudência supranacional não representa, saliente-se, a última palavra na interpretação das normas de direitos humanos, nem sugere que a Corte IDH estaria autorizada a atuar como uma corte de cassação⁸². Seu papel é fornecer uma solução definitiva para o caso que lhe é submetido, e por meio desse julgado orientar o sentido dos diálogos judiciais funcionando como um elo entre as diversas decisões judiciais sobre a mesma matéria. A interpretação e definição dos direitos humanos têm um caráter dinâmico que não se coaduna com posições engessadas.⁸³

Em sistemas como o ICCAL, os diálogos judiciais assumem o papel de “autêntica necessidade existencial” para a garantia dos direitos humanos,⁸⁴ na medida em que conformam, criam os sentidos das normas de direitos humanos, tendo por base o direito positivo nacional e internacional interpretado pelos diversos interlocutores do sistema. Ainda que a Corte Interamericana profira uma sentença final para um dado litígio, no processo de construção dos sentidos dos direitos humanos, ela corresponderá a uma contribuição a ser recebida e reforçada, ou eventualmente ultrapassada.⁸⁵ No lugar do exercício puro e simples de autoridade de uma corte nacional ou supranacional,⁸⁶ um comprometimento dos juízes envolvidos, conscientes do pluralismo jurídico de matiz constitucional em que estão inseridos, e de seu papel primordial no sentido de promover a necessária harmonização.

Dessa realidade se pode deduzir que o nível de vinculação entre os interlocutores do ICCAL será maior, a necessidade de se engajar no diálogo mais premente. A espontaneidade desses diálogos está na ausência de força coercitiva da decisão, que seria oriunda de uma típica formação hierárquica. As cortes integrantes do ICCAL são titulares de uma espécie de “liberdade vigiada”, que dá direito ao dissenso, porém não à

ela. Estudos Avanzados de Derechos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 312-337, p. 332-333.

⁸⁰ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El diálogo judicial multinível. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015. p. 153.

⁸¹ VON BOGDANDY, Armin; VENSKE, Ingo. *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 115.

⁸² No sistema interamericano, nem a Corte nem a Comissão podem revisar decisões judiciais proferidas por cortes domésticas no exercício de sua competência e em respeito ao devido processo legal. Trata-se da fórmula da quarta instância que previne mecanismos de mera revisão processual, a evitar que a Corte Interamericana se torne uma instância recursal para as partes que se sentiram prejudicadas pelas decisões proferidas pela jurisdição doméstica. RODRÍGUEZ PINZÓN, Diego. The “victim” requirement, the fourth instance formula and the notion of “person” in the individual complaint procedure of the Inter-American Human Rights System. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Chicago, v. 7, p. 369-383, mar. 2001. p. 379.

⁸³ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El diálogo judicial multinível. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015. p. 159-160.

⁸⁴ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo. In: CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES (ed.). *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, p. 131-160, 2013. p. 158-159.

⁸⁵ Como salienta García Roca, o debate entre as cortes constitucionais e supranacionais é um debate aberto, em que não há uma interpretação única, razão pela qual exige um esforço argumentativo. GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. *Teoría y Realidad Constitucional*: Revista Jurídica da UNED, Madrid, n. 30, p. 183-224, 2012. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7005>. Acesso em: 19 fev. 2019. p. 198-199.

⁸⁶ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo. In: CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES (ed.). *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, p. 131-160, 2013. p. 158-159.

indiferença.

Assim, os diálogos judiciais exercem um papel fundamental na formação do *Ius Commune*, pois viabilizam uma mútua influência jurisprudencial capaz de gerar uma “comunidade de soluções”.⁸⁷ Ainda que não sejam a única ferramenta a viabilizar essa formação, já que são essenciais pontes de natureza política, social e cultural a viabilizar as decisões judiciais e a pautar políticas públicas voltadas para a realização dos direitos humanos,⁸⁸ os diálogos judiciais têm o condão de impulsionar as demais pontes, em ritmos diferenciados, a depender das condições reais de cada comunidade latino-americana.

Diante desse quadro, a Corte Interamericana assume dois papéis essenciais que determinam tanto a formação do ICCAL quanto a sua implementação prática: a harmonização do pluralismo jurídico latino-americano e o impulsionamento de transformações estruturais e sociais. Os diálogos judiciais têm muito a contribuir para o exercício dessas funções.

4 Harmonização e transformação no *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano

A Corte Interamericana corresponde a um pilar essencial do sistema interamericano de direitos humanos: sua jurisprudência tem eficácia orientadora e integradora dos diversos regimes jurídicos de tutela dos direitos humanos, conduzindo-os para a construção do *Ius Constitutionale Commune*.⁸⁹ Dos trinta e cinco Estados que integram a OEA, considerando a entrada de Cuba, vinte reconhecem sua jurisdição: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai.⁹⁰ Saliente-se que Trinidad y Tobago e Venezuela já integraram esse grupo, porém a denúncia do primeiro entrou em vigor em 1999 e do segundo em 2013.⁹¹

Para Sérgio García Ramirez, na medida em que a vocação institucional da Corte IDH ultrapassa a solução de litígios individuais, já que suas sentenças procuram estabelecer definições de direitos humanos válidas para todo o continente latino-americano, ela assumiria uma competência semelhante a aquela das cortes constitucionais em sua ação uniformizadora.⁹² Ressalte-se, contudo, que a atuação da corte supranacional não deve ser exatamente padronizadora, mas sim harmonizadora, em que haja espaço para dissonâncias e

⁸⁷ GARCÍA RAMIREZ, Sérgio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 78-79.

⁸⁸ GARCÍA RAMIREZ, Sérgio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 86.

⁸⁹ GARCÍA RAMIREZ, Sérgio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 63.

⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Relatório Anual de 2018*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/portugues.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019. p. 10.

⁹¹ GARCÍA RAMIREZ, Sérgio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 69.

⁹² GARCÍA RAMIREZ, Sérgio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 68-69.

particularidades. Não cabe à Corte IDH invalidar normas internas dos Estados, já que sobre esse tema suas sentenças têm caráter declaratório.

A autoridade pública que caracteriza essa corte, mediante a qual se erige o *Ius Constitutionale Commune*, está presente na sua aptidão para influenciar a liberdade dos indivíduos e a autonomia dos Estados⁹³, com base em um argumento de princípio:

*Si el derecho público es concebido en la tradición liberal-democrática como el sistema para proteger los principios de libertad individual y para permitir la autodeterminación colectiva, este debe abarcar todo acto que impacte estos principios, siempre que dicho impacto sea lo suficientemente significativo como para que surja la cuestión de la legitimidad.*⁹⁴

Nessa seara, as decisões tomadas pela Corte Interamericana — tanto no exercício de sua competência contenciosa como na competência consultiva⁹⁵ — representam um precedente judicial internacional a ser considerado pelos Estados, especialmente tendo em vista que referidas decisões criam Direito⁹⁶. Das sentenças, medidas provisionais e opiniões consultivas emanadas da Corte se erige um verdadeiro *corpus iuris* voltado para a realidade latino-americana, emergente de conflitos apresentados por mecanismos de participação popular que foram agregados ao processo judicial interamericano, como as sessões públicas, as tomadas de depoimentos e as sessões itinerantes. De fato, os diálogos mantidos pela Corte IDH com a sociedade civil têm respaldado sua legitimidade e impulsionado sua autoridade.⁹⁷ Nesse sentido, foi de grande importância a alteração regimental ocorrida em 1996, que permitiu a participação das vítimas nos processos junto à Corte para narrar os danos sofridos e indicar os melhores meios de repará-los.⁹⁸

Tal como um vértice dos diálogos judiciais mantidos no ICCAL, a Corte Interamericana logra exercer dois papéis primordiais: a harmonização do pluralismo jurídico latino-americano por meio da interpretação e aplicação das normas de direitos humanos, e o impulsionamento de transformações estruturais e sociais.

4.1 Função harmonizadora

Diferentemente de uma corte constitucional, que visa padronizar a produção jurídica dentro de um dado território mediante o exercício do controle de constitucionalidade, a Corte IDH exerce uma função harmonizadora⁹⁹, em que certos padrões essenciais para a proteção dos direitos humanos, a garantia da democracia e do estado de direito são construídos por meio de sua atuação dialogada com as demais cortes, porém sem descuidar da preservação das identidades nacionais que se revelam em seus sistemas jurídicos. No ICCAL,

⁹³ VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. *En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Traducción Paola Andrea Acosta Alvarado; revisión Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. p. 168.

⁹⁴ VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. *En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Traducción Paola Andrea Acosta Alvarado; revisión Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. p. 166.

⁹⁵ VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. *En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Traducción Paola Andrea Acosta Alvarado; revisión Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. p. 174.

⁹⁶ A primeira decisão proferida pela Corte Interamericana, na década de 80, cuidou de definir o desaparecimento forçado como um ato violador de direitos humanos, muito antes da criação de diplomas jurídicos internacionais sobre a matéria. GARCÍA RAMÍREZ, Sérgio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 64.

⁹⁷ VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: observations on Transformative Constitutionalism*. In VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 27-48, p. 43.

⁹⁸ CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de la Nación, 2013. p. 146-219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019. p. 157.

⁹⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les Forces imaginantes du droit*. Le Pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006. v. 2. p. 70 e ss.

é elevado o nível de coesão entre as ordens jurídicas a partir do vértice semântico ditado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, a demandar uma compatibilização das distintas interpretações das normas jurídicas de eficácia comum sem contudo privar os Estados — e as cortes constitucionais — de uma certa flexibilidade que permita adaptar a implementação dessas normas de direitos humanos a sua realidade social, econômica e política.¹⁰⁰

O processo de harmonização se operacionaliza caso a caso, pois o diálogo judicial coevolutivo subverte as hierarquias na medida em que normas constitucionais eventualmente influenciam o sentido e o alcance de normas supranacionais. Justamente em razão do elevado grau de abstração das normas gerais, como as normas de direitos humanos, juízes e administradores nacionais detêm uma margem para definir o conteúdo de um preceito normativo interno.¹⁰¹ Trata-se de uma ordenação dinâmica de “hierarquias emaranhadas”, em que o direito constitucional se internacionaliza, e o direito regional se constitucionaliza.¹⁰² Essa interação promovida pela abertura das normas constitucionais à integração supranacional cria “espaços constitucionais” — não em sentido hierárquico, mas como espaços de influência, interdependência e complementariedade recíprocas.¹⁰³ Paralelamente, verifica-se um movimento centrípeto, tendente à centralização normativa de princípios comuns na esfera supranacional, e outro centrífugo, em que as esferas normativas nacionais e locais fogem da integração em busca da preservação de certos espaços de autonomia.¹⁰⁴

O pluralismo jurídico presente no ICCAL assume, assim, um caráter dialógico e se manifesta em três diferentes aspectos: (i) a existência de grupos sociais divergentes em valores, interesses e modos de vida; (ii) uma normatividade social paralela ao direito estatal; e (iii) a interação entre os diversos sistemas jurídicos, especialmente no nível doméstico e regional.¹⁰⁵

Uma particularidade do ICCAL que evidencia os dois primeiros aspectos é a necessidade de participação do processo de construção normativa dos grupos indígenas, já que não só eles são pautados por um modo de vida característico e diverso dos demais grupos, como produzem todo um código normativo a pautar suas ações. A fim de viabilizar o diálogo entre as diversas concepções culturais e normativas dentro de seu território, o México declarou que sua nação é pluricultural e incluía as populações indígenas (artigo 2 da Constituição). A Constituição da Bolívia de 2009 integrou os princípios éticos das populações indígenas, e inclusive suas concepções normativas de propriedade. Como coloca von Bogdandy, “*such provisions are not understood as folklore but rather as potentially trendsetting, and are theorized in the vocabulary of pluralism*”, de modo que a construção do ICCAL seja compatível com a diversidade das diferentes manifestações culturais dos povos latino-americanos.¹⁰⁶

Um exemplo de como a Corte IDH articula as noções de direitos humanos em respeito à diversidade cultural e social (i), bem como compatibiliza ordens jurídicas paralelas (ii), se verifica no julgamento do caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil, em que o direito humano à propriedade foi analisado à luz das particularidades culturais daquele grupo social:

La Corte recuerda que el artículo 21 de la Convención Americana protege la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con sus recursos naturales y los elementos incorporeales que se desprendan de ellos. Entre

¹⁰⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. Ordering Pluralism. *Max Weber Lecture Series* 2009/06. European University Institute, Florence, p. 3.

¹⁰¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les Forces imaginantes du droit*. Le Pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006. v. 2. p. 104-107.

¹⁰² DELMAS-MARTY, Mireille. *Les Forces imaginantes du droit*. Le Pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006. v. 2. p. 71-72.

¹⁰³ GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*: Cuadernos Civitas. Thomson Reuters, 2010, p. 216.

¹⁰⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les Forces imaginantes du droit*. Le Pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006. v. 2. p. 80.

¹⁰⁵ VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune en América Latina: observations on Transformative Constitutionalism. In: VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 27-48, p. 45.

¹⁰⁶ VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune en América Latina: observations on Transformative Constitutionalism. In: VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 27-48, p. 45.

*los pueblos indígenas y tribales existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Tales nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero la Corte ha establecido que merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición a estos colectivos. Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.*¹⁰⁷

Já a harmonização entre normas jurídicas domésticas e regionais no ICCAL (iii) é catalizada pela Corte IDH, em que a formação do *corpus juris* interamericano conta, especialmente, com o protagonismo dos órgãos jurisdicionais, por meio de um diálogo judicial vertical. Em caso de divergências na interpretação dos direitos humanos, a Corte IDH assume uma posição privilegiada ao determinar novos standards para a região, sem, com isso, assumir uma posição hierárquica em relação às demais cortes nacionais, mas adotando a posição de *primus inter pares*.¹⁰⁸

Essa prática dialogada se evidencia no controle de convencionalidade, doutrina construída pela Corte Interamericana a partir da obrigação estabelecida no artigo 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo a qual todos os Estados-membros devem adequar seu direito interno a fim de tornar efetivos os direitos humanos protegidos pelas normas convencionais.¹⁰⁹ O controle de convencionalidade teve seus contornos definidos a partir dos casos julgados pela Corte IDH, em um diálogo vertical com as cortes nacionais: (a) as normas jurídicas domésticas devem convergir não somente com os tratados interamericanos de direitos humanos, mas também com a jurisprudência da Corte IDH;¹¹⁰ (b) cabe não somente à Corte IDH mas também aos juízes internos realizar o exame de convencionalidade,¹¹¹ (c) assim como todos os órgãos relacionados com a administração da Justiça, sendo que a prática pode se dar *ex officio*;¹¹² (d) tal controle não pode ser eximido diante de posições contrárias adotadas pela opinião pública ou por manifestações da maioria popular;¹¹³ e, finalmente, (e) ele terá por referencial normas convencionais, casos contenciosos julgados pela Corte IDH e também Opiniões Consultivas.¹¹⁴

A dinâmica do controle de convencionalidade é, em grande medida, orientada pelo Princípio da Norma Mais Favorável à Vítima, fundado no artigo 29 da Convenção Americana, segundo o qual devem prevalecer interpretações domésticas quando forem mais generosas na configuração dos direitos a serem fruídos, ou menos restritivas. Dessa forma, de um lado, os Estados podem expandir a proteção aos direitos humanos por meio das normas nacionais, e, de outro, não estão autorizados a invocar a Convenção Americana para fundamentar restrições a esses direitos.¹¹⁵ Em decorrência da aplicação desse princípio, os standards de direitos humanos a serem criados pelo controle de convencionalidade serão elaborados a partir de uma lógica

¹⁰⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346. Párrafo n. 115.

¹⁰⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, v. 30, p. 89-127, 2017. p. 107-109.

¹⁰⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, v. 30, p. 89-127, 2017. p. 113.

¹¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano v. Chile*. Sentencia de 26 de Septiembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones e Costas. Serie C-154.

¹¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso v. Peru*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones e Costas. Serie C-158.

¹¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cabrera García y Motiel Flores v. Mexico*. Sentencia de 26 de Noviembre de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones e Costas. Serie C-220.

¹¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Juan Gelman v. Uruguay*. Sentencia de 20 de Marzo de 2013. Supervisión de Cumplimiento.

¹¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva n. 21* de 19 de Agosto de 2014. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. Serie A-21.

¹¹⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, v. 30, p. 89-127, 2017. p. 119.

incremental que tem, em seu epicentro, a figura da pessoa humana.

Contudo, é preciso salientar que, nem sempre, o Princípio da Norma Mais Favorável logrará solucionar conflitos de interpretação das normas de direitos humanos no ICCAL. A própria Convenção Americana autoriza restrições aos direitos humanos veiculadas por lei em casos como o exercício da liberdade religiosa, liberdade de expressão, entre outros, o que pode afastar a norma mais favorável à vítima quando outros interesses estiverem em jogo. Um exemplo se verifica no caso *Castañeda Gutman v. México*, em que a Corte IDH reconheceu como válida a exigência interna de filiação partidária para um cidadão se candidatar em processo eleitoral¹¹⁶. A deferência da Corte IDH às normas nacionais demonstra que a preservação do pluralismo também é um valor prezado pelo ICCAL.

4.2 Função transformadora

Outra função assumida pela Corte IDH a fim de materializar os objetivos traçados pelo ICCAL diz respeito à modificação das condições da estrutura social que contribuem para os processos de exclusão. A eficácia das medidas determinadas pelas sentenças interamericanas depende, intensamente, de uma agenda política voltada para os mesmos fins, assim como uma cultura em que magistrados estejam comprometidos jurídica e ideologicamente com a realização dos direitos.¹¹⁷ Ainda assim, não se deve menosprezar o papel transformador que o direito pode assumir.¹¹⁸

Nessa linha, a atuação da Corte Interamericana, nos últimos anos, tem se refletido na realidade social de diversos estados, propiciando um ambiente mais favorável ao reconhecimento e à proteção dos direitos humanos. As decisões adotadas têm um explícito foco na realização dos direitos não como triunfos individuais, mas como demandas (coletivas) para a ação pública.¹¹⁹ Muitas vezes, mediante verdadeira função pedagógica, a Corte desencadeia a atenção não somente dos agentes estatais, mas da sociedade como um todo para a realização de valores como liberdade, igualdade, e dignidade.¹²⁰ Longe de se concentrar na solução de litígios individuais, a Corte IDH assume função reguladora e democratizante: “avanza hacia definiciones continentales, y en este sentido se asemeja a los tribunales constitucionales internos dotados de mayor competencia.”¹²¹ Seu modo de decidir vai além do caráter legalista de interpretação de textos normativos, para refletir um caráter ideológico e estratégico¹²², em que os objetivos do ICCAL ganham preponderância.

Ainda que as decisões adotadas pelos magistrados da Corte IDH sejam colegiadas, e via de regra materializem um consenso da corte, é possível identificar uma dose de comportamento ideológico¹²³ na definição do seu alcance. Nesse sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade foi um juiz extremamente influente, com

¹¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 6 de Agosto de 2008. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n. 184. Párrafos n. 149; 155-159.

¹¹⁷ SALAZAR UGARTE, Pedro. The Struggle for Rights. In: VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 67-82, p. 71.

¹¹⁸ VON BOGDANDY, Armin et al. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*. In VON BOGDANDY, Armin et al.(ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 3-23, p. 19.

¹¹⁹ SOLEY, Ximena. The transformative dimension of the Inter-American jurisprudence. In: VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 337-356. p. 340.

¹²⁰ SALAZAR UGARTE, Pedro. The Struggle for Rights. In: VON BOGDANDY, Armin et al. (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 67-82, p. 72-73.

¹²¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sérgio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 68-69.

¹²² MELLO, Patrícia Perrone Campos de. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 688-718, 2018. p. 690-691.

¹²³ MELLO, Patrícia Perrone Campos de. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 688-718, 2018. p. 696-697.

um longo histórico doutrinário em defesa dos direitos humanos formando um capital simbólico essencial para suas propostas na Corte IDH, como a ideia de que caberia à própria corte delinear sua competência jurisdicional.¹²⁴ O mesmo pode ser dito de magistrados como Sérgio García Ramirez (ex-presidente), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (atual presidente), os quais atuaram diretamente na composição do discurso doutrinário do *Ius Constitutionale Commune*, em conjunto com outros pensadores latino-americanos e europeus.

Ao se comprometerem com a prolação de sentenças aptas a impactar a realidade, os magistrados da Corte IDH adotam um comportamento estratégico. Todavia, mais do que buscar a convergência de seus pares a fim de gerar uma decisão que maximize os resultados pretendidos, o comportamento estratégico da Corte IDH deve se voltar aos interlocutores presentes nos Estados, de modo a convencê-los a adotar as condutas necessárias à modificação das estruturas governamentais ou sociais que desencadearam a violação aos direitos humanos.¹²⁵

Esse comportamento leva a decisões de caráter declaradamente transformador, como se depreende das principais linhas de ação assumidas pela Corte: (i) violência decorrente do legado deixado pelos regimes autoritários, como tortura, desaparecimento forçado, direito a uma investigação capaz de identificar os agentes responsáveis e puni-los; (ii) violência decorrente das questões envolvendo justiça de transição, como decisões contra impunidade, não reconhecimento das leis de auto-anistia e o direito à verdade; (iii) violações de direitos decorrentes dos desafios voltados para o fortalecimento do Estado de Direito, como o acesso à justiça, proteção judicial e independência do Judiciário; (iv) violações de direitos de grupos vulneráveis, como crianças, migrantes, prisioneiros, indígenas e população LGBT; (v) violações a direitos sociais, os quais passaram a ser abordados pela Corte em função da sua interdependência em relação aos direitos civis e políticos.¹²⁶ Importa ressaltar que essas decisões encontram-se amplamente escoradas nos textos convencionais e nos precedentes jurisprudenciais elaborados pela própria corte, bem como em decisões de cortes domésticas ou estrangeiras com as quais a Corte IDH dialoga.

Um dos aspectos que denota com maior relevância a ação transformadora das sentenças interamericanas se encontra no conceito de reparação integral das vítimas, o qual envolve a determinação de obrigações de respeito e garantias de não repetição — mecanismo por meio do qual a sentença determina medidas de caráter estratégico capazes de modificar a estrutura social/estatal que viabilizou aquela violação, como a modificação de leis¹²⁷ e a adoção de políticas públicas.¹²⁸ As garantias de não repetição “*tienen un alcance o repercusión pública, y en muchas ocasiones resuelven problemas estructurales, viéndose beneficiadas no sólo las víctimas del caso sino también otros miembros y grupos de la sociedad*”.¹²⁹

¹²⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 2, n. 2, p. 13-39, 2001.

¹²⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos de. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 688-718, 2018. p. 699-701.

¹²⁶ Para uma relação de casos vide PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 49-65, p. 53-58.

¹²⁷ Inclusive de normas constitucionais, como se verificou no caso *Olmedo Bustos e outros (Última Tentación de Cristo) vs. Chile*, em que a Corte Interamericana determinou que o Chile revise sua Constituição no tocante à proteção da liberdade de expressão. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Olmedo Bustos y otros (Última Tentación de Cristo) vs. Chile*. Sentencia de 5 de Febrero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, n. 73.

¹²⁸ SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 457-502, p. 467-470.

¹²⁹ SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 457-502, p. 468.

Nessa linha, o conteúdo da prescrição relativa às garantias de não repetição não é uniforme, mas depende de circunstâncias e contexto de cada caso concreto. Ainda assim, na medida em que tratam de deficiências estruturais presentes nos Estados para a proteção dos direitos humanos, certos exemplos de garantias de não repetição firmam precedentes que se comunicam com os tribunais domésticos de Estados não originalmente envolvidos na demanda, assim como são considerados pela própria Corte IDH em casos futuros. Como vértice dos diálogos judiciais mantidos no ICCAL, a Corte IDH desencadeia relevantes mudanças internas capazes de se propagar por diversos Estados do continente¹³⁰. Exemplos dessas práticas podem ser encontrados em sentenças que determinam desde atos públicos e cerimônias de reconhecimento da violência¹³¹ até treinamento de agentes estatais para evitar novas violações,¹³² reformas legislativas e até constitucionais.¹³³ Na perspectiva dos diálogos judiciais, essa função transformadora da Corte IDH impulsionou uma reforma constitucional no México, em 2011, que trouxe, para o artigo 1 da Constituição Mexicana, não somente o dever de respeito e proteção aos direitos humanos integrantes de tratados internacionais dos quais o Estado seja parte, mas também de reparar as violações segundo uma lei de reparação integral criada precisamente a espelho das orientações da Corte IDH.¹³⁴ Outro exemplo de ações transformadoras criadas a partir do diálogo judicial da Corte IDH com cortes constitucionais se verificou na Colômbia, para a fixação de standards relacionados à proteção de direitos de povos indígenas à consulta prévia.¹³⁵

Uma modalidade de reparação integral que implica profundas transformações diz respeito às obrigações de fazer por parte dos Estados é a condenação à reabertura de processos de investigação, a fim de identificar os responsáveis pela violação dos direitos e puni-los. O Brasil, por exemplo, foi condenado, nesse sentido, nos casos Ximenes Lopes, em 2006; Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) em 2010, Fazenda Brasil Verde, em 2016; Rosa Genoveva (“Favela Nova Brasília”), em 2017; e caso Herzog, em 2018, o que evidencia uma medida de reparação já padronizada pela Corte IDH. Somente no caso Ximenes Lopes, o Estado logrou demonstrar, em seus informes, avanços em processos penais de responsabilização, ainda que pendentes julgamentos de recursos em tribunais superiores.¹³⁶ Já no caso Rosa Genoveva (“Fazenda Nova Brasília”), o Estado questionou a Corte sobre a aplicação de normas internas que instituem prescrição e coisa julgada, o que foi repudiado na medida em que disposições de caráter interno não teriam o condão de afastar o cumprimento de obrigações internacionais.¹³⁷ No caso Gomes Lund, ainda que o Ministério Público tenha proposto ações penais em face de autoridades militares, a fim de configurar o crime de desaparecimento forçado, referidos processos foram contidos por um Judiciário comprometido com a aplicação

¹³⁰ CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de la Nación, 2013. p. 146-219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019. p. 147.

¹³¹ A primeira condenação nesse sentido veio no caso *Bámaca Velazquez vs. Guatemala*, em 2000. Um ato público de reconhecimento, bem como a determinação da publicação da sentença interamericana, passou a ser medida de satisfação frequente nas decisões da Corte. Foi determinado, por exemplo, no caso *Atala Riffo e filhas vs. Chile*, em 2012, a fim de reconhecer a discriminação e a afronta à vida privada de que foi vítima Karen Atala Riffo, em razão de sua condição homossexual; e no caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, em que o Estado Brasileiro foi obrigado a reconhecer em ato público o desaparecimento forçado de 62 integrantes do movimento contrário à ditadura militar.

¹³² Tal prática foi determinada no caso *Karen Atala Riffo e filhas v. Chile*, a fim de que os agentes estatais, notadamente do Poder Judiciário, fossem treinados a não mais perpetrar atos de discriminação à população LGBT.

¹³³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*. Sentencia de 5 de Febrero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C-73. Párrafo 103, 4.

¹³⁴ A legislação mexicana trabalha o conceito de reparação integral na “Lei General de Víctimas”, aprovada em 2013. CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de la Nación, 2013. p. 146-219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019. p. 149-150.

¹³⁵ HERRERA, Juan C. P. Judicial Dialogue and Transformative Constitutionalism in Latin America: The Case of Indigenous Peoples and Afro-descendants. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 43, p. 191-233, mayo/ago. de 2019. p. 206.

¹³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de mayo de 2010. Párrafo n. 12.

¹³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Interpretação de Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Parágrafos 27 a 29.

da Lei de Anistia de 1979, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2010, em total afronta ao que fora determinado pela Corte IDH.¹³⁸

Esse comportamento estatal, frente à perspectiva transformadora inerente às obrigações relacionadas com a reparação integral, evidencia uma dose de resistência declarada à ingerência internacional. Ainda que não se trate de um *backlash* manifesto, em que os órgãos internos demonstram repúdio à sentença da Corte IDH e questionam a legitimidade de todo o sistema interamericano, colocando-se à parte do *Ius Commune* Latino Americano, essa materializa uma discordância dos Estados voltada para a postura adotada pela Corte. Eles reconhecem o compromisso internacional assumido via Convenção Americana de Direitos Humanos, contudo, propõem uma mudança a partir de dentro.¹³⁹ Um exemplo dessa resistência pode ser encontrado em recente Declaração sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos apresentada pelos Estados do Brasil, Argentina, Paraguai, Chile e Colômbia à Comissão Interamericana, em que clamam pela aplicação do princípio da subsidiariedade, bem como o respeito a uma margem de apreciação aos Estados na definição dos meios para proteger e reparar violações a direitos humanos.¹⁴⁰ Mais que a proposta declarada de diálogo, referido manifesto aponta uma tendência dos governos de direita eleitos na América Latina de preservarem a sua soberania, o que recomenda cautela na interpretação de seus termos.

É certo que a Corte IDH — no ímpeto de causar transformações sociais voltadas para a solução da exclusão social — pode avançar certos sinais e adotar posições no mínimo controversas. No caso *Castro Castro vs. Peru*, em que reconheceu a responsabilidade estatal pela violação de direitos humanos em razão do ataque à penitenciária Castro Castro pelo grupo Sendero Luminoso, a Corte determinou, a título de reparação simbólica, que os nomes das vítimas fossem gravados nas pedras que rodeiam o memorial *El ojo que llora*, localizado em Lima. Essa medida de reparação bastante específica foi mal recebida por grande parte do povo peruano, com tamanhas críticas ao memorial que sua demolição chegou a ser requerida, por considera-lo um monumento ao terrorismo.¹⁴¹ No caso *Artavia Murillo e outros v. Costa Rica*, de 2012, a Corte Interamericana confrontou a Sala Constitucional da Costa Rica para, em interpretação evolutiva do direito à vida, reconhecer o direito humano à fertilização *in vitro* como uma manifestação do direito à vida privada e à liberdade e não discriminação no planejamento familiar. A Corte condenou o Estado a regulamentar (mediante lei) a implementação da referida técnica e incluí-la na Caixa Costarricense de Seguro Social a fim de torna-la acessível para toda a população.¹⁴² Em 2016, o Presidente firmou um decreto autorizando o procedimento porque o parlamento não aprovou a lei. Até hoje, apenas instituições privadas realizam esse procedimento, o Estado e parte significativa da sociedade resistem em transformá-la em política pública.¹⁴³

Situações como essas evidenciam a necessidade de diálogo da Corte IDH não somente com as Cortes domésticas, mas também com as instituições internas de cada país, a fim de que se inteire dos contextos

¹³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, de 17 de Octubre de 2017. Párrafo 11 y ss.

¹³⁹ SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-America Court of Human Rights. *MPIL Research Paper Series* N. 2018-01. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3103666>. Acesso em: 10 dez. 2018. p. 6.

¹⁴⁰ CHILE. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Santiago, 23 de abril de 2019. Disponível em: <http://www.minjusticia.gob.cl/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de-justicia-y-derechos-humanos-sobre-sistema-interamericano-de-derechos-humanos/>. Acesso em: 25 abr. 2019.

¹⁴¹ GABRIEL MAINO, Carlos Alberto. Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, v. 22, Fundación Konrad Adenauer, Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica, 2016. p. 357-380.

¹⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C-257. Párrafo 338.

¹⁴³ GABRIEL MAINO, Carlos Alberto. Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, v. 22, Fundación Konrad Adenauer, Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica, 2016. p. 357-380.

sociais, econômicos e políticos de cada Estado. Ainda que outros fatores influenciem a baixa *compliance* de muitos Estados latino-americanos para com as determinações da Corte IDH, é importante ter em conta que o discurso dos direitos humanos não deve ser muito abstraído da realidade.¹⁴⁴ Medidas que não são cumpridas acabam por gerar um descrédito ao sistema e podem comprometer os avanços já amealhados, de modo que um progresso transformador incremental, e respeitoso das particularidades locais é o que melhor se coaduna com as propostas do ICCAL.

Se pode haver dificuldades, é preciso também reconhecer os avanços na construção dialogada de um *Ius Commune*. No caso *Radilla Pacheco vs. México*, a Corte acolheu a proposta de reparação integral formulada pelo Estado no sentido de confeccionar uma biografia da vítima a fim de manter viva sua memória, assim com contribuir para a preservação da história em uma sociedade democrática.¹⁴⁵ Na medida em que os Estados reconhecem como necessárias as transformações propostas pela Corte IDH, bem como a própria Corte reconhece um espaço para que os Estados proponham meios de reparação, os compromissos com a efetivação dos direitos humanos se aperfeiçoam e se concretizam.

5 Considerações finais

Os caminhos para a defesa e a efetivação dos direitos humanos na América Latina sempre foram tortuosos. De um lado, a realidade aponta inegáveis avanços, como a criação de um sistema de proteção que passou a interligar todos os sistemas constitucionais latino-americanos, dando vazão para o surgimento de um *Ius Constitutionale Commune* que se erige a partir da interconexão das normas constitucionais com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em que os princípios diretores da democracia, Estado de Direito e direitos humanos embasam uma atuação transformadora das jurisdições.

De outro, é necessário considerar que esse *Ius Commune* é um processo em formação, que não se realiza da mesma forma em todos os Estados. Se há Estados que procuram dar sinais de avanços na efetivação de seus compromissos, como México, Colômbia e Chile, outros têm adotado um comportamento reticente em relação ao plano internacional, voltando-se a um nacionalismo autoritário e obscurantista, como parece ser atualmente o caso do Brasil. Há, ainda, casos extremos, como a Venezuela, que infelizmente deu às costas ao projeto jurídico latino-americano comum. Se as diferenças nacionais na condução da política e da proteção dos direitos são brutais, a construção de um *Ius Constitutionale Commune* deve partir de uma proposta harmonizadora, firme no compromisso com o combate à exclusão social, e na defesa da democracia, dos direitos humanos e do Estado de Direito, mas ao mesmo tempo aberta ao diálogo.

É nesse ambiente instável de avanços e retrocessos que a Corte Interamericana surge como um vértice canalizador dos diálogos judiciais necessários tanto à fixação de standards comuns como impulsionador das transformações estruturais necessárias à efetivação dos direitos humanos.

Nos espaços em que se consolidou um bloco de constitucionalidade, a jurisprudência da Corte IDH tem direcionado à atuação de juízes internos tal como um precedente internacional que não obriga a aceitação cega, mas à consideração crítica e argumentada, capaz de reafirmar o compromisso dos Estados com os tratados regionais de direitos humanos. Se o papel harmonizador da Corte IDH é favorecido por ambientes em que o bloco de constitucionalidade (ou mesmo de suprallegalidade), assume contornos mais nítidos, é preciso considerar que a construção dialogada de um verdadeiro *Ius Constitutionale Commune* exige uma

¹⁴⁴ RODILES, Alejandro. The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America. In: AUST, Helmut Philipp; NO-LTE, Georg. (ed.) *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 153-174, p. 163.

¹⁴⁵ CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de la Nación, 2013. p. 146-219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019. p. 182.

preocupação com todos os Estados, e todos os povos, todas as vítimas de violações de direitos humanos. O intenso pluralismo jurídico, presente na América Latina, e os arroubos populistas e antidemocráticos, constituem desafios prementes para esse projeto, e exigem da Corte IDH uma atuação firme e cautelosa.

Nesse ambiente, a função transformadora da Corte IDH, que materializa a própria essência do *Ius Constitutionale Commune*, é por certo a mais desafiadora. A América Latina tem um histórico muito próprio de violações de direitos humanos que conclama respostas atentas aos contextos políticos, sociais e econômicos dos Estados. Mesmo diante de uma estrutura relativamente pequena (são apenas sete magistrados), e de um orçamento limitado (do qual apenas 58% é coberto pela OEA, enquanto 42% provém de doações)¹⁴⁶, a Corte IDH tem buscado fornecer soluções estratégicas que permitam os Estados rever suas estruturas a partir das decisões adotadas tanto nos processos contenciosos como nas opiniões consultivas. É certo que decisões judiciais internacionais não têm o condão, sozinhas, de promover profundas mudanças sociais, mas é inegável que a jurisprudência da Corte IDH, pela sua consistência e persistência, provoca os Estados destinatários das condenações a adotar medidas concretas. Para além do pagamento de indenizações, verificou-se que atos simbólicos de reconhecimento de violações, e mudanças constitucionais e legislativas, dentre outras medidas, têm de fato concretizado a função transformadora desencadeada pela Corte supranacional.

Tal função, contudo, não pode investir a Corte IDH em um protagonismo isolado, mas deve, precisamente, impulsioná-la para um diálogo constante — com as cortes constitucionais dos Estados, e, especialmente, com a sociedade civil. Afinal, em última instância, é para o cidadão latino-americano — em toda a sua variedade e complexidade — que deve se dirigir a jurisprudência em defesa dos direitos humanos.

Referências

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. The Latin-American Judicial Dialogue: a Two-Way Street Towards Effective Protection. In: HAECK, Yves; RUIZ-CHIRIMBOGA, Oswaldo; BURBANO-HERRERA, Clara (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*. Cambridge: Intersentia, 2015. p. 693-711.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El diálogo judicial multinível. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 179-192.

ARAUJO, Luis Claudio Martins de. *Constitucionalismo transfronteiriço, direitos humanos e direitos fundamentais: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BIDART CAMPOS, Germán J. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132-RJ*. Relator Ayres Britto. Brasília, Dje 14 out. 2011.

¹⁴⁶ SOLEY, Ximena. The transformative dimension of the Inter-American jurisprudence. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 337-356, p. 350.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PET 338/2009 - RR*. Brasília Relator Marco Aurélio. Brasília, Dje 25 set. 2009.

BREWER-CARÍAS, Allan. El ilegítimo ‘control de constitucionalidad’ de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la sala constitucional del tribunal supremo de justicia de Venezuela: El caso Leopoldo López vs. Venezuela, septiembre 2011. *Estudios Constitucionales*, Talca, Año 10, n 2, p. 575-608, 2012.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 2, n. 2, p. 13-39, 2001.

CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de la Nación, 2013. p. 146-219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf> . Acesso em: 20 abr. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999. v. 1.

CHILE. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Santiago, 23 de abril de 2019. Disponível em: <http://www.minjusticia.gob.cl/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de-justicia-y-derechos-humanos-sobre-sistema-interamericano-de-derechos-humanos/> . Acesso em: 25 abr. 2019.

COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentença T-025/04*. Relator Manuel José Cepeda Espinosa. Bogota, 17 jun. 2004.

COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentença C-141/10*. Relator Humberto Antonio Sierra Porto. Bogota, 26 feb. 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório Anual de 2018*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/portugues.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid-Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de Septiembre, 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C-154.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C-158.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cabrera García y Motiel Flores v. Mexico*. Sentencia de 26 de Noviembre de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones e Costas. Serie C-220.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Juan Gelman v. Uruguay*. Sentencia de 20 de Marzo de 2013. Supervisión de Cumplimiento.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva n. 21* de 19 de Agosto de 2014. Derechos y Garatías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. Série A-21.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C-346.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 6 de Agosto de 2008. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C-184.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Olmedo Bustos y otros (Última Tentación de Cristo) vs. Chile*. Sentencia de 5 de Febrero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C-73.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de Octubre de 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Interpretação de Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de mayo de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C-257.

DALMAU, Rubem Martínez. Asembleas constituíntes e novo constitucionalismo en América Latina. *Tempo Exterior*, Pontevedra, n. 17, p. 5-15, xulio/diciembre 2008.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. El diálogo entre tribunales. Traducción de F. Reviriego Picón. *Teoría y realidad constitucional*: Revista Jurídica da UNED, Madrid, n. 28, p. 335-352, 2011.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Legal pluralism as a dynamic process in a moving world*. Feb. 28, 2018. Disponível em: <http://jamesgstewart.com/legal-pluralism-as-a-dynamic-process-in-a-moving-world/>. Acesso em: 25 mar. 2019.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Ordering Pluralism. Max Weber Lecture Series 2009/06*. Florence: European University Institute, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les Forces imaginantes du droit. Le Pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. v. 2.

FACHIN, Melina Girardi. À Guisa de Introdução: os sentidos do constitucionalismo multinível". In: FACHIN, Melina Girardi (org.). *Direito constitucional multinível: diálogos a partir do direito internacional dos direitos humanos*. Curitiba: Prismas, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 7. ed. Verbetes diálogo. Curitiba: Positivo, 2009.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, v. 30, p. 89-127, 2017, p. 91.

FIX-ZAMUNDIO, Héctor. Relaciones entre los Tribunales Constitucionales latino-americanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.) *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 673-765.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a ne-

cessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco, ano 14, n. 1, p. 63-91, jan-jun/2014.

GABRIEL MAINO, Carlos Alberto. Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, v. 22, Fundación Konrad Adenauer, Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica, 2016. p. 357-380.

GARCÍA RAMÍREZ, Sérgio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.

GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; BUSTOS GISBERT, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier *et al.* (ed.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Pamplona: Thomson Reuters, 2013. p. 65-107.

GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración: Cuadernos Civitas*. Madrid: Thompson Reuters, 2010.

GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. *Teoría y Realidad Constitucional: Revista Jurídica da UNED*, Madrid, n. 30, p. 183-224, 2012. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7005>. Acesso em: 19 fev. 2019.

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. The Block of Constitutionality as the Doctrinal Pivot of a *Ius Commune*. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 233-253.

GÓNGORA-MÉRA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergências entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 312-337.

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Diálogo coevolutivo. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola; FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A (coord.) *Diccionario de derecho procesal, constitucional y convencional*. 2 ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.

HERRERA, Juan C. Judicial Dialogue and Transformative Constitutionalism in Latin America: The Case of Indigenous Peoples and Afro-descendants. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 43, p. 191-233, mayo-agosto de 2019.

KAUFMAN, Andrew L. Democracy and Distrust. By John Harg Ely. *Hofstra Law Review*, v. 9, issue 3, article 6, 1981. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1399&context=hlr>. Acesso em: 13 abr. 2019.

KOZICKI, Katya; LORENZETTO, Bruno Menezes. Entre o passado e o futuro: a não acabada transição no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). *Direitos Humanos Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 128-143.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos de. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. *Revista*

Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 8, no 2, p. 688-718, 2018.

MOHALLEM, Michael Freitas. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: the Practice of Constitutional Courts in South America. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth (ed.). *Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 67-112.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. O Estado Aberto: objetivo do *Ius Constitutionale Commune* em direitos humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Marco Conceptual. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 53-74.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El bloque de constitucionalidad en Colombia Estudios Constitucionales. *Estudios Constitucionales: Revista do Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Santiago, v. 3, n. 1, 2005, p. 231-242, 2018. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82003112>. Acesso em: 05 abr. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionales Commune* en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 49-65.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto Transformador, Diálogos Jurisdicionais e os Desafios da Reforma. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, Santa Maria, v. 3, n. 1, p. 76-101 jan./jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/16282#.XE3erqfOrUo>. Acesso em: 10 dez. 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: Levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RODILES, Alejandro. The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 153-174.

RODRÍGUEZ PINZÓN, Diego. The “victim” requirement, the fourth instance formula and the notion of “person” in the individual complaint procedure of the Inter-American Human Rights System. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Chicago, v. 7, p. 369-383, mar. 2001.

ROLLA, Giancarlo. Algunas consideraciones sobre la tutela de los derechos y libertades fundamentales ante las jurisdicciones supranacionales. In: SAIZ ARNAIZ, Alejandro; SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 71-88.

SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 457-502.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones

para el diálogo. In: CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES (ed.). *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, 2013. p. 131-160.

SAÍZ ARNAÍZ, Alejandro. La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo. In: ARNAIZ, Alejandro Saiz (Director); SOLANES MULLOR, Joan; ROA ROA, Jorge Ernesto. *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. València: Tirant lo Blanch, 2017. p. 29-43.

SALAZAR UGARTE, Pedro. The Struggle for Rights. In: von BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 67-82.

SANTOLAYA, Pablo. La apertura de las constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.) *Diálogos Jurisprudenciales en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 447-456.

SARLET, Ingo Wolfgang. Integração dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico. *CONJUR*, 27 mar. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/direitos-fundamentais-integracao-tratados-direitos-humanos-ordenamento-juridico>. Acesso em: 12 abr. 2019.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, Richmond, n. 29, p. 99-137, 1994. Disponível em: <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2120&context=lawreview>. Acesso em: 11 fev. 2019.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Global Community of Courts. *Harvard International Law Review*, Cambridge, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003.

SOLEY, Ximena. The transformative dimension of the Inter-American jurisprudence. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 337-356.

SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights. *MPIL Research Paper Series* n. 2018-01. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3103666>. Acesso em: 10 dez. 2018.

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global Law Without a State*. Brookfield: Dartmouth 1997. p. 3-28.

TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue as a Means of Interpretation. In: AUST, Helmut Phillip; NOLTE, Georg (ed.). *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p.72-95.

VÁZQUEZ ESQUIVEL, Efrén; CIENFUEGOS SORDO, Jaime Fernando. El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la Jurisdicción Interna. *Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal do Paraná, Curitiba*, v. 61, n. 1, p. 9-41, jan./abr. 2016.

VOINA-MOTOC, Iulia. Conceptions of Pluralism and International Law. In FABRI, Hélène Ruiz; JOUANNET, Emmanuelle; TOMKIEWICZ, Vincent. *Select Proceedings of the European Society of International Law*, 2006. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2008. v. 1. p. 401-430.

VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: observations on Transformative Constitutionalism. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 27-48.

VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela;

PIOVESAN, Flávia; SOLEY, Ximena. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism. In: VON BOGDANDY, Armin *et al.* (ed.) *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 3-23.

VON BOGDANDY, Armin; VENSKE, Ingo. *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. *En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Traducción Paola Andrea Acosta Alvarado; revisión Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

**SEÇÃO IV: NOVO CONSTITUCIONALISMO
LATINO-AMERICANO**

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A Constituição democrática:
entre o neoconstitucionalismo e o
novo constitucionalismo

The democratic constitution:
between neoconstitutionalism
and the new constitutionalism

Roberto Viciano Pastor

Rubén Martínez Dalmau

A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo *

The democratic constitution: between neoconstitutionalism and the new constitutionalism

Roberto Viciano Pastor**

Rubén Martínez Dalmau***

Resumo

Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo são dois termos muitas vezes usados como sinônimos. Entretanto, tanto em sua origem quanto em seu conceito são categorias diferentes, pensadas para situações distintas. O *neoconstitucionalismo* é uma categoria analítica que busca criar uma teoria do direito e, secundariamente, explicar as faculdades do juiz ordinário como intérprete da Constituição. O *novo constitucionalismo* surge com base na experiência das novas constituições latino-americanas, tendo como marco a Carta Constitucional colombiana de 1991, e enfatiza a legitimidade democrática da Constituição. *Neoconstitucionalismo* e *novo constitucionalismo* são conceitos não necessariamente complementares, embora possam coincidir em determinados aspectos, como no que se refere à centralidade da supremacia constitucional ou à constitucionalização do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Constitucionalismo democrático. Novo constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. América Latina.

Abstract

Neoconstitutionalism and *new constitutionalism* are two often used interchangeably; however, in its origin and its concept are different categories designed for different situations. *Neoconstitutionalism* is an analytical category that want to create a theory of law and explain the power of ordinary judge as interpreter of the Constitution; *new constitutionalism*, however, originates from the experience of the Latin American Constitutions, from Colombian Constitution in 1991, and emphasizes the democratic legitimacy of the Constitution. *Neoconstitutionalism* and *new constitutionalism* are not necessarily complementary concepts, although may coincide in certain areas, such as constitutional supremacy or constitutionalization of law.

Keywords: Democratic constitutionalism. New constitutionalism. Neoconstitutionalism. Latin America.

* Recebido em 31/07/2019

Aprovado em 22/08/2019

Artigo traduzido por Vanessa Wendhausen Cavallazzi e Patrícia Perrone Campos Mello, como parte dos trabalhos desenvolvidos pelo Grupo “Cortes Constitucionais e Democracia”, Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Pró-Reitoria de Pesquisa, PósGraduação e Inovação, Brasília.

** Catedrático de Derecho Constitucional en la Universitat de València. Director del Máster de Derecho Constitucional de la Universitat de València y del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito). Asesoró a las asambleas constituyentes de Ecuador (1998), Venezuela (1999), Bolivia (2006-2007) y Ecuador (2008). E-mail : roberto.viciano@uv.es.

*** Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universitat de València. Consultor en Derecho Constitucional en la Universitat Oberta de Catalunya. Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Mayor de San Andrés. Asesoró a las asambleas constituyentes de Venezuela (1999), Bolivia (2006-2007) y Ecuador (2008). E-mail : ruben.martinez@uv.es

1 Introdução

A história do mundo contemporâneo refletiu as tensões existentes entre dois termos: constitucionalismo e democracia. O constitucionalismo se desenvolveu durante um longo período à margem da *práxis* democrática, pelo temor da possível hegemonia de poderes ilimitados, o que seria inaceitável para uma doutrina que se fundamenta, justamente, na ideia de limitação do poder. Mas, ao mesmo tempo, o constitucionalismo teve de lidar com a sempre tormentosa necessidade de legitimação do poder, cujas bases se assentam na Teoria da Democracia.

Muitas teorias experimentaram o sentimento contrário de que não eram capazes de incorporar uma Teoria Constitucional em seu núcleo, por entenderem que a Teoria Constitucional entraria em contradição com um poder popular superior e desbordador de qualquer poder constitucionalizado. Por essa razão, as construções sobre a democracia constitucional se ajustaram mal a qualquer abordagem sinceramente democrática, até o ponto em que passaram a existir mais teorias sobre o constitucionalismo do que sobre a fundação democrática do constitucionalismo.

A dialética histórica seguiu seu próprio caminho, em boa parte alheia ao que os teóricos propunham ou prognosticavam. Embora o conceito de democracia esteja longe de ter um conteúdo amplamente aceito, tendemos a admitir, depois de examinar os diferentes modelos experimentados, que se trata de um conceito conectado a um significado contextualizado por um determinado tempo e lugar histórico, que tem como critério orientador a maior ou menor participação do povo ou do conjunto de cidadãos que o compõem no governo. Não existe democracia em abstrato, mas sim uma determinada democracia, ou melhor, mais ou menos democracia a depender da estrutura oferecida pelas relações sociais, econômicas e políticas de uma comunidade. É nesse sentido que se trata de uma democracia contextualizada: determinada por um presente, mas que olha para o passado, a fim de reconhecer-se como um avanço, e mira o futuro, com o fito de apontar objetivos emancipadores, posto que democracia é, historicamente, emancipação.

Curiosamente, o modelo democrático, com maior êxito na emancipação dos povos, foi o constitucionalismo democrático. Embora, a princípio, pareça uma contradição, na prática não foi: a Constituição democrática limitou o poder autoritário, as violações de direitos e o predomínio das oligarquias de maneira muito mais efetiva do que outros modelos exclusivamente *constitucionais* ou exclusivamente *democráticos*. No que se refere aos primeiros, porque, ao prescindir do problema da legitimidade, substituíram a defesa dos direitos e dos interesses dos povos pela institucionalidade e pela ficção da separação dos poderes. Em relação aos segundos, porque acabaram se convertendo em uma substituição das elites não democráticas por elites aparentemente democráticas, mas que seguiram desrespeitando os direitos das minorias e limitando os mecanismos de participação plural naquilo que não deixa de ser uma democracia espúria. O constitucionalismo democrático, com a reunião dos termos *democracia* e Constituição, permitiu a criação de um marco efetivo para o avanço da emancipação dos povos.

Durante as últimas três décadas, surgiram novas categorias na doutrina constitucional que, aparentemente, pertencem ao campo do constitucionalismo democrático. Contudo, ainda que não se olvide a vontade democrática de seus criadores, como demonstraremos, algumas dessas construções teóricas sofrem de certo grau de elitismo, o que torna indispensável indicar-lhes esse traço, de forma a avançar na busca emancipatória por um constitucionalismo democrático. Estamos nos referindo ao chamado *neoconstitucionalismo*, muitas vezes confundido com o *novo constitucionalismo*.

Parece-nos importante esclarecer a possível confusão que pode se estabelecer entre as duas categorias, pois essa confusão conceitual pode gerar certo nível de caos intelectual e dificultar o desenvolvimento do constitucionalismo democrático. Ambas as concepções são construções relativamente recentes, que tiveram seu auge à luz dos últimos textos constitucionais latino-americanos e foram qualificadas tanto como *neoconstitucionalistas* quanto próprias de um *novo constitucionalismo*. Mas, a que se referem esses termos? Ainda

que tenham significantes semelhantes, seus significados não o são, mesmo que em determinados aspectos possam ser complementares.

Este artigo pretende definir, conceitualmente, as duas categorias, enfatizando suas diferenças e estabelecendo algumas bases para que o diálogo entre elas possa ser desenvolvido no futuro.

2 O neoconstitucionalismo: entre uma teoria do direito e uma teoria do poder

Caso perguntemos a vários *neoconstitucionalistas* o que entendem por *neoconstitucionalismo*, é possível que cada um nos dê uma resposta diferente. Apesar de certa pretensão canônica¹, o neoconstitucionalismo nos parece guardar uma coerência interna para além de alguns aspectos concretos aos quais faremos referência na sequência. Ele parece definir-se mais por aquilo que não é do que por aquilo que efetivamente é. E isso porque, quando nos referimos ao neoconstitucionalismo, estamos diante da tentativa de criar uma nova filosofia do direito², a partir de um núcleo de bases supostamente comuns de vários autores, mas que não necessariamente foram construídas com coerência. De fato, o primeiro dos “cânones” do neoconstitucionalismo fazia referência a essa multiplicidade de conceitos, o que Carbonell³ colocou em evidência pelo uso de um sufixo plural entre parênteses no título de sua recompilação: *Neoconstitucionalismo(s)*.

Quanto à origem do conceito, diga-se, muito mais afortunada do que seu nome, remonta o final dos anos noventa do século XX, quando foram publicados os primeiros trabalhos de Suzana Pozzolo e do grupo de filósofos do direito da Universidade de Gênova, guiados por Paolo Comanducci. O esforço tinha por objetivo encontrar um denominador comum na doutrina sobre a função da Constituição no ordenamento jurídico e o papel de seus conteúdos, para o que recorreram às mais diversas fontes do mundo anglo-saxão (Dworkin) e latino-americano (Nino). Essa é uma primeira característica do *neoconstitucionalismo*: como fruto do pensamento analítico, inicialmente consistiu em uma análise teórica do valor jurídico da Constituição e da sua influência e hierarquia sobre o resto do ordenamento jurídico, com ênfase no papel e na aplicação dos princípios constitucionais. Embora tenha prescindido de elementos empíricos de comprovação, manifestou sua vontade de transcender em direção a uma nova forma de aplicação do direito. Representa, portanto, todo um esforço de imaginação coletiva e de análise teórica que tem início na busca de critérios específicos de interpretação da Constituição com vistas à interpretação do resto do ordenamento jurídico e deriva para o papel da Constituição e de sua aplicação no que pode ser chamado de *Estado constitucional*.

De uma forma um tanto ambígua, Pozzolo⁴ se refere ao neoconstitucionalismo como uma defesa da distinção entre interpretação constitucional e outras interpretações do direito:

Embora seja certo que a tese sobre a especificidade da interpretação constitucional encontra adeptos em várias disciplinas, no campo da filosofia do direito ela é defendida, em particular, por um grupo de jusfilósofos que compartilham um modo peculiar de abordar o direito. Eu chamei essa corrente de pensamento de *neoconstitucionalismo*.

O trecho acima alude a certos autores renomados, embora, de fato, alguns deles pareçam não se conhecer mutuamente com profundidade: Ronald Dworkin⁵, Robert Alexy⁶, Gustavo Zagrebelsky⁷ e — em

¹ CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

² GUASTINI, Riccardo. A propósito del neoconstitucionalismo. *Doctrina constitucional*, v. 67, p. 231, 2013.

³ CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

⁴ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 21, n. 2, p. 339, 1998.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

⁶ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto mite*. Turim: Einaudi, 1992.

parte — Santiago Nino⁸.

Provavelmente — aduz a autora — esses jusfilósofos não se reconhecem dentro de um movimento unitário, mas, nas suas argumentações é possível encontrar o uso de algumas noções peculiares, que possibilita o seu agrupamento dentro de uma única corrente jusfilosófica.

Quais seriam essas *noções peculiares* que configuram o núcleo do *neoconstitucionalismo*? Segundo Pozzolo, haveria quatro formulações: 1) *Princípios vs. normas*. Fazendo referência velada ao clássico debate dos anos sessenta e setenta entre Hart e Dworkin, que pretendia ser uma crítica dos fundamentos do juspositivismo, Pozzolo enfatiza a distinção entre princípios e regras (“normas”) no ordenamento jurídico e o papel destacado que os princípios devem desempenhar na função de interpretação e argumentação jurídica pelos juízes. 2) *Ponderação vs. subsunção*. Os princípios contariam com um peculiar método interpretativo/aplicativo, porque sua aplicação não pode se dar de acordo com os métodos de subsunção das normas, uma vez que precisariam ser ponderados ou balanceados por meio de uma técnica que consiste em detectar os princípios aplicáveis ao caso concreto, sopesá-los e colocá-los em ordem hierárquica axiológica, a fim de que, com base em um juízo de valor particular formulado pelo juiz, seja identificado e aplicado o princípio que prevalece na hipótese examinada. 3) *Constituição vs. independência do legislador*, isto é, a subordinação da lei e do resto do ordenamento jurídico ao texto constitucional, o que implicaria a materialização ou substancialização da Constituição; uma função semelhante a que o direito natural havia previamente desenvolvido. 4) *Liberdade dos juízes vs. liberdade do legislador*. Trata-se de defender a interpretação criativa da jurisprudência, que se torna imprescindível a partir do momento em que o juiz abandona o método de subsunção em favor do emprego dos princípios e deve aplicar a Constituição diante da lei como instrumento básico para a sua substancialização.⁹

Embora originalmente seja um esforço fundamentalmente teórico, à medida que se constrói o relato neoconstitucional, durante a primeira década do século XXI, em meio ao ciclo histórico do constitucionalismo, surge uma profunda vontade de neoconstitucionalismo, e correspondente ao constitucionalismo do Estado social. O neoconstitucionalismo é uma doutrina de origem essencialmente europeia, pensada com base no constitucionalismo do Estado social europeu e de algumas constituições latino-americanas. Como explica Carbonell, um de seus expoentes, o neoconstitucionalismo pretende explicar esse conjunto de textos constitucionais que começam a surgir depois da Segunda Guerra Mundial e que encontram seu ápice nas constituições europeias da década de setenta (principalmente a portuguesa de 1976 ou a espanhola de 1978) e na adaptação latino-americana do constitucionalismo social europeu (como a Constituição brasileira de 1988).¹⁰ São constituições

[...] que não se limitam a estabelecer competências ou a separar os poderes públicos, mas que contêm altos níveis de normas materiais ou substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos.¹¹

Como se pode observar, não existe nenhuma crítica à origem das constituições, pois, de maneira coerente com sua metodologia analítica, ela não é objeto de preocupação por parte dos neoconstitucionalistas. A ênfase é tão somente normativa e não respeita qualquer normatividade, além da supremacia material da constituição, característica do Estado (neo)constitucional: “desde então — afirma o autor — o constitucionalismo não permaneceu como um modelo estático, mas seguiu evoluindo em muitos sentidos”. Como fruto dessa evolução, surge a necessidade de constatar, teoricamente, o conceito de Estado (neo)constitucional

⁸ NINO, Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996.

⁹ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 21, n. 2, p. 340-342, 1998.

¹⁰ CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 9-10.

¹¹ CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 9-10.

e colocar em evidência suas consequências práticas.¹²

Durante a última década e meia, a corrente neoconstitucionalista avançou sobre os mesmos pivôs sobre os quais se originou. Depois do seu auge, na primeira década do século XXI, o neoconstitucionalismo vem padecendo do esgotamento próprio de uma teoria que quase não se preocupa com a práxis para além da função dos tribunais constitucionais e de aspectos concretos, como a modulação de sentenças ou o princípio da proporcionalidade. Os principais elementos que, hoje, correspondem às doutrinas neoconstitucionais são, segundo Guastini, os seguintes: a superioridade axiológica da Constituição sobre a lei; a ideia de que a Constituição não tem somente como função a limitação do poder político, mas, também, modelar a sociedade e, portanto, não somente prevenir (no negativo) uma legislação lesiva aos direitos, como orientar (no positivo) toda a legislação; a ideia de que a Constituição carece de lacunas que seus princípios predeterminam ou orientam a disciplina legislativa de qualquer pressuposto factual, deixando margens muito pequenas para a discricção política do legislador; a ideia de que as constituições democráticas incorporam princípios objetivos de justiça que merecem obediência; a superioridade axiológica dos princípios sobre as regras; a ideia de que as regras, qualquer que seja seu conteúdo literal, podem ceder ou podem ser revogadas, à luz dos princípios; a superioridade axiológica das normas que conferem direitos àqueles que organizam o poder público; a ideia de que as normas “materiais” da constituição regulam não apenas as relações verticais entre o Estado e o cidadão, mas também as horizontais entre os cidadãos e que, portanto, devem encontrar aplicação direta na jurisprudência; a ideia de que existe uma estreita ligação entre direito e justiça; a ideia de que a lei, desde que seja justa, deve ser obedecida; a desvalorização do modelo de ciência jurídica como um discurso meramente cognitivo e não crítico, característico do positivismo metodológico jurídico; e a ideia de que a ciência jurídica deve ser uma ciência prática e normativa, destinada a guiar a jurisprudência e a legislação.¹³

Por fim, cabe concluir que, com base nesse ponto de vista, o neoconstitucionalismo é uma *teoria do direito* e não propriamente uma *teoria da Constituição*, embora desejasse sê-lo.¹⁴ Seu fundamento é a análise da dimensão positiva da Constituição, para a qual não é necessário ingressar nos pressupostos e condições de legitimidade democrática e na fórmula por meio da qual a vontade constituinte é trasladada para a vontade constituída. Dessa maneira, o neoconstitucionalismo reivindica o Estado de direito em seu significado último, depois de explicar a evolução do conceito até o que representaria na atualidade. O modelo pretende afastar-se dos esquemas do positivismo teórico e converter o Estado de direito no Estado constitucional de direito. Como teoria do direito, então, busca descrever as conquistas da constitucionalização como um processo que envolveu a modificação dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos, positivando um catálogo de direitos, garantindo a onipresença de princípios e regras na Constituição e algumas peculiaridades relativas à interpretação e à aplicação da lei.¹⁵ Trata-se de recuperar o conceito de Constituição e fortalecer sua presença determinante no ordenamento jurídico.

As críticas dos mais variados setores ao neoconstitucionalismo aumentaram, nos últimos anos, em dois sentidos: por um lado, a falta de coerência e sistematização de suas denominações e princípios, bem como os limites analíticos das doutrinas neoconstitucionais; em segundo lugar, a ocultação de uma teoria do poder na teoria do direito que ela promove. Em relação ao primeiro aspecto, poderia tê-lo dito mais alto, mas não mais claramente: a expressão neoconstitucionalismo “é, em vários aspectos, equívoca e enganosa”, uma vez que, ao se referir, no plano empírico, ao constitucionalismo jurídico dos ordenamentos dotados de constituições rígidas, se mostra assimétrica no que tange ao constitucionalismo político e ideológico:

que não designa nem um sistema jurídico nem uma teoria do direito, sendo pouco mais do que o

¹² CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 9.

¹³ GUASTINI, Riccardo. A propósito del neoconstitucionalismo. *Doctrina constitucional*, v. 67, p. 233, 2013.

¹⁴ VICIANO PASTOR, Roberto. MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, v. 9, p. 6-10, 2010.

¹⁵ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003. p. 83.

sinônimo de Estado liberal de direito. Adicionalmente, em virtude de, no plano teórico, a expressão *neoconstitucionalismo* se identificar com a concepção jusnaturalista do constitucionalismo, ela tem dificuldades em plasmar as características essenciais que a distinguem de sua concepção juspositivista, a qual resulta, de fato, ignorada.¹⁶

O autor propõe o termo jus-constitucionalismo ou constitucionalismo jurídico para diferenciar o Estado constitucional de direito do Estado legislativo de direito: “a característica distintiva do constitucionalismo será a existência positiva de uma *lex superior* à legislação ordinária, independentemente das várias técnicas adotadas para garantir sua superioridade”. Para Guastini, o neoconstitucionalismo “consiste em um amontoado de posições axiológicas e teses normativas entre as quais não é fácil identificar uma tese propriamente teórica, reconhecível e suscetível de discussão”.¹⁷ O problema fundamental é que os neoconstitucionalistas trataram sua doutrina como uma mudança paradigmática, quando não estamos diante de uma discussão sobre o paradigma positivista consolidado pelas doutrinas kelsenianas e pela posição da constituição na ordem jurídica. Em relação aos mecanismos de aplicação dos princípios constitucionais, o mesmo autor tem a “impressão de que a insistência na ideia de que princípios não admitem subsunção é um testemunho da grande ignorância que reina entre os juristas em termos de raciocínio jurídico em geral e de subsunção em particular”.¹⁸

Sobre a segunda crítica, precisamos levar em conta que, ainda que o neoconstitucionalismo se apresente como uma teoria do direito — e, por isso, despojada de qualquer elemento político — é também (ou conseqüentemente) uma teoria do poder. Em particular, uma teoria do poder dos juízes no momento em que interpretam a Constituição. Um dos grandes problemas do neoconstitucionalismo é não diferenciar, substantivamente, a função dos juízes que realizam o controle concentrado de constitucionalidade — os tribunais constitucionais — da função desempenhada pela justiça ordinária, cuja interpretação da Constituição vem pré-modulada por aquela realizada pelos intérpretes autênticos (os mencionados tribunais constitucionais). A confusão entre sistema difuso e sistema concentrado, própria do neoconstitucionalismo, acaba implicando a assunção da função de limitar a liberdade do legislador por juízes ordinários. Essa substituição pode se amoldar ao juiz que realiza o controle de constitucionalidade, pelo caráter político de sua função como legislador negativo; mas não ao juiz ordinário, que não está democraticamente legitimado para desenvolver uma função política. O grande problema da *liberdade* do juiz ordinário para a livre aplicação da Constituição é que ele não conta com a legitimidade democrática — nem a correspondente legitimidade constitucional — para colocar-se, por si próprio, como intérprete político da Constituição. Ao fazer a defesa desse modelo, o neoconstitucionalismo se apresenta, não mais como uma teoria do direito, mas como uma teoria do poder: a preponderância do poder elitista da função judicial frente ao poder democrático da função legislativa, por meio da decisão sobre o significado de uma norma constitucional, cujo conteúdo se traduz como um limitador da função do legislador.

3 O novo constitucionalismo: entre uma teoria da legitimidade e uma teoria da constituição

O conceito de *novo constitucionalismo* é ainda mais recente do que o de *neoconstitucionalismo*. Ao contrário do neoconstitucionalismo, que surge a partir da filosofia do direito e pretende transcender a prática jurisprudencial, o novo constitucionalismo tem um duplo objetivo. Por um lado, recuperar e atualizar o conceito de poder constituinte democrático, garantindo a origem democrática da Constituição por meio de iniciativas

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 34, p. 18-19, 2010.

¹⁷ GUASTINI, Riccardo. A propósito del neoconstitucionalismo. *Doctrina constitucional*, v. 67, p. 231, 2013.

¹⁸ GUASTINI, Riccardo. A propósito del neoconstitucionalismo. *Doctrina constitucional*, v. 67, p. 240, 2013.

populares de ativação desse poder e de seu exercício fundante por uma assembleia constituinte participativa e plural, assim como pela aprovação direta da Constituição pela cidadania, por meio de consulta popular. Por outro lado, gerar conteúdos constitucionais que permitam resolver os problemas de legitimidade do sistema que o constitucionalismo social de origem europeia não conseguiu resolver.

No sentido acima, além da preocupação com a supremacia constitucional característica do neoconstitucionalismo, o novo constitucionalismo aposta, entre outros aspectos, na abertura de espaços de participação direta dos cidadãos para evitar a oligarquização do sistema político; estender as garantias e a eficácia dos direitos sociais; estabelecer novos fundamentos axiológicos da vida em comum; incorporar a proteção do meio ambiente como uma política transversal que deve permear toda a atividade social; estender os controles constitucionais aos poderes privados, fundamentalmente aos poderes econômicos que controlam e distorcem os mercados e tentar democratizar e garantir a independência do poder judiciário, dos órgãos de controle de constitucionalidade e, em geral, das instituições de controle do poder político ou econômico. E, é claro, resolver a exclusão e marginalização das minorias étnicas e sociais e dos grupos vulneráveis. Nesse trabalho, trataremos especialmente do primeiro objetivo do *novo constitucionalismo*: a recuperação da legitimidade democrática da Constituição, por constituir o elemento que mais claramente contrapõe uma pretensão da teoria constitucional frente à Teoria do Direito que fundamenta o *neoconstitucionalismo*.

O *novo constitucionalismo* também tem sua “certidão de nascimento” e nela consta como local do parto a América Latina. Ao final do século XX, duas constituições latino-americanas marcaram o nascimento do *novo constitucionalismo*: a Constituição colombiana de 1991 e a Constituição venezuelana de 1999. Essas constituições democráticas foram os precedentes que abriram caminho para outras mudanças constitucionais na América Latina, como as que ocorreram no Equador, em 2008 e na Bolívia, em 2009. Foi a partir desse marco, então, que se realizou uma primeira exploração acerca do conceito de novo constitucionalismo como uma mudança de paradigma em relação ao constitucionalismo latino-americano antigo ou clássico¹⁹, abordagem que se aprofundou em seus postulados teórico-práticos alguns anos depois, com o advento das Constituições equatoriana de 2008 e boliviana de 2009.²⁰

Como já havíamos adiantado, o fundamento do novo constitucionalismo se encontra na recuperação de um poder constituinte democrático que, de acordo com as possibilidades contextuais, em uma dinâmica evolutiva, tem lugar, por meio de vontades populares emancipadoras, após uma época de hegemonia de um constitucionalismo de elites. Se algo tradicionalmente caracterizou o constitucionalismo latino-americano, não foi sua capacidade social integradora, sua força normativa ou a sua ampla legitimidade democrática. Muito pelo contrário. A história constitucional latino-americana, salvo poucas exceções, demonstrou o domínio das elites na decisão constituinte e, por outro lado, a identidade entre vontade elitista-crioula e a vontade constituinte (não democrática). O resultado foi um constitucionalismo conservador, que se manteve hegemônico, com suas diferentes facetas, até os dias de hoje. Nesses termos, o novo constitucionalismo latino-americano constitui uma resposta relegitimadora de novas constituições democráticas, cujas bases teóricas próprias foram assentadas na doutrina: Gargarella & Curtis²¹, Médici²², Noguera²³, Villabella²⁴, De

¹⁹ VICIANO PASTOR, Roberto. & MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Agora. Revista de Ciencias Sociales*, v. 13, p. 55-68, 2005.

²⁰ VICIANO PASTOR, Roberto. MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, v. 9, p. 7-29, 2010. VICIANO PASTOR, Roberto. MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El nuevo constitucion- nalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, v. 9, p. 1-24, 2011.

²¹ GARGARELLA, Roberto. COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: Cepal, 2009.

²² MÉDICI, Alejandro. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial: Bolivia y Ecuador. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, v. 3, p. 3-23, 2010.

²³ NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant, 2010.

²⁴ VILABELLA ARMENGOL, Carlos Manoel. Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, v. 25, p. 49-76, 2010.

Cabo²⁵, Criado²⁶, Aparício Wilhelmi²⁷, Uprimny²⁸, Pisarello²⁹, Nolte & Schilling-Vacaflor³⁰, Palacios³¹ Wolkmer y Machado³², Gargarella³³ e outros.

As críticas ao novo constitucionalismo latino-americano vieram da doutrina mais conservadora e menos conceitualmente desenvolvida, que critica o caráter populista dos novos textos constitucionais. Dessa forma, Edwards, por exemplo, indica que essas constituições alçaram a apelação populista ao nível constitucional, mas esquiva-se de diferenciar o neoconstitucionalismo do novo constitucionalismo.³⁴ As críticas provenientes dos teóricos da democracia constitucional, de outro lado, contêm maior solidez. Para Salazar, a natureza ambígua dos textos constitucionais é um problema para a segurança jurídica, porque eles são:

[...] disposições jurídicas muito suscetíveis a múltiplas interpretações e, por isso mesmo, são receptáculos de muitas normas cuja identificação se mostra muito difícil. [...] Poderiam ser organizados seminários de filosofia, antropologia ou direito constitucional para encontrar seus significados e, provavelmente, os expertos não chegariam a posições concordes.³⁵

Em razão de suas características distintas daquelas que definem a democracia constitucional, o novo constitucionalismo latino-americano é qualificado pelo autor como um *ornitorrinco jurídico*.³⁶

Cabe insistir, todavia, que o novo constitucionalismo difere do constitucionalismo crioulo no campo da legitimidade, não tanto por alguns dos novos conteúdos de suas constituições, que surgem de um debate aberto e plural, o que, sem dúvida, cria redações tecnicamente menos acertadas, mas pela natureza democrática de seus processos constituintes. Desde as constituições fundacionais dos novos Estados independentes, a América Latina careceu de processos constituintes plenamente democráticos. Por outro lado, processos constituintes representativos das elites e distantes da natureza democrática essencial do poder constituinte foram produzidos em muitas ocasiões. A evolução do constitucionalismo latino-americano anterior às novas constituições baseava-se no nominalismo constitucional e, portanto, na falta de uma presença efetiva da Constituição no sistema jurídico e na sociedade. Em geral, as constituições do constitucionalismo crioulo não cumpriam mais do que os objetivos que as elites haviam determinado: a organização do poder do Estado e a manutenção, em alguns casos, dos elementos básicos de um sistema democrático formal.³⁷

Por essa razão a denominação *novo constitucionalismo*, quando a história de legitimidade positivista-elitista se torna legitimidade democrática, com a intenção de acabar com o nominalismo constitucional e avançar

²⁵ DE CABO DE LA VEGA, Antonio. Los mecanismos de democracia participativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista General de Derecho Público Comparado*, v. 9, p. 1-40, 2011.

²⁶ CRIADO DE DIEGO, Marcos. El sistema de gobierno en las nuevas constituciones andinas: distribución horizontal del poder en el régimen constitucional de Venezuela y Ecuador. *Revista General de Derecho Público Comparado*, v. 9, p. 1-44, 2011.

²⁷ APARICIO WILHELMI, Marco. Nuevo constitucionalismo, derechos y medio ambiente en las Constituciones de Ecuador y Bolivia. *Revista General de Derecho Público Comparado*, v. 9, p. 1-24, 2011.

²⁸ UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

²⁹ PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011.

³⁰ NOLTE, Detlef. SCHILLING-VACAFLOR, Almut. *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*. Burlington: Ashgate, 2012.

³¹ PALACIOS ROMEO, Francisco. *Nuevo constitucionalismo participativo en Hispanoamérica*. Pamplona: Aranzadi, 2013.

³² WOLKMER, Antônio Carlos. MACHADO FAGUNDES, Lucas, 2013. Para um novo paradigma de Estado Plurinacional na América Latina. *Novos Estudos Jurídicos*, v.18, n. 2, p. 329-342.

³³ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. Nueva York: Oxford University Press, 2013.

³⁴ EDWARDS, Sebastián. *Populismo o mercados. El dilema de América Latina*. Bogotá: Norma, p. 233, 2009.

³⁵ SALAZAR UGARTE, Pedro. El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). In: PÉREZ, Luis Raúl González. VALADÉS, Diego (Coord.). *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. México: UNAM, p. 361-363, 2013.

³⁶ SALAZAR UGARTE, Pedro. El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). In: PÉREZ, Luis Raúl González. VALADÉS, Diego (Coord.). *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. México: UNAM, p. 387, 2013.

³⁷ MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución: entre el constitucionalismo crioulo y el nuevo constitucionalismo. In: TROBAT, Pilar García. FERRIZ, Remedio Sánchez (Coord.). *El legado de las Cortes de Cádiz*. Valencia: Tirant, p. 851, 2011.

para a transformação da sociedade em que ela é aplicada. Desde a segunda metade dos anos oitenta do século XX, houve mudanças que prospectavam a estreita conciliação entre a constituição formal e a material e que, portanto, começaram a abrir caminho para os postulados do novo constitucionalismo. A Constituição brasileira de 1988 é um exemplo dessa tentativa, mas não deve ser considerada como um dos signos do novo constitucionalismo pelas debilidades democráticas de seu processo constituinte e pela falta de vontade transformadora em relação ao constitucionalismo do Estado social. O reaparecimento dos princípios democráticos, nos processos constitucionais de Colômbia e Venezuela, portanto, marca o desenvolvimento de uma nova história de legitimidade, sublinhando a diferença entre antes e depois do novo constitucionalismo.

O novo constitucionalismo atribui um significado atualizado a conceitos desnaturados pela teoria constitucional conservadora, como soberania popular e poder constituinte. E não porque uma teoria constitucional democrática os tenha reconstruído solidamente antes dos processos constituintes, mas porque esses conceitos têm sido utilizados para o progresso democrático e, especialmente, para os movimentos sociais como fundamento da emancipação. Essa é uma de suas principais diferenças em relação ao neoconstitucionalismo: o novo constitucionalismo não é uma Teoria do Direito, mas uma Teoria da Constituição sedimentada sobre a legitimidade democrática da Constituição, que utiliza conceitos sem medo e de modo a torná-los úteis para o avanço democrático. Como frisou Martínez Dalmau, a partir de diferentes áreas acadêmicas, particularmente da filosofia do direito, tem-se construído, nos últimos anos, uma revisão dos conceitos de soberania, de cidadania e de poder constituinte pela identificação do absolutismo do Estado como opositor do constitucionalismo global.³⁸ A abordagem é correta do ponto de vista da soberania do Estado, mas não deve afetar a reivindicação da soberania do povo no Estado constitucional. Soberania do Estado e soberania do povo são dois conceitos similares no que respeita a algumas de suas características, mas, felizmente, distintos em seu conteúdo. E isso porque a diferença entre o Estado moderno da época de Bodin e o Estado constitucional é que a soberania, nesse último, não é explicativa de um fato — a aparição do Estado —, mas fundamento dele. No Estado constitucional, a soberania somente tem sentido de forma dependente da soberania do povo e, portanto, limitada por ela. Assim, o constitucionalismo democrático exige que a soberania do Estado somente possa ser concebida no âmbito da normatividade. Mas, o perigo de negar a soberania legitimadora do povo está em se negar a própria possibilidade de um constitucionalismo democrático. Ou, o que é equivalente, negar-se a possibilidade de avançar na emancipação dos povos por meio do Estado constitucional.

Um ponto em comum entre o novo constitucionalismo e o neoconstitucionalismo é a reivindicação de um antigo signifiante com um significado diferente: o Estado constitucional. O Estado constitucional gira em torno da supremacia da Constituição. Portanto, os princípios constitucionais, como vontade do poder constituinte, têm a eficácia jurídica correspondente à sua posição. Na doutrina, principalmente como resultado da consolidação da corrente neoconstitucionalista, houve progresso na diferenciação entre o conceito formal e material do Estado constitucional.³⁹ A distinção está em entender que um Estado que tem uma constituição, apenas em sentido formal, isto é, que tem um texto que se autodenomina como tal, e que organiza o poder do Estado, não é um Estado constitucional.⁴⁰ Estado constitucional, ao revés, é aquele que conta com uma constituição de origem democrática e que limita o poder do Estado pelo respeito aos direitos fundamentais e pela vontade popular. Nesse prisma, a constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico não porque o seu texto a elege como tal, mas porque ela exprime a vontade democrática popular em seu conteúdo e nos valores que o inspiram. Portanto, a definição do Estado constitucional para o novo constitucionalismo não é apenas formal e normativa, mas se assenta no fundamento democrático que legitima o poder, uma dimensão que não parece estar presente em teses neoconstitucionais e que pareceria contrária à

³⁸ MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo. *Revista General de Derecho Público Comparado*, v. 11, p. 1-15, 2012.

³⁹ VICIANO PASTOR, Roberto. MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, v. 9, p. 3-24, 2011.

⁴⁰ AGUILÓ REGLA, Josep. Sobre la constitución del Estado constitucional. *Doxa*, v. 24, p. 450, 2001.

função que essa corrente atribui aos juízes ordinários.

Do ponto de vista do novo constitucionalismo, do Estado constitucional como superação do Estado social e democrático de direito decorrem basicamente quatro caminhos: (i) a reivindicação do conceito de soberania popular e sua identificação com o poder constituinte; (ii) a incorporação de mecanismos de fortalecimento da legitimidade democrática do poder constituído, tanto por meio da participação direta nas decisões como do controle democrático do poder político organizado; (iii) a busca de mecanismos de materialização e efetividade da Constituição e a eliminação das sombras nominalistas e (iv) o desaparecimento definitivo do poder constituinte constituído ou derivado (poder de reforma da Constituição por parte dos órgãos constituídos) pela indelegabilidade do poder constituinte democrático.⁴¹ Desses quatro elementos, tão somente um deles — o terceiro — pode ser comungado com o constitucionalismo do Estado social e com o *neoconstitucionalismo*.

Um aspecto importante relacionado aos princípios constitucionais também diferencia, sutilmente, as constituições do novo constitucionalismo das teses neoconstitucionalistas. A sacralização dos princípios constitucionais pelo neoconstitucionalismo é relevante para a compreensão da função do juiz ordinário, que se converte em permanente e amplo intérprete da constituição no momento de decidir quais regras atentam contra os princípios constitucionais. As constituições do novo constitucionalismo, ainda que carregadas de elementos axiológicos importantes para a sua base principiológica, não são carentes de regras. Ao contrário, elas são profusas de regras, a ponto de alguns de seus críticos as descreverem como diplomas regulamentares. A razão está na necessidade de encontrar canais reais para sua aplicação e, assim, evitar o nominalismo, já que a falta de aplicação da constituição tem sido, como vimos, um dos grandes problemas do constitucionalismo crioulo. Se algo ficou claro a partir do constitucionalismo comparado é que as constituições principiológicas deixaram nas mãos do aplicador do direito — o juiz — a vigência real da constituição, o que tem, historicamente, produzido enormes problemas de nominalismo constitucional, como no caso do constitucionalismo europeu do século XIX. Os princípios são importantes no novo constitucionalismo, mas as regras também o são.

Evidentemente, essa nova relação entre princípios e regras constitucionais modifica os mecanismos interpretativos da Constituição. No novo constitucionalismo, torna-se importante o controle concentrado de constitucionalidade, que somente pode ser um controle de natureza política dentro do marco jurídico da Constituição. Mas é o controle concentrado que garante uma leitura única e, portanto, a real aplicabilidade da vontade constituinte. Se, no neoconstitucionalismo, a decisão do juiz (ordinário ou de controle de constitucionalidade) é finalmente a autêntica e se impõe ao legislador, no novo constitucionalismo, cabe aos juízes do controle de constitucionalidade impor a vontade constituinte tanto ao legislador quanto ao juiz ordinário. O problema é transferido, então, para a legitimidade democrática do juiz de controle de constitucionalidade. Mas, esse é um problema relacionado não a uma teoria do direito, mas a uma teoria de legitimidade (mais necessária do que nunca). Dessa forma, a Constituição do novo constitucionalismo é uma constituição forte e fraca ao mesmo tempo. Forte em relação ao poder constituído, o que não poderia ser diferente em uma teoria da Constituição democrática, porquanto abriga a vontade popular. E fraca, nos termos do que estratifica Colón, no que se refere ao poder constituinte, porque a Constituição democrática está, permanentemente, disponível para ser revisada pelo povo, que pode modificá-la quando julgar adequado.⁴²

Recordemo-nos que a interpretação da Constituição no novo constitucionalismo é, principalmente, a interpretação de uma Constituição democrática.⁴³ Deve-se lembrar que a especificidade da interpretação constitucional é uma questão muito debatida, tanto no âmbito da filosofia do direito quanto do direito

⁴¹ MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo. *Revista General de Derecho Público Comparado*, v. 11, p. 14, 2012.

⁴² COLÓN-RÍOS, Joel. *La Constitución de la Democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

⁴³ MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. La interpretación de la Constitución democrática. In: *Costituzione, Economia, Globalizzazione. Liber Amicorum in Onore di Carlo Amirante*. Nápoles: Edizioni Schientifiche Italiane, p. 437-452, 2013.

constitucional, já que é um dos principais denominadores comuns entre os dois campos de estudo. O neoconstitucionalismo, no seu empenho por traduzir a constituição política para a constituição normativa e o papel atribuído ao juiz ordinário, insistiu, fundamentalmente, nas diferenças entre ambas as interpretações. Pozzolo identificou, como vimos, algumas características comuns nas construções de diferentes autores, o que justificaria a sua adesão à tese neoconstitucionalista e à especificidade da interpretação constitucional, posição majoritária na doutrina naquele momento.⁴⁴ Guastini, consciente de que sua posição era minoritária, catalogou e criticou os argumentos pelos quais essa parte da doutrina considera que a interpretação de um texto constitucional é algo decididamente distinto da interpretação de outros textos jurídicos, em especial da lei, para os quais seria necessário o emprego de métodos especiais, diferentes daqueles que usualmente são empregados na interpretação da lei, o que o autor refuta.⁴⁵ Agora, ambas as análises ignoram, de forma consciente, a importância do fator democrático na interpretação da Constituição. É evidente que não se pode interpretar da mesma forma a norma fundante do ordenamento jurídico, que detém legitimidade popular constituinte, e o resto das normas jurídicas, que se encontram submetidas à Constituição, e contam com legitimidade democrática constituída.

Com efeito, a interpretação constitucional adquire um significado puramente positivista quando a interpretação da Constituição é, em suma, a interpretação de uma lei (fundamental) sem maiores considerações. Mas quando, além disso, se trata de uma Constituição originária de um poder constituinte democrático — isto é, do novo constitucionalismo —, estamos diante do único caso de aplicação normativa em que o conhecimento preciso da vontade geradora não pode ser acessado, somente podendo ser conhecido por meio de documentos produzidos durante o período constituinte. Exige, portanto, um intérprete autêntico substituto para exercer a função de intérprete constitucional e que, nos casos do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, é usualmente o tribunal constitucional. Por outro lado, a interpretação da Constituição democrática obedece, necessariamente, a critérios político-jurídicos, porque apela à vontade constituinte. Ao contrário, o juízo da constitucionalidade de uma norma infraconstitucional deve tomar como critério, apenas, a compatibilidade ou não dessa norma com o que indica o texto constitucional. Ou seja, deve-se determinar o significado da referida norma de forma interrelacional com o texto constitucional, o que reconduz o mecanismo de interpretação ao critério sistemático/contextual.⁴⁶

Em síntese, a distinção substantiva entre constituições, na atualidade, é aquela que diferencia as constituições democráticas (produto de um poder constituinte democrático, isto é, participativo, deliberativo e plural) daquelas que foram elaboradas por qualquer outro procedimento (impostas, outorgadas, aprovadas ou modificadas a partir do poder constituinte constituído ou derivado). No novo constitucionalismo, apenas as primeiras podem ser incluídas. No neoconstitucionalismo cabem as duas tipologias, pois essa corrente doutrinária não se preocupa com a legitimidade da Constituição, mas apenas com sua aplicação no marco da relação entre princípios e regras e da função do juiz para torná-la efetiva. Eles não são conceitos opostos, como defendem alguns autores, porque o novo constitucionalismo coincide com alguns elementos *neoconstitucionalistas*, mas, é claro, não são conceitos semelhantes, nem necessariamente complementares em todos os seus aspectos.⁴⁷

⁴⁴ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 21, n. 2, 339-341, 1998.

⁴⁵ GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, p. 53-58, 2008.

⁴⁶ MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. La interpretación de la Constitución democrática. In: *Costituzione, Economia, Globalizzazione. Liber Amicorum in Onore di Carlo Amirante*. Nápoles: Edizioni Schientifiche Italiane, p. 437-452, 2013.

⁴⁷ LASCARRO CASTELLAR, Carlos. De la hegemonía (neo)constitucional a la estrategia del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Jurídicas*, v. 9, n. 2, p. 58-69, 2012.

4 Novo constitucionalismo latino-americano?

Uma vez delimitada a diferença entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo, é possível aventurar-se na categorização do novo constitucionalismo como um modelo latino-americano. Como vimos, em um primeiro momento, o novo constitucionalismo procura analisar a exterioridade da Constituição, isto é, sua legitimidade que, por sua própria natureza, só pode ser extralegal.⁴⁸ Posteriormente, como consequência da análise anterior, interessa a interioridade da Constituição, com particular referência a sua normatividade, ponto em que o exame se conecta com os postulados neoconstitucionalistas. A partir dos axiomas democráticos, o fundamento da constitucionalização do ordenamento jurídico somente pode ser encontrado no fato de a Constituição se traduzir no mandato de um poder constituinte democrático e de, portanto, refletir a sua vontade. Desde os processos constituintes do segundo período do pós-guerra europeu, à exceção da Constituição portuguesa de 1976, isso não havia acontecido, mas foi recuperado na América Latina. Na verdade, por meio dos últimos processos constituintes latino-americanos, foram legitimados textos constitucionais que, apesar da profusão de obstáculos e dificuldades, buscaram não somente ser um retrato fiel do poder constituinte, mas permear o ordenamento jurídico e revolucionar o *status quo* de sociedades marcadas pela desigualdade social. A situação social na América Latina não deixou muitos rasgos de esperança, mas um deles é o papel do constitucionalismo democrático. Um constitucionalismo que possa romper com o que se considera como fato consumado e imutável em ordem de avançar pelo caminho da justiça social, da igualdade e do bem-estar dos cidadãos.⁴⁹ Embora o modelo do novo constitucionalismo possa gerar constituições em outros espaços geográficos, foi na América Latina que as primeiras manifestações dessa corrente aconteceram. Por essa razão, é que se denomina o que ocorreu na Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia de o novo constitucionalismo latino-americano.

Sem dúvida, como afirmam Gargarella & Courtis, uma das principais questões às quais as novas constituições latino-americanas vêm respondendo é como se resolve o problema da desigualdade social.⁵⁰ Em muitos países da América Latina, após as ditaduras militares dos anos setenta e oitenta, foi implementado um arremedo de constitucionalismo social de inspiração europeia. Mas, quando esse projeto foi desenhado pelas elites políticas (a social democracia e a democracia cristã latino-americana, assessoradas por seus pares europeus) não foi aplicado o elemento central que permitiu, durante décadas, que o Estado social e democrático de direito existisse na Europa: o pacto capital-trabalho, que deu origem a uma certa redistribuição dos ganhos de capital em troca da substituição radical do modo de produção capitalista. Na ausência do pacto capital-trabalho, o constitucionalismo social latino-americano tornou-se letra morta, frustrando as esperanças da cidadania, o que abriu espaço para a busca social por novos parâmetros do constitucionalismo. Logo, manifestações de protesto em toda a América Latina conduziram o povo a exigir o resgate de sua dignidade, a reivindicar os seus direitos; a demandar o aprofundamento da democracia por meio de mecanismos globalmente transformadores e eficientes. E aqui encontramos um segundo elemento que fortalece a ideia de que se deve falar de um novo constitucionalismo latino-americano e não de um modelo meramente andino, porque, embora os processos constituintes tenham ocorrido em alguns países andinos, a ideia de recuperar a formulação democrática do poder constituinte e as reivindicações populares que esses processos incorporam aos textos constitucionais foram uma resposta global da América Latina. Assim, em alguns Estados, de fato, se pôde ver a luz, a mesma luz que na totalidade dos outros, por circunstâncias históricas e sociais, permanece latente.

⁴⁸ MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución: entre el constitucionalismo criollo y el nuevo constitucionalismo. In: TROBAT, Pilar García. FERRIZ, Remedio Sánchez (Coord.). *El legado de las Cortes de Cádiz*. Valencia: Tirant, p. 7-seg, 2011.

⁴⁹ VICIANO PASTOR, Roberto. MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Agora. Revista de Ciencias Sociales*, v. 13, p. 60-segs., 2005.

⁵⁰ GARGARELLA, Roberto. COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: Cepal, p. 11, 2009.

Os processos constituintes latino-americanos, portanto, estão inseridos na gama não muito ampla de mecanismos de mudança e tornaram-se processos necessários na evolução da história, como resultado direto dos conflitos sociais que se intensificaram durante o desenvolvimento das políticas neoliberais, particularmente durante os anos oitenta e noventa, e da resposta sociopolítica gerada pelos movimentos sociais.⁵¹ A tradução de suas necessidades para textos constitucionais por meio de processos constituintes é o culminar de um caminho progressivo em direção a uma nova expressão democrática.⁵² Portanto, não há dúvida de que certos aspectos desse novo constitucionalismo latino-americano são estranhos à doutrina clássica do direito constitucional.⁵³ Não tanto pelo método empregado para aprovar as novas constituições, que se identifica com o conceito liberal europeu de revolução e soberania, mas porque, ainda que pareça incrível, o constitucionalismo democrático é um fenômeno distante para os europeus do início do século XXI. As dinâmicas conservadoras da disciplina favorecem as desconfianças sobre posições inovadoras e, se as novas constituições latino-americanas fazem algo, é inovar — muitas vezes de forma caótica e desordenada. São textos que criam, entre outras coisas, formas alternativas de participação; incluem elementos novos no controle de constitucionalidade; regulam os bancos centrais; garantem efetivamente os direitos econômicos e sociais; reconstróem a Constituição econômica, incluindo o conceito de propriedade privada. Sem dúvida, o novo constitucionalismo latino-americano cometeu numerosos erros, tanto em relação ao desenho quanto, sobretudo, à aplicação do modelo, mas conta com um componente de originalidade que, para ser encontrado em experimentos comparados, imporia que escavássemos as mais remotas origens do constitucionalismo democrático.

Trata-se, ademais, de um constitucionalismo em construção; de um constitucionalismo em transição, não de um modelo constitucional acabado. Entre outras razões, porque é um modelo *bottom-up*, sem teorização prévia e sem que seu parto fosse acompanhado por muitos especialistas. É um modelo experimental e que, nos termos do que fixa De Souza Santos, pretende abrir novas fórmulas de organização da sociedade.⁵⁴ Como todo experimento, necessita recorrer ao mecanismo de tentativa e erro para avançar na busca de melhores soluções constitucionais para as sociedades latino-americanas. Assinaladas as características da experimentalidade e da busca por transformação social, não nos parece que as denominações “constitucionalismo experimental”, “constitucionalismo transformador” ou neoconstitucionalismo transformador” lhe façam justiça.⁵⁵ Modelos experimentais e transformadores de constitucionalismo sempre existiram ao longo da história. Mas é a primeira vez que um modelo constitucional, experimental e transformador se desenvolve fora das fronteiras geográficas do hemisfério norte e, especificamente, da Europa ou dos Estados Unidos. Parece digno de nota que essa novidade histórica seja destacada ao se nomearem as experiências constitucionais às quais nos referimos nesse trabalho.

Não se pode, todavia, pensar que as condições que deram origem a um novo constitucionalismo somente possam ocorrer na América Latina. Uma vez comprovada a ação global do constitucionalismo e do constitucionalismo democrático, é fácil prever que o seu progresso emancipatório será resgatado e melhorando onde se verificarem as condições para a superação do Estado social. De fato, alguns dos avanços na Ásia (Butão), África (África do Sul e Tunísia) e Europa (o processo inacabado da Islândia) parecem apontar para uma concepção global de novo constitucionalismo. Essas experiências recentes parecem avançar, na prática, a respeito de algo que, na teoria, é apenas um esboço: a necessidade de fundamentar o Estado constitucional não apenas nos princípios de aplicação da Constituição — tese neoconstitucionalista — mas, também, na

⁵¹ VICIANO PASTOR, Roberto. MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Agora. Revista de Ciencias Sociales*, v. 13, p. 61, 2005.

⁵² DE CABO DE LA VEGA, Antonio. Las transformaciones institucionales. En Juan Torres López (coord.), *Venezuela, a contracorriente. Los orígenes y las claves de la revolución bolivariana*. Barcelona: Icaria, p. 33-segs., 2006.

⁵³ VICIANO PASTOR, Roberto. MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, v. 9, p. 7-29, 2010.

⁵⁴ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *La reinvenção del Estado y el Estado plurinacional*. Santa Cruz de la Sierra: Cenda, p. 28, 2007.

⁵⁵ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala y Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.

legitimidade do poder constituinte (processos constituintes, assembleias constituintes) e em uma nova teoria da Constituição, que renove a estrutura interna e os seus fins sociais, adaptando-a aos problemas sociais, políticos e econômicos que a humanidade vive hoje.

Parece, portanto, que a superação das fragilidades do constitucionalismo do Estado social provêm de uma relegitimação do poder político organizado sobre o princípio emancipador da soberania popular, o poder constituinte e o constitucionalismo democrático, isto é, do novo constitucionalismo. A experiência latino-americana será, assim, um insumo inestimável para o aprendizado. Caso contrário, sombras importantes poderiam pairar sobre a capacidade dos seres humanos de serem donos de seu próprio destino.

Referências

- AGUILÓ REGLA, Josep. Sobre la constitución del Estado constitucional. *Doxa*, v. 24, p. 429-457, 2001.
- APARICIO WILHELMI, Marco. Nuevo constitucionalismo, derechos y medio ambiente en las Constituciones de Ecuador y Bolivia. *Revista General de Derecho Público Comparado*, v. 9, p. 1-24, 2011.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala y Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.
- CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- CARBONELL, Miguel. GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- COLÓN-RÍOS, Joel. *La Constitución de la Democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003.
- CRIADO DE DIEGO, Marcos. El sistema de gobierno en las nuevas constituciones andinas: distribución horizontal del poder en el régimen constitucional de Venezuela y Ecuador. *Revista General de Derecho Público Comparado*, v. 9, p. 1-44, 2011.
- DE CABO DE LA VEGA, Antonio. Las transformaciones institucionales. En Juan Torres López (coord.), *Venezuela, a contracorriente. Los orígenes y las claves de la revolución bolivariana*. Barcelona: Icaria, 2006.
- DE CABO DE LA VEGA, Antonio. Los mecanismos de democracia participativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista General de Derecho Público Comparado*, v. 9, p. 1-40, 2011.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*. Santa Cruz de la Sierra: Cenda, p. 28, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- EDWARDS, Sebastián. *Populismo o mercados. El dilema de América Latina*. Bogotá: Norma, p. 233, 2009.
- FAVOREU, L. La constitutionalisation du droit". In: *L'unité du droit. Mélanges en hommage a Roland Drago*. Paris: Economica, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 34, p. 15-53, 2010.

- GARGARELLA, Roberto. COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: Cepal, 2009.
- GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. Nueva York: Oxford University Press, 2013
- GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008.
- GUASTINI, Riccardo. A propósito del neoconstitucionalismo. *Doctrina constitucional*, v. 67, p. 231-240, 2013.
- LASCARRO CASTELLAR, Carlos. De la hegemonía (neo)constitucional a la estrategia del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Jurídicas*, v. 9, n. 2, p. 58-69, 2012.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución: entre el constitucionalismo criollo y el nuevo constitucionalismo. In: TROBAT, Pilar García. FERRIZ, Remedio Sánchez (Coord.). *El legado de las Cortes de Cádiz*. Valencia: Tirant, 2011.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo. *Revista General de Derecho Público Comparado*, v. 11, p. 1-15, 2012.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. La interpretación de la Constitución democrática. In: *Costituzione, Economia, Globalizzazione. Liber Amicorum in Onore di Carlo Amirante*. Nápoles: Edizioni Schientifiche Italiane, 2013.
- MÉDICI, Alejandro. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial: Bolivia y Ecuador. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, v. 3, p. 3-23, 2010.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant, 2010.
- NOLTE, Detlef. SCHILLING-VACAFLOR, Almut. *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*. Burlington: Ashgate, 2012.
- PALACIOS ROMEO, Francisco. *Nuevo constitucionalismo participativo en Hispanoamérica*. Pamplona: Aranzadi, 2013.
- PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011.
- POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 21, n. 2, p. 339-353, 1998.
- SALAZAR UGARTE, Pedro. El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). In: PÉREZ, Luis Raúl González. VALADÉS, Diego (Coord.). *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. México: UNAM, 2013.
- UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- VICIANO PASTOR, Roberto. & MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*, v. 13, p. 55-68, 2005.
- VICIANO PASTOR, Roberto. MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, v. 9, p. 6-29, 2010.
- VICIANO PASTOR, Roberto. MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, v. 9, p. 1-24, 2011.

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manoel. Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, v. 25, p. 49-76, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. MACHADO FAGUNDES, Lucas, 2013. Para um novo paradigma de Estado Plurinacional na América Latina. *Novos Estudos Jurídicos*, v.18, n. 2, p. 329-342.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

¡Que viva el Estado plurinacional!: ¿y lo socioambiental?
Long live the Plurinational State!: and the socio-environmental?

Anibal Alejandro Rojas Hernández

Paula Harumi Kanno

Heline Sivini Ferreira

Adriele Fernanda Andrade Précoma

¡Que viva el Estado plurinacional!: ¿y lo socioambiental?*

Long live the Plurinational State !: and the socio-environmental?

Anibal Alejandro Rojas Hernández**

Paula Harumi Kanno***

Heline Sivini Ferreira****

Adrielle Fernanda Andrade Précoma*****

Resumen

El nacimiento de la idea del Estado Plurinacional fue el inicio una transformación en la noción de la estatalidad y el espacio donde se instituyeron países que se re-organizaban desde abajo: con el pueblo y para el pueblo. De aquellos años permanece la nostalgia de sociedades altamente politizadas que vieron en la toma democrática del poder, una opción de reconvertir al Estado en un administrador de sus intereses reales, de sus necesidades insatisfechas. Hoy, paradójicamente, las mayores críticas al Estado Plurinacional emergen de movimientos que exigen la materialización de aquellas promesas del *buen vivir*. Si bien la inconformidad surge desde una multiplicidad de actores y perspectivas, hay una en particular que ha visto una impugnación generalizada dentro las bases que fundaron y fundamentaron la toma del poder de aquellos gobiernos progresistas: el carácter socioambiental del Estado Plurinacional. ¿Diez años después, el Estado Plurinacional aún mantiene un carácter socioambiental? Para tal fin se examina la noción del *buen vivir* y el cómo tal categoría hace parte indivisible de la idea Plurinacional del Estado. Inmediatamente se propone un análisis analítico sobre una adaptación del sistema económico a la idea del *buen vivir*, su relación con lo socioambiental y la incubación de un capitalismo fundamentado en vaciamiento de categorías esenciales para su consolidación. Tales problemáticas son consideradas esenciales tanto para la consolidación pendiente de un modelo de Estado que se ha visto en dificultades y, también, en aprietos a la hora de afianzar aquella relación indivisible que hay entre lo plurinacional y la naturaleza.

Palabras clave: Estado plurinacional. Socioambiental. Constitución política. Buen vivir.

Abstract

The birth of the idea of the Plurinational State was the beginning a transformation in the notion of statehood and the space where countries that were re-organized from below were instituted: with the people and for the people. From those years there remains the nostalgia of highly politicized

* Recibido em 30/05/2019

Aprovado em 24/06/2019

Investigación desarrollada en el ámbito del proyecto 'Caracteres do Constitucionalismo Andino no Estado Socioambiental de Direito', aprobado por el Consejo Nacional de Desenvolvimento Científico y Tecnológico (Edital MCTI/CNPQ/Universal 14/2014).

** Profesor Sociología Jurídica Universidad Nacional de Colombia. Abogado, Magister en Derecho Socioambiental por la PUC-PR, candidato a PhD en Ciencias Sociales y Humanas por la UNAL-Colombia y en Derecho Socioambiental por la PUC-PR. Investigador del Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS) y el Grupo de investigación Estado y Usos Sociales de la Ilegalidad (E-ILUSOS). anilejo@hotmail.com.

*** Graduanda en Derecho por la PUC-PR. Investigadora del Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS). E-mail : paula_harumi@hotmail.com.

**** Professora Adjunta no Curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professora Colaboradora no curso de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela UFSC. Mestre em Direito pela UFSC; Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). E-mail : hshivini@yahoo.com.br.

***** Abogada, Magister en Derecho Socioambiental por la PUC-PR. Investigadora del Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS). E-mail : adriprecoma@yahoo.com.br.

societies that saw in the democratic seizure of power, an option to reconvert the State into an administrator of their real interests, of their unmet needs. Today, paradoxically, the greatest criticisms of the Plurinational State emerge from movements that demand the materialization of promises of “buen vivir”. Although disagreement arises from a multiplicity of actors and perspectives, there is one in particular that has seen a generalized challenge within the foundations that founded and founded the takeover of those progressive governments: the socio-environmental nature of the Plurinational State. Ten years later, the Plurinational State still maintains a socio-environmental character? For this purpose, the notion of “buen vivir” is examined and how such a category is an indivisible part of the Plurinational idea of the State. Immediately an deep analysis is proposed on an adaptation of the economic system to the idea of the “buen vivir”, its relation with the socio-environmental and the incubation of a capitalism based on emptying of essential categories for its consolidation. Such problems are considered essential both for the pending consolidation of a State model that has been in difficulties and also in difficulties when it comes to strengthening the indivisible relationship between the plurinational and nature.

Keywords: Plurinational state. Socio-environmental. Political constitution. Good living.

1 Introducción

El 7 de febrero del 2009 en La Paz, sede del poder ejecutivo en Bolivia, se presentaba para la nación boliviana una nueva esperanza, un nuevo sueño para superar la inminente destrucción a la que se acerca la especie humana¹. No de la misma forma el fin de la tierra, pues ella está viviendo un ciclo más que ha sido empujado por la noción destructora del ser humano, por una feroz intervención saqueadora de occidente y su ideal de vida. Es la historia de bárbaros que agotan las condiciones de existencia de la humanidad, sin distinciones, sin clases sociales, sin ricos ni pobres, al final, el fin.

La esperanza que representaba la Constitución del 2009 era visible en el marco de una Asamblea Constituyente que brindaba la oportunidad a un país para desenvolverse en medio de una construcción conjunta de saberes, en la mediación de los diálogos interculturales². En aprender de los pueblos originarios la capacidad de vivir en armonía con el ambiente que los rodea. A eso el poder Constituyente le denominó el *vivir bien*.³

En medio de la gran cantidad de victorias políticas, sociales y económicas que personificaba la Asamblea Constituyente en Bolivia, al mismo tiempo, se lograba romper con el viejo paradigma individualista del capital. La cosmovisión del buen vivir tejía en su interior algo más que un diálogo intercultural entre los pueblos, era algo más significativo. Era la semilla de una ideología no occidental dentro de un sistema construido sobre ideales capitalistas⁴ que se enfrentaba a dos viejos preceptos del liberalismo: consumo y producción.

No es un misterio que Bolivia es un sistema contradictorio para el modelo económico preponderante. Bolivia en sí misma compone una alternativa que parte desde perspectivas comunales a la hora de cuestionarse el cómo es posible reconstruir una sociedad que ha sido golpeada históricamente por la exclusión social y la composición geográfica. La idea de un proyecto comunal basado en promover una movilidad social que tenga como pilar la importancia del bienestar colectivo antes que el bienestar individual, tiene tanto de irruptivo como de innovador. Principalmente porque el avance societal deja de estar marcado por los réditos económicos para pasar a cuantificarse sobre los beneficios comunales. Y tal cosa era una afrenta a un sistema que se adapta periódicamente bajo la consigna del desarrollo.

Inclusive, aunque se pueda aseverar que hay un avance en las relaciones con la naturaleza gracias a

¹ FOSTER, Jhon Bellamy. *La ecología de Marx*. Madrid: El Viejo Topo, 2000. p. 229.

² SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010.

³ En quechua: “Sumak Kawsay” y en Aymara: “Suma Qamaña”

⁴ ACOSTA, Alberto. *Buen Vivir/Sumak Kawsay: una oportunidad para imaginar otros mundos*. Quito: Abya-Ayala, 2012.

cuestionar la hegemonía del desarrollo —especialmente como discurso— las perspectivas alternas que se han edificado con la ayuda de modelos distintos de Estado están cerca de ser aniquiladas. De aquel renacer ideológico y situado de los pueblos indígenas en Latinoamérica a partir de los años 90's⁵ es de donde empiezan a surgir aquellos dilemas, no sólo con el comienzo de la participación política de diferentes grupos culturales y étnicos, sino con la movilización social, con la reivindicación por existir bajo su cultura, sus tradiciones. En la resistencia por hacer de su relación con la naturaleza un elemento central que, para la época, ya comenzaba a percibir el desgaste de los territorios y la biodiversidad que lo compone.

De aquellos años 90's plagados de movilizaciones sociales, de articulaciones por fines comunes, de luchas académicas y discusiones populares se pasó al S. XXI donde se llega al gobierno y se levantaron Asambleas Constituyentes que giraban en torno a una sociedad pluralista que reconociera los parámetros de las cosmovisiones de aquellos que lo habitan. Hoy, en la mitad de la segunda decena del S. XXI, el panorama ha cambiado y, con ello, las condiciones de posibilidad de transición hacia algo más allá en la idea de rebasar el capital como categoría de reproducción social.

La existencia de mecanismos alternativos dentro de la sociedad es, a su vez, el compromiso de reconocer las deficiencias múltiples que pueden existir. Es decir que, si bien hay que reconocer que las Asambleas Constituyentes del primer decenio propugnaron por un nuevo clivaje político para, partiendo de ahí, comenzar a desenvolver otras posibilidades, también mantuvo algunos mecanismos de su desarticulación jurídica, como el populismo ejecutivo. O mejor, la figura carismática del líder que con su cuadro administrativo tiene la posibilidad de salvar al pueblo como categoría abstracta y generalizante.⁶

Es por ello que hoy, en la medida de lo posible, el *Sumak Kawsay* existe siempre y cuando no genere contradicción o disputa a los esfuerzos del imaginario colectivo que continua imperante, dentro de la misma lógica hegemónica de desarrollo. Lo necesario—buen vivir— se convirtió en lo alterno, y se reconstituyó en los intersticios a la nación sobre las mismas bases del Estado Plurinacional. Lo económico se convirtió en lo fundamental y el consenso por lo común se vio sometido a la medición economicista de la política⁷.

Em ambas as ocasiões se pode vislumbrar a postura dos governos dos dois países de afastar a participação popular nos assuntos pertinentes ao desenvolvimento econômico dos países, portanto, restando avessos à plena participação e aos avanços para uma democracia participativa e que garanta a livre determinação dos povos indígenas. Verifica-se, ainda, que os governos não concretizam a superação de regimes depredatórios da natureza como consta na Vida em Plenitude, justificando sua atuação de manter o caminho desenvolvimentista do capital vociferando agirem em prol de avanços sociais.⁸

La conflictividad intrínseca a la lucha por los intereses de clase⁹ junto con la tensión que provoca el Estado Plurinacional, de forma dialéctica hace que se generen las condiciones para el agotamiento popular en la búsqueda por la materialización de los postulados del Estado Plurinacional. Los manejos gubernamentales parecieran haber vaciado muchos de los conceptos que presupone lo plurinacional. El *Suma Qamaña* es el mejor ejemplo de ello, ya que su concepción decolonizadora es fuertemente combatida con formas aparentemente moderadas del uso icónico del: ¡para vivir bien!, que se coreaba en los recintos en los que sesionaba la constituyente.¹⁰

El buen vivir hace una década era la base para la consolidación de un desenvolvimiento con base en el socioambientalismo; hoy es la búsqueda intrínseca por recuperarlo, no abandonarlo en medio de esa nueva reconstitución de las fuerzas políticas que se caracterizan por ver en América Latina una tierra enfocada a la

⁵ RESINA DE LA FUENTE, Jorge. *La plurinacionalidad en disputa: el pulso entre Correa y la CONAIE*. Quito: Abya-Yala, 2012.

⁶ WEBER, Max. *Economía y sociedad*. 3. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016.

⁷ FOUCAULT, Michel. *El nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

⁸ PRÉCOMA, Adriele F. Andrade; ROJAS HERNÁNDEZ, Aníbal Alejandro. Estados plurinacionais: a esperança constitucionalizada e seus obstáculos reais. In: PRÉCOMA, Adriele F. Andrade; MAMED, Danielle de Ouro; CALEIRO, Manuel Munhoz (org). *Natureza e povos nas constituições Latino-Americanas*. Curitiba: Letra da Lei, 2017. p. 126

⁹ POULANTZAS, Nicos. *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*. 29. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2001.

¹⁰ SANTAMARÍA, Rosember Ariza.; VILLABONA, Andrés Abel. *El Estado en cuestión: momentos preconstituyentes en la región andina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2018. p. 59

explotación de recursos naturales, a la proliferación del monocultivo orientado a la agroindustria focalizada en los agrotóxicos y con ello, a un irremediable despojo y destrucción de la tierra.

Aquellas son las paradojas de lo Plurinacional, del vivir bien en medio de una política global e individual que insiste en no superar la explotación de la naturaleza para la manutención del consumo excesivo y opulento. La paradoja por intentar conseguir superar viejos paradigmas que marcan el contraste del fin de la humanidad, frente a la posibilidad de constituir otros nuevos paradigmas para la preservación de la humanidad.

2 Un punto de partida

Luis Macas¹¹ siempre ha resaltado que “la lucha indígena es epistémica y política”, mostrando que la construcción de nuevas sociedades depende de dos posiciones claramente diferenciadas. La lucha epistémica por lograr edificar una conciencia popular que esté justificada dentro de los presupuestos socioambientales, pero también una lucha política que tiene que ser desenvuelta al mejor ideal de la dialéctica Hegeliana.

Hoy, la principal lucha epistémica es alcanzar la superación de un discurso que es autopoietico, que ha logrado sobrevivir los últimos cinco siglos sobre la base propia de su idea inicial pero con la necesidad de construirse a él cada vez más desigual, más complejo y sofisticado, tal como la describe Quijano¹²: el derecho. Desde la mirada de lo socioambiental, hoy más que nunca, es fácilmente apreciable que la era del capital es una era de destrucción y agotamiento natural que coloca a la humanidad en una encrucijada por elegir los caminos para su supervivencia. Por tal razón el derecho es un elemento fundamental en la estructura y en su sostenimiento.

Así que el capital se presenta como el punto de partida, pues la arquitectura del capital como categoría de reproducción social, política y económica dominante en el mundo occidental es el punto epistémico que superar. Tal como lo presenta Wallerstein¹³ el capital no es simplemente un modelo económico, pues en su misma esencia es un modo de vida individualista que busca imponer la homogenización de la sociedad por medio de la construcción monocultural y que, al mismo tiempo, se consigue perpetuar hegemónicamente por medio de tres mecanismos fácilmente identificables: educación, derecho y cultura¹⁴.

Es apreciable, especialmente en Hobsbawm¹⁵, como el proceso de la constitución del capital como paradigma moderno se asentó sobre la base del Estado moderno con la Revolución Francesa pero, al mismo tiempo, bajo otra revolución que le dio las bases materiales a los franceses para el nacimiento de todo el entramado político y económico que el mismo Estado moderno supone.

Esa forma de Estado que es llevada más allá de los albores de la mitad del S. XIX es lo que comienza a marcar un punto de tensión en especial dentro de Latinoamérica. Por ello es que, en medio de golpes de Estado, se orquestó toda una maquinaria subversiva para posicionarse en contra de la sumisión total a aquella categoría.

Desde aquellas rupturas que trae consigo el modelo neoliberal bajo las políticas del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial¹⁶ es lo que da la potencia creativa a los movimientos sociales para comenzar a construir políticas conjuntas que veinte años después los llevará en el Ecuador y en Bolivia a ascender al

¹¹ MACAS, Luis. *La necesidad política de una reconstrucción epistémica de los saberes ancestrales*: pueblos indígenas, estado y democracia, 2005. Buenos Aires: CLACSO [2006?]. Disponible em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20101026124724/3Macas.pdf>. Acceso em: 26 mayo 2019.

¹² QUIJANO, Anibal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, E. (org.). *La colonialidad del saber*: eurocentrismo y ciencias sociales. Buenos Aires: Clacso, 2000.

¹³ WALLERSTEIN, I. *El capitalismo histórico*. 2. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 2012. p. 9.

¹⁴ GRAMSCI, Antonio. *Notas sobre Maquiavelo*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2011. p. 89.

¹⁵ HOBBSAWM, E. *A era das revoluções*. 33ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014. p. 20.

¹⁶ HUDSON, Michael. *Matar al huésped*. Madrid: Capitan Swing, 2018. p. 45

gobierno. Pero dentro de aquellas políticas también se destacan aspectos que son transversales a la situación en términos de *progreso*, que en especial el sur del continente vive hoy.

Vê-se, assim, que em ambos os países está ocorrendo um rechaço à participação social – embora essa tenha sido a força motriz das constituintes que levaram ao reconhecimento constitucional dos Estados Plurinacionais, e força tão fundamental a esse modelo de Estado. Os governos que se mantêm centralizadores do poder, ao se verem questionados via movimentos sociais, respondem com força desmedida e repressões acirradas que foram uma das causas da queda de seus antecessores.¹⁷

Prácticamente todas las naciones de Latinoamérica, en mayor o menor medida, trabajaron los presupuestos y las ideas del neoliberalismo y se desarrollaron de tal manera bajo el perfeccionamiento de aquellas determinaciones, pero siempre con la ayuda de tratados, convenios y declaraciones de organismos internacionales que acompañaban la aplicación de las hipótesis que se conjuraban para la entrada del neoliberalismo dentro del escenario político y social de la humanidad. En realidad, mucho se dice que el neoliberalismo era la carta de victoria de un sistema que había conseguido salir glorioso de la Guerra Fría y, por tanto, era, en gran medida, la evolución lógica del liberalismo, pero sin contendores.

En tal sentido, el capital como sistema político, aparentemente consiguió desarticular para la década de fin de siglo los movimientos que organizaban resistencia, que lo convertían en el foco de la mira con el fin de construir un horizonte de posibilidad diferente. Pero lo que no se podía ocultar eran las gentes que resistían por existir como diferentes en medio de la modernidad. Gentes negras, indígenas, originarias y tradicionales que eran el fruto de la dignidad de todos aquellos que ya no están pero que se hacen esenciales para comprender lo que son.

De fato, desde o começo do século xx os povos indígenas passaram a formar organizações com estruturas “modernas”, isto é, paralelas às estruturas tradicionais, porque as tradicionais não conseguiam unir os povos nem ser ouvidas pelos sistemas legais modernos. Estas novas estruturas tentavam romper com a invisibilidade sistêmica dos quinhentos anos de opressão. Com isso há uma participação indígenana nas discussões constituintes, formal ou informalmente

Esos cuerpos sometidos a la dominación cultural, política y económica que procura destruir los lazos que indígenas, negros y campesinos instituyen en su territorio son los mismos que le hacen frente a un sistema que se autodestruye. Y es que Bolivia y Ecuador en medio de sus procesos constituyentes son el reflejo de gentes que enarbolaban –y aún hoy lo hacen– una convivencia con la naturaleza. Ellos, en su cosmovisión lo nominan como ‘buen vivir’ y occidente, en medio de su hambre de desarrollo los culpa de no permitirlo. Unos abogan por liberar las fuerzas del comercio y el consecuente desgaste de la naturaleza, los otros, por sostener en medio de la precariedad la posibilidad de vida del planeta.

El carácter moderno de sociedad que es construido bajo el presupuesto del capital es el punto de partida a superar dentro de la batalla epistémica por alcanzar nuevos tiempos sociales que estén armonizados desde dos aspectos que deben convertirse en la hoja de ruta para la humanidad: lo socioambiental.

3 La construcción de un horizonte común (al)

Una de las preguntas más particulares sobre Bolivia es: ¿Ellos que le pueden enseñar a occidente? Al fin y al cabo, occidente es el ejemplo de la modernización y de la ciencia a la par de la tecnología y tal vez, del progreso científico más grande y en menos tiempo que la humanidad ha tenido la posibilidad de conocer.

A la par de aquel desenvolvimiento y como una ruptura al clásico pensamiento lineal del tiempo, Bolivia

¹⁷ PRÉCOMA, Adrielle F. Andrade; ROJAS HERNÁNDEZ, Aníbal Alejandro. Estados plurinacionais: a esperança constitucionalizada e seus obstáculos reais. In: PRÉCOMA, Adrielle F. Andrade; MAMED, Danielle de Ouro; CALEIRO, Manuel Munhoz (org.). *Natureza e povos nas constituições Latino-Americanas*. Curitiba: Letra da Lei, 2017. p. 129

enseñaba la importancia de la relación del hombre con la naturaleza y de las importantes implicaciones que tiene el salvaguardar aquellos lazos que atan a los hombres con la naturaleza. Resguardar aquella relación con el ambiente representa una re-significación a la idea de un concepto que se ha tenido hasta el momento con una clara visión que es antropocéntrica.

En ese sentido, la adopción por parte de occidente de postulados que son eminentemente de la cosmovisión indígena permite una apertura de la realidad o, en otras palabras, acepta que dentro del modo de vida de un pensamiento dominante se comience a realizar un diálogo intercultural, o como Boaventura de Sousa lo llamó, una hermenéutica diatópica¹⁸. Lo que se hace más interesante, es observar la imposibilidad existente dentro de aquel diálogo. Ya no se discute los modos de producción, el trabajo esclavo que perdura en el sur global o si quiera, el agotamiento del capital. Los pueblos indígenas, negros y campesinos forjan su dialogo desde la vida, desde la importancia que tiene para los seres humanos la posibilidad de apropiarse de alternativas que hagan de la naturaleza la centralidad de la política, de la economía, de la sociedad.

La construcción de un horizonte común, en ese sentido, surge en Bolivia y en el Ecuador por medio del reconocimiento de principios de vida indígenas dentro de la hoja de ruta constitucional. Representa, en esa medida, la posibilidad de hacer vinculante, ya sea como principio o como derecho propiamente dicho, el *Sumak Kawsay*. Así como se ve, por lo menos formalmente, el reconocimiento a los intereses socioambientales existe dentro de aquellas “nuevas” Cartas Políticas que han sido la base para intensos debates políticos y jurídicos, pues, en cierto sentido, logran transformar algunas dinámicas teóricas de lo que se tiene hasta el momento.

Tal como lo entiende el profesor Carlos Fredérico Marés, los derechos socioambientales son:

[...] direitos coletivos que são sociais porque correspondem a sociedades, comunidades, grupos ou a todos de uma só vez, e são ambientais, porque correspondem tanto ao ambiente natural (natureza) como o artificial criado pela cultura e conhecimentos humanos (patrimônio cultural, conhecimento tradicional associado à biodiversidade) [...]. Correspondem a direitos que, diferentes dos individuais e estatais, não se integram a um patrimônio seja particular, seja estatal. São patrimônios que pertencem a muitos ou a todos e que convivem no espaço intermediário, entre o Estado e o cidadão e disputam, interferem e modificam os mais consolidados direitos individuais e os mais rígidos direitos públicos estatais.¹⁹

La construcción de lo comunal en términos ambientales es el horizonte de partida en la significación del vivir bien. No son de un ideal socialista o comunista, pues son categorías que, a su vez, han sido construidas por la entelequia de la económica política y por tanto, inaplicables dentro de los saberes y narrativas indígenas. Un horizonte de futuro con principios indígenas es, por consiguiente, una interacción constante de algunos principios que pueden llegar a reconstruir relaciones entre los seres humanos y la Madre Tierra, que se han visto descastados con celeridad a partir de la explosión intelectual y económica de la revolución industrial inglesa.

La pregunta a partir de ese momento no es cuánto pueden aportar los indígenas al modo de vida de occidente, sino cuanto realmente nosotros estamos dispuestos a aprender para armonizar nuestra vida con la naturaleza.

Cuando la cultura hegemónica antropocéntricamente determina el accionar único de los seres humanos impide la posibilidad de observar y de armonizar lo propio con lo ajeno y, de la misma forma, lo que hago con lo que es de todos. Lo socioambiental es esa posibilidad de doble sentido, donde, por un lado, se consiga que los seres humanos usen la naturaleza según sus necesidades – pero no más que ello – y, por otro,

¹⁸ La hermenéutica diatópica, que es el procedimiento de traducción en el plano cognitivo, tiene como correlato, a nivel de la acción, la traducción entre prácticas y agentes sociales. La función de la primera es brindar inteligibilidad, articulación y coherencia a la acción colectiva, en una dirección anti-sistémica o contra-hegemónica. SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010. p. 805-806.

¹⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A essência socioambiental do constitucionalismo latino-americano. *Revista Faculdade de Direito da UFG*, v. 41, p. 197–215, 2017.

la posibilidad en la cual las culturas se comuniquen entre ellas respecto a sus objetivos comunes. Cuando se olvida lo anterior, se olvida la única posibilidad aún existente para la prolongación de la especie humana en la Tierra.

Hay, por tanto, dos objetivos iniciales a trabajar dentro del horizonte comunal que, si bien ya existen formalmente, no es muy fácil encontrarlos efectivizados dentro de los ordenamientos jurídicos Latinoamericanos, análisis exclusivamente realizado en Latinoamérica, pues en realidad, el horizonte del continente debe ir de la mano y sin divisiones. Latinoamérica tiene una construcción orgánica que no le permite separarse fácilmente²⁰. Si bien las diversidades de culturas parecieran infinitas, la naturaleza es una, y su protección depende de que aquella multiplicidad de culturas se una para proteger aquella unidad.

A este proceso, por medio del cual se pretende lograr la superación de una de las fases más crueles del capital, que es la explotación indiscriminada de la naturaleza, es al que denominamos la construcción de un horizonte comunal, que, en últimas, está constituida por dos fases que son paralelas dentro de la consolidación de los ideales que son apropiados por la narrativa de occidente para armonizar sus prácticas destructivas al ambiente. Una primera fase, que es la fase de la construcción y de la armonización de los principios al volverlos positivos en las constituciones; pero la segunda fase, es la más peligrosa, y es en la que se debate en la tensión constante del modelo del capital por apropiarse de las categorías que son potencia creativa para conseguir las neutralizar, invalidar o simplemente, congelar.

Esa estrategia del capital de cooptar las categorías que son, en algún sentido, periféricas o subversivas, al entendimiento individual, es uno de los peligros más fuertes que presentan las condiciones de posibilidad de existencia del vivir bien. Cuando aquellas categorías nacen y se fortalecen bajo la misma realidad política y económica del capital, el modelo de desenvolvimiento imperante sin duda alguna tiene la posibilidad de acaparar aquellos conceptos, de apropiárselos para sí mismo, y de conseguir un vaciamiento de conceptos, es decir, de dejar sin significado a las narrativas y cosmovisiones de los principios que han sido adoptados especialmente bajo los parámetros positivizados.

En este punto, es la lucha por la existencia y permanencia de los conceptos y categorías que se acogen como modelos alternativos a los que propone el occidente. De ahí, aquella frase de Nietzsche “No hay hechos, sólo hay interpretaciones”²¹ mostrando, en ese sentido, que la verdad es impuesta por los mecanismos de poder existentes y conservados por el poder del Estado y, de esa forma, que la primera lucha a encarar es aquella lucha que es transversal a proteger del vaciamiento de los conceptos, y a conseguir mantener la estructura ideológica que compone los ideales de los pueblos originarios que han sido retratados por medio de las Asambleas Constituyentes del primer decenio del S. XXI.

4 La re-estructuración del capitalismo andino

La definición al español de *Sumak kawsay* que ha sido *buen vivir* es solamente una muestra del problema que plantea la interpretación de los conceptos de los pueblos ancestrales dentro de occidente; son problemas de desconocimiento mismo de la invisibilización que se le han realizado a las comunidades tradicionales dentro de los Estados-Nación. Es difícil, por tanto, entender conceptos que siempre han sido ideológicamente ajenos a nosotros aun cuando geo-referencialmente convivan el día a día con el modelo que se les ha impuesto por tantos años.

Uno de los primeros usos que se han realizado para los conceptos del *Sumak Kawsay* son meramente ideológicos y populistas. Ciertamente, el modelo del Estado Plurinacional es un modelo que está claramente

²⁰ SANTAMARÍA, Rosember Ariza.; VILLABONA, Andrés Abel. *El Estado en cuestión: momentos preconstituyentes en la región andina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2018.

²¹ NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogía de la moral*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013. p. 155.

supeditado a la voluntad popular, es decir que contiene fuertes elementos del imaginario colectivo para su construcción. De eso, es de donde nacen las legitimaciones de una re-invencción de los postulados de Montesquieu²² referente a la división de poderes y se lleguen a crear otra rama de poder que puede ser denominada como la rama del poder popular. Como contrapartida de todo aquel escenario político que se desdobra en Bolivia y en el Ecuador, se observa también como el modelo de mercado, en especial, el coyuntural modelo económico, no consigue modificación alguna dentro de las recientes Asambleas Constituyentes. En ese orden de ideas, comienza una fuerte tensión entre el modelo económico y postulados como el *Sumak Kawsay*, pues al incorporar una forma de ver la realidad frente a un modelo de desenvolvimiento económico, se contraponen lo individual frente a lo comunal, y como resultado, nace una paradoja constitucional.

El capitalismo andino tiene una especial característica frente a los otros tipos de capitalismo existentes. No nos referimos a que sea una categoría distinta de capitalismo, solamente que se re-estructuró bajo algunos presupuestos bastante peculiares y que peligrosamente le dan una fuerte legitimidad popular.

Las Asambleas Constituyentes del primer decenio del S. XXI, además de jugarse la victoria política popular, creó a su vez mecanismos que le sirvieran para intentar mantener la voluntad del pueblo permanentemente dentro del poder. En tal sentido, los presidentes de la época, que atendieron a las demandas de ese pueblo movilizado, encontraron la legitimidad necesaria para que dentro de una fuerte figura presidencial fueran ellos los encargados de la protección de todas aquellas victorias obtenidas en las urnas. La figura del presidencialismo, a partir de ese momento, abandonó sus connotaciones de dirigir mediante programas de gobierno, y se empezaron a representar ellos mismos – los presidentes – como los salvadores del pueblo y únicos líderes que poseen la verdad y la voluntad de ejercer los mandatos populares. Así es como nacen los nuevos caudillismos Latinoamericanos dentro del capitalismo andino.²³

¿Hay una relación entre la re-estructuración del capitalismo andino, las presidencias populistas y las paradojas del *Sumak Kawsay*? De hecho, todo tiene un encadenamiento que es bastante visible y que se da como consecuencia de haber perdido la *sala de máquinas*²⁴, como dice Gargarella en las Cartas Políticas Plurinacionales. Esa dicotomía central de ideología con la realidad hace que los gobiernos populistas que se encuentran hoy en el poder tanto en Bolivia como en el Ecuador tengan que desactivar las probabilidades de cambio existentes dentro de los principios indígenas, ampliando la línea abismal que ya existe entre la sociedad, pero, al mismo tiempo, abandonando el tiempo de lucha que realizó el movimiento social. Pero ¿desactivarlas para qué?

La misma cartografía puede hacerse en la re-estructuración de las economías fuertemente capitalistas de Colombia, Perú y Chile e inclusive Brasil, con la diferencia que en estos países no se vivió recientemente un fuerte proceso de cambio como el experimentado dentro de los Estados Plurinacionales y por ende, seguir viviendo bajo los presupuestos de los años 80's y 90's del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional.

Existe, por tanto, una rearticulación de las fuerzas económicas dentro del continente que desarticulan la conexión del movimiento social con el poder y encuentran la legitimidad de las políticas públicas que realizan los gobiernos en prácticas populistas. Consecuentemente, al no poder abandonar la ideología del capital, los gobiernos necesitan mantener su legitimidad por medio de programas de gobierno que se limiten a dar beneficios económicos o materiales a la población más necesitada, pero ello tiene un costo, y ese costo es cobrado a aquella unidad que no entiende de *commodities* o excedentes, es cobrado a la naturaleza.

Desde ese punto es donde se empieza a formar la paradoja más fuerte de los presupuestos de las Cartas

²² MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez, 1906.

²³ Algo similar a lo que Max Weber entiende como los tipos ideales de dominación en los que la legitimidad de los gobernantes es dinámica conforme los avances o retrocesos en la población. En tal sentido Bolivia y Ecuador habrían pasado de un tipo ideal racional-legal a otro donde la constitución del pueblo juega un papel fundamental y con ello, la creación de un tipo ideal de carácter carismático. WEBER, Max. *Economía y sociedad*. 3. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016. p. 334 – 339.

²⁴ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la constitución*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

Plurinacionales respecto a la realidad aún inacabada que tienen que vivir los presupuestos indígenas. Por un lado, una visión del mundo que tenga en cuenta la armonía con la naturaleza y con los semejantes donde al mismo tiempo se concierten las culturas; y, por otro lado, una perspectiva de desenvolvimiento de los hombres que se encuentra totalmente alejada de las posibilidades de la naturaleza; o como diría Carlos Frederico Marés de Souza Filho: “alejada de la capacidad de la naturaleza de regenerarse a ella misma”²⁵

En últimas es la batalla de los números con las realidades, donde países como Bolivia y Ecuador han aumentado considerablemente sus PIB, y sus economías son hoy en Latinoamérica las que más avances muestran en el continente, mientras que, aquellos países que en círculos intelectuales defienden como las más avanzadas del mundo por tener narrativas protectoras a la *pacha mama*, están realizando las exploraciones y explotaciones más fuertes y concisas en todo el mundo para conseguir explotar petróleo, gas, o en últimas, facilitar por medio de mejores infraestructuras aquellos números de los que tanto les gusta hablar a los economistas sin tener en cuenta los impactos culturales, sociales y naturales de aquellas cifras. Ésa, es la paradoja en la que viven los Estados Plurinacionales.

Se presentan indicadores que muestran la reducción de la pobreza extrema, interpretada por el gobierno como avances en la meta del milenio, en paralelo al fenómeno de la movilización social, con el crecimiento de la clase media y su disponibilidad dineraria. Como se podrá ver, este panorama es la mejor propaganda de los cambios habidos en el proceso. Sin embargo, hay dos explicaciones para todo este llamado crecimiento económico; primero, obviamente la nacionalización de los hidrocarburos modifica la estructura de ingresos del Estado, mejorándolos notablemente. Ingresos que se van a repartir en todas las instancias administrativas del país, gobierno central, gobernaciones, municipios y universidades, además del ejército, la policía y el sistema educativo. La otra explicación tiene que ver con la subida sostenida de los precios de las materias primas en el mercado internacional. Los ingresos del Estado son mayores; para que ocurra esto no se necesitaba mucha genialidad económica, bastaba con beneficiarse de la alta temporada de altos precios para los recursos naturales. Entonces estamos ante un incremento de cifras, al que no se puede reconocer como crecimiento estructural de la economía. No se puede caer en el fetichismo de las cifras. El problema es que la estructura económica sigue siendo la misma, la preponderancia expansiva del modelo extractivista, el perfil dominante de un Estado rentista. Las cifras han crecido, empero no se ha transformado la estructura económica. De este crecimiento económico cuantitativo, los mayores beneficiarios fueron los bancos, por lo tanto, su lógica especulativa financiera salió beneficiada. También la empresa privada se beneficia con este “crecimiento económico”, el Estado tiene más para gastar, aunque muchas veces no ejecuta su propio presupuesto. Hay más grasa, pero el cuerpo sigue siendo enfermo; hablamos de una economía dependiente²⁶.

La clara dificultad de este nuevo modelo que ha sido implantado vía constitucional y que tiene un amplio margen de legitimidad, especialmente entre las clases más desfavorecidas por el mismo sistema, es que mediante aquellas nuevas rentas que empiezan a tener los gobiernos a su vez se generan una serie de políticas públicas destinadas a dar soluciones momentáneas a problemas estructurales. No se erradica la pobreza que trae el modelo económico imperante, pero se dan subsidios para que se compren cosas; no se les da a las personas empleos con salarios dignos, pero se les aumenta el cupo de endeudamiento para poder seguir comprando neveras, estufas y televisores, como sucede especialmente en los últimos gobiernos en Brasil. Y es que aunque sea una lógica bastante erradicada en los gobiernos de “izquierda” que han subido al poder, tal como lo reconoce Chantal Mouffe en una de las recientes entrevistas que ha realizado: “esos gobiernos son más neoliberales que los mismos gobiernos de derecha”²⁷.

Ahora bien, mientras la re-estructuración del capitalismo andino se realiza bajo fuertes medidas extractivistas, los movimientos sociales giran en torno a una rearticulación de la realidad que los ha cooptado. En ese sentido, organismos como la CONAMAQ y la CONAIE comienzan a surgir de nuevo en el escenario político, ya no como aliados de los presidentes que ellos mismos apoyaron y ayudaron a mantener en el

²⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés De. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 39

²⁶ ALCOREZA, Raul Prada. *Bolivia: perfil económico*. Disponible en: <https://pradaraul.wordpress.com/2015/03/16/bolivia-perfil-economico/>. Acceso em: 26 mayo 2019.

²⁷ IGLESIAS, Pablo. *Otra vuelta de Tuerka*. España: Youtube, 2015.

poder, sino, como los principales contendores a las políticas de desenvolvimiento que se están imponiendo en cada uno de los países.

5 Más extractivismo para salir del extractivismo

La complejidad de la realidad es la muestra que la sociedad, en este momento, gira en uno de dos sentidos: o por su supervivencia o por la continuidad de la explotación indiscriminada de recursos naturales que, sea como sea, llevará a Pachamama a su deterioro y, consecuentemente, a la imposibilidad que ella pueda brindar los recursos para la existencia de vida humana. Al fin y al cabo, Pachamama, o Gaia – como los occidentales solamente recientemente llegan a considerar, aún en una parca corriente científica²⁸ – puede simplemente estar viviendo un ciclo más de su existencia, o mejor, parafraseando a Stephen Harding²⁹, la tierra se encuentra en un estado en el cual seguramente no va a morir, simplemente se regenerará, pero los seres humanos no tendremos la opción de ver aquel proceso, pues con el inicio de él, nosotros nos quedaremos sin donde vivir en este planeta.

Frente a este aspecto, necesario considerar si estamos dispuestos a salvaguardar algo de la Tierra que queda, más aún cuando ni siquiera reconocemos y nos apropiamos de una categoría como el socioambientalismo.

Estes direitos coletivos que são sociais porque correspondem a sociedades, comunidades, grupos ou a todos de uma só vez, e são ambientais, porque correspondem tanto ao ambiente natural (natureza) como o artificial criado pela cultura e conhecimentos humanos (patrimônio cultural, conhecimento tradicional associado à biodiversidade), podem ser chamados de direitos socioambientais. Correspondem a direitos que, diferentes dos individuais e estatais, não se integram a um patrimônio seja particular seja estatal. São patrimônios que pertencem a muitos ou a todos e que convivem no espaço intermediário, entre o Estado e o cidadão e disputam, interferem e modificam os mais consolidados direitos individuais e os mais rígidos direitos públicos estatais³⁰

Hay una especial atención a Bolivia frente a este aspecto, pues Bolivia representa dentro del continente la posibilidad de cambio efectivo mediante los postulados y pensamientos indígenas. Bolivia no es un país más de occidente, es un país en el cual más del 50% de su población se auto-reconoce como indígena y, como tal, cuentan con una profundidad aún insospechable frente a la relación de los hombres con la naturaleza. Es una sociedad que tiene dentro de su narrativa y su subconsciente colectivo lo que es el *Sumak Kamsay* o lo que para nosotros sería, el socioambientalismo.

Como contraposición a lo anterior, Bolivia en este momento se encuentra ultrapasando los límites mismos de la explotación de su recurso natural más abundante: el gas. En realidad, lo ultrapasa no porqué autoritariamente lo quiera, sino, por la misma necesidad de mantener la inversión social estéril populista, sumado al agotamiento de las reservas gasíferas y, sin duda alguna, el modelo de exportador de materias primas. Es una gran cantidad de vertientes que están en juego dentro de la paradoja y que han dado la fertilidad necesaria para la toma decisiones neoliberales.

Nesses países enfrentam-se fortes contradições ao se tentar materializar o que rege o Estado Plurinacional. Especialmente no referente à exploração de recursos naturais, mantém-se um modelo extrativista para dar sustentabilidade econômica às políticas públicas voltadas aos avanços sociais. Como casos insígnias há os avanços sobre a Terra Indígena e Parque Nacional Isiboro-Secure (TIIPNIS) na Bolívia e sobre o Parque Nacional Yasuní (PNY) no Equador, ambos fundamentais para a proteção da biodiversidade do

²⁸ ZAFFARONI, E. R. *La pachamama y el humano*: la pachamama y el humano. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2011.

²⁹ HARDING, Stephen. *Terra viva*. São Paulo: Cultrix, 2008. p. 54.

³⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Direitos dos povos indígenas na América Latina: novos direitos na América Latina. In: SHIRAIISHI NETO, Joaquim (org.). *Novos Direitos na América Latina*: estudo comparativo como instrumento de reflexão do próprio direito. São Luiz: EDUFMA, 2016. p. 212.

continente, além de serem territórios com populações indígenas.³¹

A partir de ese punto es donde empieza el enflaquecimiento de la Carta Política frente al modelo económico, a la necesidad de más explotación natural para conseguir el mantenimiento de las políticas públicas ya retratadas, a la tensión entre la parte dogmática de la Constitución con la parte orgánica. Es donde lo legal subyuga a lo político, y los intereses de los gobiernos empiezan a encontrarse cada vez más distantes de los intereses populares.

Como ejemplo de lo anterior se encuentra el Decreto Supremo N° 2366 del 20 de mayo del 2015³², que permite el desarrollo y explotación de hidrocarburos en 11 de las 22 áreas protegidas³³ que hasta el momento Bolivia tiene reconocidas. Ésa, la primera muestra del cómo se comienza a sobreponer los términos económicos frente a la vida. De la misma forma, otros decretos como el 2298 del 18 de marzo de 2015, que reduce el tiempo necesario para realizar la consulta previa a los pueblos originarios, pero con una especial particularidad, y es la que determina si en dado caso los pueblos deciden no responder a la Consulta Previa, está se entenderá como realizada y se podrá continuar con el proceso administrativo ante el Estado boliviano para realizar el trámite respectivo para la licencia solicitada.

Aunque resoluciones como esas no son exclusivas del gobierno boliviano, ya que lo mismo se podría retratar con las decisiones del gobierno colombiano para la explotación minera, en Bolivia ello tiene una especial relevancia, y es que sin dudarlo ni un sólo segundo, todas aquellas normas deberían encontrar una inconstitucionalidad para su aplicación, pues son claramente contrarias al espíritu del constituyente y a uno de los principios más importantes que bordea toda la Constitución como lo es el *Sumak Kamsay*.

Más allá de este entramado y bastante enmarañado círculo de contradicciones jurídicas se pueden encontrar declaraciones del presidente indígena Evo Morales donde asegura que la importancia de agilizar las consultas previas para la explotación minera son debido a que No es posible que en las llamadas consultas se pierda tanto tiempo, esa es la gran debilidad que tiene nuestro Estado; ahora evidentemente modificamos algunas normas con el único objetivo de acelerar la inversión y de obtener más recursos naturales, y eso beneficie al pueblo boliviano

En términos globales, el modelo por medio del cual se pueden construir unas nuevas alternativas para el desarrollo de la sociedad, y, más que desarrollo, supervivencia, está fracasando por la insensatez de no cuestionar el modelo productivo rentista. Pero también fracasa por simplemente repartir parte de las rendas de los ingresos que tiene el Estado, pero nunca en realizar una re-organización de la sociedad.

Hay entonces que establecer un claro debate frente a presupuestos determinados. ¿Un país puede sobrevivir sin extractivismo? ¿Bolivia está violando o no la Constitución Plurinacional con las políticas públicas que está implementando? ¿Existe realmente un modelo alternativo que Bolivia o Ecuador estaban brindando al mundo por medio de sus “nuevas” Cartas Políticas?

Así como existen vertientes que dicen: “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” o que también hablan de “Nuevo Constitucionalismo Andino” hay que crear dentro de la academia un movimiento que busque estudiar las nuevas articulaciones del capitalismo andino, o porqué no, del “Nuevo Capitalismo Latinoamericano” donde los procesos de distribución de rentas se representan a ellos mismos como las políticas más impactantes de izquierda que se tienen, cuando cualquier estadista de derecha liberal debería hacer eso en su gobierno, y aún así la izquierda lo criticaría por incongruente. Aquella realidad donde el neo-extrac-

³¹ PRÉCOMA, Adriele F. Andrade; ROJAS HERNÁNDEZ, Anibal Alejandro. Estados plurinacionais: a esperança constitucionalizada e seus obstáculos reais. In: PRÉCOMA, Adriele F. Andrade; MAMED, Danielle de Ouro; CALEIRO, Manuel Munhoz (org.). *Natureza e povos nas constituições Latino-Americanas*. Curitiba: Letra da Lei, 2017.

³² BOLIVIA. Decreto Supremo n° 2366, de 20 de mayo de 2015. *Diario Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, La Paz. Disponible en: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/bol145342.pdf>. Acceso en: 26 mayo 2019.

³³ Bolivia, al día de hoy cuenta con 22 áreas protegidas dentro de todo el territorio nacional que suponen una superficie de 17'207.358 hectáreas.

tivismo está comenzando a explotar realmente a Latinoamérica es de donde se debe empezar a asumir las luchas políticas e ideológicas por la superación del modelo existente, pues siempre será imposible avanzar un paso, si ese paso que se ha avanzado está construido sobre la base del Estado, siendo este último la institución más importante del modelo del capital, tanto para su conservación como para su reproducción.

6 Consideraciones finales

Hay varias formas de observar lo que hoy en día está sucediendo con aquellos procesos como el ecuatoriano o el boliviano que en un momento representaron para gran parte de la entelequia Latinoamericana un movimiento lo suficientemente capaz de destruir o por lo menos corroer los cimientos que son la base para el modelo del capital dentro del continente. Contrario a ello, se vive en medio de un avance como nunca antes visto del modelo del capital, pues aquellas luchas de los 90's que se fundaron en Cartas Políticas y leyes que permitían la protección de parques naturales o espacios reservados para vida, hoy están cediendo su espacio, paradójicamente ante Constituciones Políticas mucho más garantistas pero totalmente menos efectivas.

Cuando se construyen los avances y los progresos de la sociedad bajo los presupuestos mismos del capital ello lleva una contradicción que ata al progreso, lo limita. Es decir que todos aquellos procesos incluido el venezolano y que podría considerársele como el que más profundamente intentó sobreponerse al modelo de capital, no consiguió más que establecer los pilares de un socialismo trasnochado del siglo XX mediante la redistribución de parte las rendas, pero siempre, absolutamente siempre, mediante la explotación indiscriminada de recursos naturales. Es decir que los avances que existen son avances de mayor participación de las ganancias del Estado, pero nunca, en la posibilidad de construcción de un gobierno político desde abajo.

En ese mismo sentido, es importante señalar que las políticas públicas que logran mantener a los gobernantes en el poder en los últimos diez años en el continente han girado entorno a presupuestos políticos para las elecciones siguientes; convirtiendo por tanto a aquellos gobiernos progresistas en otro tipo de gobierno más de la derecha, que lo único que busca es el perpetuarse en el poder. Pero todas aquellas políticas públicas dentro del modelo económico actual tienen un costo, y ese costo está siendo asumido por la que al parecer es la única renta real de los gobiernos en el continente: la explotación indiscriminada de los recursos naturales, sin contar la contaminación y destrucción que como consecuencia ello trae o los ecosistemas vecinos.

La oportunidad de cambio dentro de aquellas Cartas Políticas, especialmente por las categorías como el *Sumak Kawsay*, sigue limitada por las decisiones desde los gobiernos, impidiendo la participación social, manteniendo las políticas extrativistas dentro de un modelo que no supera el modelo del capital, sus bases y estructuras colonialistas. Es en estos momentos de oportunidades de cambio sufocadas, se abren otras oportunidades, otras narrativas, otras coyunturas; se abren entonces nuevas oportunidades de lucha en busca de ir más allá de las estructuras que insisten en oprimirlas.

Referencias

ACOSTA, Alberto. Buen Vivir/Sumak Kawsay: una oportunidad para imaginar otros mundos. Quito: Abya-Ayala, 2012.

ALCOREZA, Raul Prada. *Bolivia*: perfil económico. Disponible en: <https://pradaraul.wordpress.com/2015/03/16/bolivia-perfil-economico/>. Acceso em: 26 mayo 2019.

- BOLIVIA. Decreto Supremo n° 2366, de 20 de mayo de 2015. *Diario Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz*. Disponible em: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/bol145342.pdf>. Acceso em: 26 mayo 2019.
- FOSTER, Jhon Bellamy. *La ecología de Marx*. Madrid: El Viejo Topo, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *El nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la constitución*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.
- GRAMSCI, Antonio. *Notas sobre Maquiavelo*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2011.
- HARDING, Stephen. *Terra viva*. São Paulo: Cultrix, 2008.
- HOBSBAWM, Eric. *A era das revoluções*. 33ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.
- HUDSON, Michael. *Matar al huésped*. Madrid: Capitan Swing, 2018.
- IGLESIAS, Pablo. *Otra vuelta de Tuerka*. España: Youtube, 2015.
- MACAS, Luis. *La necesidad política de una reconstrucción epistémica de los saberes ancestrales: pueblos indígenas, estado y democracia*, 2005. Buenos Aires: CLACSO [2006?]. Disponible em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20101026124724/3Macas.pdf>. Acceso em: 26 mayo 2019.
- MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez, 1906.
- NIETZSCHE, Friederich. *Genealogía de la moral*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013.
- POULANTZAS, Nicos. *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*. 29. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2001.
- PRÉCOMA, Adriele F. Andrade; ROJAS HERNÁNDEZ, Aníbal Alejandro. Estados plurinacionales: a esperança constitucionalizada e seus obstáculos reais. In: PRÉCOMA, Adriele F. Andrade; MAMED, Danielle de Ouro; CALEIRO, Manuel Munhoz (org.). *Natureza e povos nas constituições Latino-Americanas*. Curitiba: Letra da Lei, 2017.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, E. (org.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*. Buenos Aires: Clacso, 2000.
- RESINA DE LA FUENTE, Jorge. *La plurinacionalidad en disputa: el pulso entre Correa y la CONAIE*. Quito: Abya-Yala, 2012.
- SANTAMARÍA, Rosembert Ariza; VILLABONA, Andrés Abel. *El Estado en cuestión: momentos preconstituyentes en la región andina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2018.
- SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A essência socioambiental do constitucionalismo latino-americano. *Revista Faculdade de Direito da UFG*, v. 41, p. 197–215, 2017.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. Curitiba: Juruá, 2005.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Direito dos povos indígenas na América Latina: novos direitos na América Latina. In: SHIRAIISHI NETO, Joaquim (org.). *Novos Direitos na América Latina: estudo comparativo como instrumento de reflexão do próprio direito*. São Luiz: EDUFMA, 2016.
- WALLERSTEIN, I. *El capitalismo histórico*. 2. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 2012.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad*. 3. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano: la pachamama y el humano*. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2011.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O novo constitucionalismo latino-americano: análise marxista da invisibilização da luta de classes nas investigações jurídicas críticas

The new latin american constitutionalism: marxist analysis of the invisibilization of class struggle in critical legal investigations

Daniel Araújo Valença

Ronaldo Moreira Maia Júnior

Rayane Cristina de Andrade Gomes

O novo constitucionalismo latino-americano: análise marxista da invisibilização da luta de classes nas investigações jurídicas críticas*

The new latin american constitutionalism: marxist analysis of the invisibilization of class struggle in critical legal investigations

Daniel Araújo Valença**

Ronaldo Moreira Maia Júnior***

Rayane Cristina de Andrade Gomes****

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar o novo constitucionalismo latino-americano, a partir dos processos de invisibilização da luta de classes nas investigações jurídicas sobre o tema, tendo como enfoque, o materialismo histórico dialético. Dentre os instrumentos metodológicos, lançaremos mão de revisão bibliográfica, pesquisa documental e entrevistas semiestruturadas. Tendo em vista o método escolhido, a investigação terá como recorte a Bolívia, sua Constituição Política de Estado – CPE e seu Estado Plurinacional, visto que não é possível uma generalização quanto aos países, desconsiderando as particulares formações sociais, estágio específico de desenvolvimento capitalista e de lutas de classes. Pode-se concluir que a originalidade da Constituição Política de 2009 da Bolívia e do Estado Plurinacional reside, para além das disposições quanto à indianização do Estado, no projeto político autônomo das antigas classes subalternas — todavia mediado pela correlação de forças — de transformar o Estado desde uma revolução democrática em seu próprio interior.

Palavras-chave: Novo Constitucionalismo Latino-americano. Luta de Classes. Bolívia. Estado Plurinacional.

Abstract

The present work has the objective of analyzing the new Latin American constitutionalism, from the processes of invisibilization of the class struggle in legal investigations on the subject, with dialectical historical materialism as its lens. Among the methodological instruments, we will use bibliographical review, documentary research and semi-structured interviews. Considering the method chosen, the investigation will have as a cutback Bolivia, its Political Constitution of the State – CPE and its Plurinational State, since it is not possible to generalize about the countries, disregarding the particular social formations, specific stage of capitalist development and of class struggles. It can be concluded that the originality of the 2009 Political Constitution of

* Recebido em 31/05/2019

Aprovado em 01/09/2019

** Professor do Programa de Pós-graduação da UFERSA, doutor em Direito pela UFPB. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Crítico, Marxismo e América Latina - Gedic. E-mail: valencadaniel@gmail.com

*** Mestrando em Direito pela UFRN, vice-líder do Grupo de Estudos em Direito Crítico, Marxismo e América Latina – Gedic. E-mail: ronaldomaia4@gmail.com.

**** Professora de Direito da UEG, advogada, membro do GEDIC. E-mail: rayaneandrade93@gmail.com.

Bolivia and the Plurinational State lies, in addition to the provisions regarding the indianization of the State, in the autonomous political project of the old subaltern classes - though mediated by the correlation of forces - to transform the State since a democratic revolution in its own interior.

Keywords: New Latin American Constitutionalism. Class struggle. Bolivia. Plurinational State.

1 Introdução

O novo constitucionalismo latino-americano tornou-se objeto de investigação nas mais diversas Universidades da América Latina e do mundo. Não poderia ser diferente, seja pelo fato histórico de três países — Venezuela, Equador e Bolívia — terem aprovado novas cartas constitucionais nestas últimas décadas — e sem rupturas democráticas prévias a elas —, seja, principalmente, pela originalidade destas em relação à história do constitucionalismo no continente. Não se pretende, neste artigo, resgatar tal histórico, mas, sim, debater qual o sentido desse ineditismo.

A maioria dos autores, como Wolkmer, Fagundes, Dalmau e Pastor têm ressaltado aspectos materiais e formais que demonstram a importância das novas constituições. A originalidade nesses aspectos, por outro, ao centrar a análise nas Constituições em si, transformam-nas em criadoras e não criaturas. A alteração na correlação de forças entre as classes sociais que, dentre as consequências, resultou em novos processos constituintes não é alvo de análise e, conseqüentemente, apreende-se, parcialmente, o significado e o conteúdo do ineditismo de tais Cartas.

As explicações fornecidas por considerável parcela das perspectivas jurídicas críticas acabam por construir uma narrativa que aposta na forma jurídica como grande trunfo dos processos políticos do continente. Cria-se uma quimera, em que o Direito se realiza como ápice dos avanços em garantias fundamentais para as classes trabalhadoras, contribuindo, em nossa visão, para a tradição liberal, que enxerga, no campo forense, a resposta dos conflitos produzidos pelo modo de produção Capitalista.

No presente artigo, buscaremos analisar o novo constitucionalismo latino-americano com as lentes do materialismo histórico dialético, na intenção de quebrar com a tradição crítica jurídica que estuda o fenômeno, reposicionando, assim, o projeto político das classes trabalhadores no centro da análise. Dentre os instrumentos metodológicos, lançaremos mão de revisão bibliográfica, pesquisa documental e entrevistas semiestruturadas. Tendo em vista o método escolhido, a investigação terá como recorte a Bolívia, sua Constituição Política de Estado – CPE e seu Estado Plurinacional, visto que não é possível uma generalização quanto aos três países, desconsiderando as particulares formações sociais, estágio específico de desenvolvimento capitalista e de lutas de classes.

Na primeira seção, apresentaremos nossas categorias de análise, destacando aquelas de maior centralidade na obra marxiana e marxista. Logo após, nos debruçaremos sobre o processo boliviano para apontar que a nova CPE traduz, antes de mais nada, a alteração da correlação de forças no interior da sociedade boliviana, com o ascenso de um bloco histórico camponês-indígena-popular e a conseqüente nova síntese no interior da forma estatal, com a aprovação da nova CPE e a fundação do Estado Plurinacional. Por fim, realizaremos uma crítica da Crítica crítica¹ do novo constitucionalismo latino-americano. Então, uma vez mais, a dialética será invertida, e o processo de pensamento, que fora transformado em sujeito autônomo, voltará a ser o demiurgo do processo efetivo.

¹ Marx e Engels, em *A Sagrada Família* (ou *A crítica da Crítica crítica contra Bruno Bauer e consortes*), apontavam o equívoco dos irmãos Bauer, em crer que era o processo de conhecimento que direcionava o processo histórico. Para estes, era a sua crítica (ou Crítica crítica), que tinha o condão de determinar o caminho para as massas. Séculos após, alguns autores negligenciam o processo histórico, as condições materiais de existência e reprodução social, para atribuir ao novo constitucionalismo ou a si próprios o papel de sujeito histórico.

2 Um olhar marxista sobre os processos políticos e constitucionais latino americanos

O começo do século XXI reservou à Bolívia a eleição para a presidência de um líder indígena-camponês, bem como uma nova CPE e a fundação do *Estado Plurinacional de Bolívia*. Desde esse período, o país atraiu os olhos de todo o globo e foram desenvolvidos estudos nos diversos campos teóricos, tais como Ciência Política (Cunha Filho²), Direito (Wolkmer³, Leonel Júnior⁴, Fagundes⁵). É preciso, porém, “desmistificar”⁶ tal processo — desde a compreensão de suas determinações e contradições intrínsecas, e não adequando o processo histórico real às categorias com as quais se pretenda investigar.

Dedicaremos nossos esforços em analisar o Estado Plurinacional e a CPE como partes do processo político, econômico, social, jurídico e cultural em curso na Bolívia, a partir de categorias marxianas e aportes de seus sucessores. Debater plurinacionalidade e novo constitucionalismo, sob o olhar da filosofia da práxis, remete, aprioristicamente, à história. Sua leitura, sem a história, implicaria converter em atemporal o que se encontra em movimento. É o retrato de um filme. Com ele, seria possível extrair inumeráveis aspectos sobre o que se sucede. Não deixariam de ser, todavia, impressões parciais, que não concebem a totalidade do processo e, por isto, às vezes não apreendem o objeto como um todo.

Portanto, trabalharemos a categoria marxiana totalidade, que não se constitui do somatório de unidades, mas consiste na interconexão entre as partes e o todo, o quantitativo e o qualitativo, o particular e o universal, a teoria e a prática que, em constante relação entre si, retroalimentam-se e transformam-se mutuamente. Ao delimitar outra categoria central, a dialética, Marx enxerga o ser humano a partir da história, em constante movimento, devido às contradições internas de cada totalidade social que tendem a levar a seu perecimento e ao surgimento de uma nova totalidade. Por outro lado, em Marx, a dialética hegeliana aparece invertida, não é o processo de pensamento que condiciona o processo histórico, mas aquele advém deste. Dessa maneira, é possível dizer que, para além da importância dos novos conceitos trazidos pela CPE, revela-se central a alteração nas condições objetivas das relações sociais.

Partindo de tais categorias, a nova CPE e o Estado Plurinacional da Bolívia não podem ser vistos de maneira dissociada do “*Proceso de Cambio*” ou da “*Revolución Democrática y Cultural*”⁷. Portanto, não seguimos a incipiente — porém extensa e importante — literatura jurídica sobre o denominado “novo constitucionalismo latino-americano”, de pilares multiculturais e afirmação do pensamento de(s)colonial ou das epistemologias do sul. Nesta, em geral, as formações sociais e especificidades de cada país revelam-se negligenciadas e ocorre uma “mistificação” dos concretos processos históricos. Tais visões apresentam, em regra, o objeto delimitado ao redor do processo de conhecimento, do cultural, do constructo jurídico. Tal escolha invisibiliza o papel do *Movimiento al Socialismo-Instrumento Político por la Soberanía de los Pueblos (MAS-IPSP)*, da *Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB)*, da *Federación Nacional de Mujeres Campesinas de Bolivia-Bartolina Sisa (FNMCB-BS)*, da *Confederación Sindical de Colonizadores de Bolivia (CSCB)* — atualmente, *Interculturales* —, da *Central Indígena de los Pueblos del Oriente de*

² CUNHA FILHO, Clayton Mendonça. *A construção do horizonte plurinacional: liberalismo, indianismo e nacional-popular na formação do Estado boliviano*. 2015. 312 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

³ WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

⁴ LEONEL JÚNIOR, Gladstone. Do sujeito revolucionário europeu ao ator coletivo da hiperpotência latino-americana: para a construção de uma nova hegemonia político-jurídica na América Latina. In: CONGRESSO ALAS, 29, Santiago, 2013. *Anais... Crisis y emergencias sociales en America Latina*. Santiago: ALAS, 2013.

⁵ WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do Constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

⁶ MARIÁTEGUI, José Carlos. *Sete ensaios de interpretação da realidade peruana*. São Paulo: Expressão Popular: Clacso, 2010.

⁷ Os sujeitos que promoveram o processo constituinte, a proclamação da nova CPE e do Estado Plurinacional da Bolívia, assim denominam o interstício entre 2006 e os tempos atuais.

Bolivia (CIDOB) e Conamaq (Consejo Nacional de Ayllus y Marcas del Qullasuyu) no processo constituinte e fundação do Estado Plurinacional em 2009. Ademais, há um esquecimento da contribuição histórica do movimento operário boliviano — por meio, especialmente da Central Obrera Boliviana (COB) e da Federación Sindical de Trabajadores Mineros de Bolivia (F.S.T.M.B) —, cuja visão anti-imperialista aparece, claramente, no texto constitucional, por mais que não tenham sido protagonistas no processo constituinte.

Como consequência, o constitucionalismo latino-americano transforma-se em um “momento — ou movimento — constitucional no continente”, com “categorias próprias” frente a experiências do constitucionalismo moderno, e fundado, essencialmente, na interculturalidade. É como se fosse um “espírito”, igual ao do constitucionalismo burguês em Hegel, porém, dessa vez, com ares “originários”. Ocorre que a criatura pode aparentar transformar-se em criadora, mas, ao “descortinar” a “aparência”⁸, percebemos que a CPE e o Estado Plurinacional são formas políticas decorrentes de uma profunda alteração nas relações sociais e correlação de forças no seio da sociedade boliviana — por mais que, dialeticamente, retroalimentem essas relações sociais.

O direito burguês, portanto, revela-se como uma expressão particular da totalidade da sociedade burguesa. Sua especificidade, em relação a outros padrões societários, encontra-se em homens e mulheres reconhecerem-se “mutuamente como proprietários privados”⁹, ou seja, “sujeitos de direitos”, abstratamente equiparados e dotados de autonomia de vontade. Marx¹⁰, referindo-se ao processo de troca, aponta que o conteúdo da relação jurídica que surge dentre eles é dado pela relação econômica e não o oposto. Ao criticar a inversão ilusória de F. Eden, em sua obra: “A situação dos pobres”, o fundador da filosofia da práxis afirma:

Eden devia ter perguntado: e as ‘instituições burguesas’, são criaturas de quem? Sob o ângulo da ilusão jurídica, ele não enxerga a lei como produto das relações materiais de produção, mas, ao contrário, as relações de produção como produto da lei.

É por isto que Pachukanis¹¹, atendo-se à obra marxiana, se debruçará em demonstrar que a forma jurídica é o reflexo da forma mercadoria. Ao inverter a ilusão jurídica por meio da dialética, ao subvertê-la, Marx demonstra a impossibilidade da superação das relações de exploração e opressão pela via jurídica.

Mas, sendo parte da totalidade da sociedade burguesa, o Direito também reverbera as contradições e conflitos a ele imanentes, e há, portanto, certa autonomia relativa da política na luta de classes concreta em momento histórico específico e determinado. Marx aduz, inclusive, que “a criação de uma jornada normal de trabalho é, por isso, o produto de uma longa e mais ou menos oculta guerra civil entre as classes capitalista e trabalhadora”¹². Em outra obra, O socialismo jurídico, Engels e Kautsky¹³ registram, claramente, o limite do “estreito horizonte jurídico burguês”¹⁴, ao passo que compreendem as reivindicações jurídicas como expressão de relações reais e, porque não, de determinado estágio da luta de classes. É o que se deduz, uma vez mais, do prefácio de Engels¹⁵ à edição alemã de 1890 do Manifesto Comunista:

hoje, quando escrevo essas linhas, o proletariado europeu e o americano passam em revista suas forças de combate, pela primeira vez mobilizados em um único exército, sob uma única bandeira, por um único objetivo imediato: a fixação legal da jornada normal de oito horas de trabalho, segundo decisão do Congresso

⁸ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Sagrada Família*: ou, A crítica da Crítica crítica contra Bruno Bauer e consortes. São Paulo: Boitempo, 2011.

⁹ MARX, Karl. *O Capital*: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do Capital. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 159.

¹⁰ MARX, Karl. *O Capital*: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do Capital. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 692.

¹¹ PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

¹² MARX, Karl. *O Capital*: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do Capital. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 370.

¹³ ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *O socialismo jurídico*. São Paulo: Boitempo, 2015.

¹⁴ MARX, Karl. *Crítica do Programa de Gbota*. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 32.

¹⁵ ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 80.

Internacional, reunido em Genebra em 1866, e do Congresso Operário de Paris, reunido em 1889.

Em suas obras de caráter político, especialmente “O 18 de Brumário” e “As lutas de classes na França”, resta mais nítida a leitura de Marx de que as formas jurídicas e estatal refletem o estágio real da luta de classes no seio da sociedade. São, portanto, formas históricas decorrentes das relações materiais e concretas.

Partindo de Marx, portanto, temos que a forma jurídica, de maneira mediata, faz parte de uma totalidade social burguesa, e, de maneira imediata, aponta para o estágio — bem como o deslocamento — da correlação de forças no interior da luta de classes.

Para além das contribuições marxianas, Garcia-Linera¹⁶, partindo de categorias de Zavaleta-Mercado, Nicolas Poulantzas, Gramsci e Lenin, aborda o Estado desde três eixos analíticos; o Estado como correlação política de classes sociais, como materialidade institucional e, por fim, como capacidade de irradiar ideias-força que assegurem a hegemonia na sociedade. Partindo dessas categorias, passamos, pois, a enfrentar a análise de nosso objeto.

3 A derrocada da hegemonia imperialista-burguesa-colonial e a formação do bloco camponês-indígena-popular: o Direito enquanto arena da luta de classe

A formação social boliviana apresenta especificidades em decorrência de tal país situar-se em território anteriormente ocupado pelos incas. Tal sociedade, de forças produtivas mais avançadas frente a outros povos indígenas, caracterizava-se por uma relação social de produção denominada *mita*, em que grandes contingentes indígenas — as vezes, povoados inteiros — realizavam trabalho voltado a grandes obras para a comunidade. Os conquistadores, ao depararem-se com essa realidade, perceberam a desnecessidade de impor novas relações sociais de produção ou novos sujeitos ao processo produtivo. Assim, mantiveram a centralidade da *mita*, ao passo que destinaram os frutos da exploração do trabalho indígena à Coroa.

Dessa maneira, a dialética quantidade *versus* qualidade traduziu-se na capacidade de preservar as formas produtivas, organizativas, assembleistas, alheias à condição moderna. Não à toa, nesse território ocorreram diversos levantamentos indígenas, com destaque para os liderados por Tupak Amaru no século XVI, Tupak Amaru II e Tupak Katari no século XVIII, e para as rebeliões indígenas na década de 1940.

Para além de uma formação social fundada na superexploração do trabalho indígena e inserção dependente no capitalismo internacional, Zavaleta¹⁷, principal autor marxista boliviano, destaca que, nesse país, após o período colonial, houve a tessitura de um “Estado aparente”. O Estado boliviano existia, apenas, em condições espaço-temporais adequadas para a reprodução de capital, bem como, em nenhum momento, as elites que estavam a sua frente buscaram tecer um domínio sobre as classes subalternas alicerçado em seus valores e princípios. Como consequência, povos e nações indígenas mantiveram seus padrões de sociabilidade como mecanismo de sobrevivência e, dessa maneira, à margem da esfera estatal.

Ao não se fundar no domínio, na hegemonia, suas classes dirigentes tampouco alcançaram algum nível de estabilidade: foram cerca de 200 golpes de Estado em todo período republicano e quatro crises estatais, ou seja, momentos em que a lógica, a institucionalidade estatal e a correlação de forças se alteram drasticamente inaugurando uma época com pilares distintos da anterior. A última de tais crises estatais foi a decorrente dos efeitos do neoliberalismo na depreciação das condições de reprodução social da população boliviana, a qual passamos a analisar.

¹⁶ GARCÍA-LINERA, Álvaro. *Democracia-Estado-Nação*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2013.

¹⁷ ZAVALETA-MERCADO, René. *Obra completa: ensayos 1957-1974*. La Paz: Plural Editores, 2013. t. 1.

O neoliberalismo redefiniu a conformação das classes subalternas bolivianas e sua ação política. No período entre as décadas de 1940 e 1980, o operariado mineiro era a principal categoria no interior das classes subalternas, liderando uma revolução nacional em 1952 e a Comuna de La Paz em 1971. Apesar da repressão a que foi submetido nos períodos ditatoriais desse interstício, os obreiros mantiveram-se à frente da luta política neste período.

Essa versão aperfeiçoada do modo de produção capitalista, cujo marco temporal na Bolívia se deu com o decreto de privatização das minas (Decreto 21060/85), levou à dispensa em massa de milhares de mineiros e, a partir dessa alteração objetiva no mundo do trabalho, o sujeito revolucionário operário mineiro e sua organização política — a COB — perdem sua liderança histórica.

Por outro lado, “a deterioração crescente da estrutura econômica tradicional da sociedade rural e urbana deu lugar a um fortalecimento dos laços comunitários como mecanismos de segurança primária e reprodução coletiva”¹⁸, especialmente em El Alto e Cochabamba, cidades que foram receptoras do êxodo mineiro.

Do ponto de vista da correlação de forças no interior da sociedade boliviana, Tapia¹⁹ aponta que a quarta crise de Estado originou-se em processo de acumulação histórica protagonizado cumulativamente desde duas vertentes principais. No Oriente, conformado pela Amazônia, Llanos Orientales e pelo Chaco boliviano, dezenas de nações indígenas, de baixa densidade demográfica, de matriz em geral nômade e sem histórico de ação política unitária, iniciaram um processo de organização e unificação das várias comunidades de mesma cultura. Essa unificação, inicialmente entre populações de territórios e culturas aproximados, atingiu, em grau superior, uma articulação interétnica de uma mesma região. O acúmulo político levou, por fim, a patamar superior de organização, materializada na CIDOB²⁰.

Essa fração indígena promoveu, em 1990, a grande *Marcha por el Territorio y La Dignidad*, entre o Oriente e La Paz e sensibilizou o país para o reconhecimento territorial e cultural, a demarcação de *Territorios Comunitarios de Origen* – TCO’s, bem como lançou pela primeira vez a proposta de assembleia constituinte²¹.

Por outro lado, desde a Revolução Nacional de 1952, se gestava outro movimento no interior da sociedade boliviana. Dentre outras medidas, a revolução realizou uma ampla reforma agrária, modificando, objetiva e subjetivamente, a realidade rural. A partir daí, especialmente no Ocidente (no Altiplano), os índios camponeses desenvolveram a forma política sindicato rural e federação sindical. Ademais, na década de 1970, a partir de Fausto Reinaga, o indianismo katarista tomou corpo como teoria e práxis política. Tal movimento, de cunho político, étnico e cultural, propunha a compreensão do sujeito explorado boliviano desde seu posicionamento a uma nação indígena, com sua língua, memória e formas político-organizativas, bem como seu posicionamento em âmbito de reprodução social, no caso, como campesinato.

Assim, com o apoio da COB, criou-se, em 1979, a CSUTCB, articulando classe camponesa e nação originária, reconstituindo a Nación Aymara, “otra de las fuentes de demanda e imaginación de un Estado Plurinacional”²². No mesmo contexto, nasceram a CSCB em 1971, e a FNMCB “Bartolina Sisa”, em 1980.

As *trillizas* — denominação atribuída ao bloco formado por estas três entidades — afirmam o entrelaçamento entre classe e etnia, entre o sindical e o comunal, e conformam o “núcleo duro” do processo político que se materializaria na candidatura de Evo Morales em 2005. Portanto, foram as alterações objetivas na

¹⁸ GARCÍA-LINERA, Álvaro. Indianismo e marxismo: o desencontro de duas razões revolucionárias. In: SADER, Emir (org). *Cadernos de pensamento crítico latino-americano*. São Paulo: Expressão Popular: CLACSO, 2008. p. 59.

¹⁹ TAPIA, Luis. Consideraciones sobre el Estado plurinacional. In: GOSÁLVEZ, Gonzálo; DULON, Jorge (orgs). *Descolonización en Bolivia: cuatro ejes para comprender el cambio*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010.

²⁰ TAPIA, Luis. Consideraciones sobre el Estado plurinacional. In: GOSÁLVEZ, Gonzálo; DULON, Jorge (orgs). *Descolonización en Bolivia: cuatro ejes para comprender el cambio*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010.

²¹ TAPIA, Luis. Consideraciones sobre el Estado plurinacional. In: GOSÁLVEZ, Gonzálo; DULON, Jorge (orgs). *Descolonización en Bolivia: cuatro ejes para comprender el cambio*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010.

²² TAPIA, Luis. Consideraciones sobre el Estado plurinacional. In: GOSÁLVEZ, Gonzálo; DULON, Jorge (orgs). *Descolonización en Bolivia: cuatro ejes para comprender el cambio*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010. p. 138.

economia boliviana implementadas pela Revolução Nacional e, posteriormente, pelo projeto neoliberal, que possibilitaram a ascensão deste sujeito histórico.

Em meados da década de 1990, o governo boliviano, sob pressão do governo americano, lançou o plano Coca Zero, e declarou guerra à plantação e circulação da folha de coca. A luta camponesa em torno da terra, nesse contexto, encontrou, na folha da coca, um elemento totalizante e unificador: de um lado, uma cultura milenar, de origem indígena, presente em todo o país; de outro, uma política vista como imposição imperialista.

Um conflito de cunho econômico-corporativo e localizado transcendeu, paulatinamente, à dimensão ético-política²³, totalizante, e transbordou as fronteiras da luta particular do camponês do Trópico (ou *Chapare*, principal região produtora). As classes subalternas, ao se solidarizarem para com os *cocaleros*, teciam uma unidade em confrontação ao colonial e ao imperialismo.

No decorrer desse processo de luta, paralelamente à pauta sindical-camponesa, iniciaram o processo de organização política com fins de combinar a luta corporativa à eleitoral. Em 1995, durante o *I Congreso do Instrumento Político de Tierra y Territorio*, em Santa Cruz, criam o *Instrumento por la Soberanía de los Pueblos* que, inicialmente, tem o registro negado pela justiça eleitoral. Toma-se, então, a sigla MAS (Movimiento Al Socialismo) emprestada, conformando o MAS-IPSP. Após o *Movimiento Nacionalista Revolucionario* – MNR, único partido na história da Bolívia de sólido enraizamento social, o MAS-IPSP, segundo Cunha Filho²⁴:

es el segundo partido en la historia boliviana que posee firmes raíces sociales, gracias a su origen de instrumento político de los sindicatos cocaleros del Chapare cochabambino que luego se expande hasta constituirse en el instrumento político de las llamadas “trillizas” campesinas –Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB), Interculturales (ex colonizadores) y Confederación Nacional de Mujeres Campesinas Indígenas Originarias de Bolivia “Bartolina Sisa” (CNMCIQB-BS).

A alteração na correlação de forças no interior da sociedade civil se dará, então, na década seguinte, a partir dos eventos *Levantamiento Aimara* (2000), *Guerra del Agua* (2000), *Guerra del Gas* (2003), e *El Impuestazo* (2003). O primeiro deles foi um levantamento indígena da nação Aimará em defesa da plurinacionalidade. Os três últimos, políticas de privatização da água e do gás e de majoração dos preços dos combustíveis que, devido à repressão estatal, levaram à morte mais de uma centena de pessoas.

A quarta crise estatal estava dada e, no amplo espectro subalterno, que se materializava nos confrontos de rua como forma *multitud*²⁵, despontavam a liderança indígena-camponesa, expressa no MAS-IPSP e em Evo Morales, e a vertente do indianismo mais puro, com Quispe e o MIP. Os indígenas de terras baixas, apesar do impacto de suas marchas, não politizaram o processo; ou seja, não criaram instrumentos e programa aptos a se conformarem como projeto de poder. Por outro lado, o indianismo liderado por Quispe não dispunha de condições de ampliar-se desde a esfera corporativa à política, com capacidade de irradiação sob outros espectros do meio popular.

Portanto, o sindicalismo indígena camponês tomou a frente de um bloco político camponês-indígena-

²³ GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. 6.

²⁴ CUNHA FILHO, Clayton Mendonça. ‘El proceso de cambio’ en Bolivia: un balance de ocho años. *Tinkazos*, La Paz, n. 35, p. 137-153, 1º semestre 2014. p. 4.

²⁵ De acordo com Linera: “[...] rede compacta de assembleias e de práticas democráticas plebeias [que] não apenas se apresentou como demandante de direitos diante do Estado, com seu sistema de partidos e Parlamento, como também o substituiu como mecanismo de governo, como sistema de mediação política e como cultura de obediência. Daí que, diferentemente do que propõe Touraine em relação aos ‘novos movimentos sociais’ — que não seriam movimentos políticos dirigidos à conquista do poder —, a *multidão*, na prática, é uma politização extrema da sociedade possuidora de uma força organizativa capaz de pôr em dúvida a pertinência dos sistemas de governo prevaletentes, do regime de democracia liberal, e de erigir, até agora provisoriamente, sistemas alternativos de exercício do poder político e de vida democrática legítima” GARCÍA-LINERA, Álvaro. *A potência plebeia: ação coletiva e identidades indígenas, operárias e populares na Bolívia*. São Paulo: Boitempo, 2010. A *multitud*, aqui, não é a mesma que em Negri e Hardt, pois há um sujeito revolucionário que transforma a sublevação das massas em projeto político das classes subalternas – o campesinato indígena.

-popular. Ao ultrapassar a fase de mobilização por demandas econômico-corporativas próprias e alcançar, progressivamente, a tessitura de plataformas ético-políticas que respondiam às contradições imediatas e mediatas do Estado boliviano²⁶, tal fração dirigente reuniu as demais ao seu redor e compuseram um bloco social de larga duração. Tal grupo, desde o desvelamento da crise de Estado em princípios dessa década, foi tecendo sua direção intelectual e moral sobre as massas, colocando em xeque a hegemonia neoliberal anterior, e exercendo sua liderança antes mesmo de conquistar o poder executivo²⁷.

Dessa maneira, a quarta crise de Estado da Bolívia recuperou as contradições não resolvidas ao longo da história do país andino e, ao contrário das demais, destaca-se por constituir-se em um embate entre as elites dirigentes e as classes subalternas lideradas pelos camponeses, e em favor destas aquela se resolver.

A preservação de relações sociais de produção de caráter semifeudal e da não emancipação política de indígenas implicou na convivência com periódicas crises de Estado. As classes dirigentes não exerceram seu domínio a partir do exercício de hegemonia frente aos setores subalternos, ou seja, de direção política e moral sob estas. Por conseguinte, à coercitividade se ergueram lutas populares, de caráter preponderantemente indígena, até o século XIX; mineiro, no século XX e, no século XXI, uma mescla de classe e etnia, de campesinato e indianismo. Portanto, a vitória eleitoral de 2005 tratou-se, em verdade, de um *aufhebung*, uma superação-conservação: as diversas formas organizativas e horizontes subalternos, o sindicalismo rural, os *ayllus*²⁸, o marxismo, o nacionalismo revolucionário, o indianismo; toda essa original pluralidade subversiva histórica boliviana se encontrou, se entrelaçou e mesclou, derrotando o cambaleante bloco neoliberal.

Como resultado das dinâmicas relações de disputas de classes dentro da sociedade boliviana, o fortalecimento do bloco indígena-camponês-popular leva o patamar de disputa para níveis estruturantes. A alteração na correlação de forças no interior da sociedade civil leva à irradiação de ideias-força vinculadas às classes subalternas, como as de Plurinacionalidade, nacionalização dos hidrocarbonetos (petróleo e gás) e autonomia ante às pressões imperialistas. Ademais, as transformações, em âmbito de sociedade civil, ascenderam para a sociedade política, levando à promulgação da CPE de 2009 e à tessitura de nova lógica institucional, tema que abordaremos em sequência.

4 A CPE de 2009: uma Constituição nacionalista, anti-imperialista, indígena e popular

A Constituição boliviana seria a última e mais arduamente conquistada no contexto do denominado “novo constitucionalismo latino-americano”. Diversos autores do campo do Direito intentaram, ao longo desse período, sistematizar e teorizar acerca de tais processos. Desde aí, há uma efervescência de conceitos e nomenclaturas visando compreender essas obras normativas de fins do século XX e princípios do século XXI. Ávila-Santamaría²⁹ as denominaria de “neoconstitucionalismo transformador”; Gargarella³⁰ e Leonel Júnior³¹ por “novo constitucionalismo latino-americano”; Viciano-Pastor e Martínez-Dalmau³² se referem

²⁶ GARCÍA-LINERA, Álvaro. *A potência plebeia: ação coletiva e identidades indígenas, operárias e populares na Bolívia*. São Paulo: Boitempo, 2010.

²⁷ GRAMSCI, Antonio. O renascimento. In: SADER, Emir (org.). *Gramsci: poder, política e partido*. São Paulo: Expressão Popular, 2005.

²⁸ Forma de organização territorial e política originária.

²⁹ ÁVILA-SANTAMARÍA, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador: el estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala, 2011.

³⁰ GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago, 2009. (Série Políticas Sociales, 153)

³¹ LEONEL JÚNIOR, Gladstone. Do sujeito revolucionário europeu ao ator coletivo da hiperpotência latino-americana: para a construção de uma nova hegemonia político-jurídica na América Latina. In: CONGRESSO ALAS, 29, Santiago, 2013. *Anais... Crisis y emergencias sociales en America Latina*. Santiago: ALAS, 2013.

³² VICIANO-PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ-DALMAU, Rubén. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucional-

também a “constitucionalismo sin padres”, dentre outros.

A diversidade de nomes para referir-se ao mesmo objeto denota, por um lado, a sua originalidade e importância e, por outro, a busca, por parte de juristas das mais diversas partes do globo, por situá-lo no âmbito da teoria constitucional e sua história. Por outro lado, ao buscar-se tal objetivo, tem-se incorrido em ilusões jurídicas, ou jurídico-epistemológica, em que relações materiais, concretas, contraditoriamente edificadas na história e refletidas em um texto constitucional, são metamorfoseadas em conceitos pré-determinados ou que aspiram — mesmo sem se perceber — a certo universalismo — passíveis de utilização em realidades antitéticas como as de Bolívia e Colômbia.

Os estudos em torno das inovações constitucionais no âmbito do “novo constitucionalismo latino-americano”, sejam as relacionadas ao reconhecimento e à garantia de direitos sociais, civis, políticos, bem como dos chamados novos direitos (direitos de natureza, direitos de *la Madre Tierra*, água, entre outros), acabam por desconsiderar todos os processos de lutas sociais e políticas, enfatizando o Direito Constitucional como marco fundante, e não síntese do novo momento histórico. Essa perspectiva é ilustrada no pensamento de Perra³³, ao afirmar que “el nuevo constitucionalismo andino se ha enfrentado en los últimos años un gran reto: un contrato social entre las personas y la naturaleza”. O autor atribui como grande objeto desse raciocínio constitucional a relação com o *buen vivir* e o *vivir bien*, demarcando, como a força motriz, as relações com o meio ambiente.

A outro giro, esse “neoconstitucionalismo” também revisita perspectivas jusnaturalistas ao recentrar o debate do direito à condição humana abstratamente considerada. Essa posição é sintetizada por Peter³⁴:

o neoconstitucionalismo não propõe rompimento com o constitucionalismo, mas uma releitura de suas propostas fundamentais, a partir de um novo paradigma o qual põe em destaque o sujeito (perspectiva humanista) como elemento central de toda a reflexão científica. Nesse contexto, o ser humano passa a ser o eixo de todas as discussões, o que no direito é evidenciado pelo próprio tratamento que se deu aos direitos civis, aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, a partir da segunda guerra mundial (segunda metade do Século XX).

Quando se fala em potencial criador e transformador da ordem social por meio do texto constitucional, desconsidera-se, portanto, que a própria Constituição é resultado das lutas anteriores, é expressão no momento de luta de classes que tais países vivenciam. A máxima “não é a história dos povos que tem de se adequar aos manuais interpretativos de análise, sejam eles marxistas ou quaisquer outros, mas sim o marxismo que deve ser aplicado como método e arcabouço teórico na análise das realidades concretas”, bem recordada por Gonçalves³⁵, permanece válida, contudo, para quaisquer referenciais teóricos — liberais, pós-coloniais etc.

Buscando-se desvelar a originalidade do que ocorre na América Latina, tem-se atribuído ao novo constitucionalismo latino-americano vida própria, e as novas cartas magnas se transformam em produtos da teoria constitucional — por mais que os autores insistam em afirmar que ele surgira à revelia da academia, tal qual o fazem Viciano-Pastor e Martínez-Dalmau³⁶ (2010) — ou mesmo de sua evolução temporal. Aparentemente, nessa direção, Wolkmer e Fagundes³⁷ discorrem:

tendo em conta essa preocupação, é que se introduz e ganha força a proposta do constitucionalismo insurgente (denominado por alguns de Constitucionalismo andino), que começa a gestar-se nos países latino-americanos, diante das mudanças políticas e dos novos processos constituintes com suas

ismo latino-americano. In: CONGRESO MUNDIAL DE CONSTITUCIONALISTAS. *Anais...* 2010.

³³ PERRA, Livio. Naturaleza y constitución. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 1, 2017. p. 174.

³⁴ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. esp., 2015. p. 80.

³⁵ GONÇALVES, Rodrigo Santaella. Marxismo e indianismo na Bolívia: inovações teóricas no pensamento político do grupo La Comuna. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 35, Caxambu-MG, 2011. *Anais...* Caxambu: ANPOCS, 2011.

³⁶ VICIANO-PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ-DALMAU, Rubén. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latino-americano. In: CONGRESO MUNDIAL DE CONSTITUCIONALISTAS. *Anais...* 2010.

³⁷ WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011. p. 400.

caracterizações. O impulso inicial do recente momento constitucional na América Latina foi marcado por um primeiro ciclo social e descentralizador das Constituições Brasileira (1988) e Colombiana (1991).

Assim, em verdade, a singularidade do processo político e constituinte boliviano não permite aproximá-la às constituições de Brasil (1988) e da Colômbia (1991), a ponto de perfazer uma sucessão de ciclos. Aproxima-se, isto sim, dos processos constituintes venezuelano e equatoriano, o que também não implica liberalidade quanto ao estudo da específica formação social destes países para uma coerente apreensão de seus textos constitucionais. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, se insere em contexto histórico de crise dos regimes ditatoriais, mas não se pode dizer que houve uma alteração na correlação de forças entre as classes sociais no interior da sociedade civil e ascenso à esfera estatal das classes subalternas. A Constituição colombiana de 1993, por outro lado, assegurou uma série de direitos aos seus povos e nações indígenas, mas em perspectiva multicultural e afirmativa, e não plurinacional³⁸.

Também, de maneira dissociada da materialidade, Gargarella³⁹ descola o sujeito constituinte do sujeito histórico da luta política concreta e aduz que:

podríamos agregar que la pregunta-objetivo planteada por los constituyentes bolivianos era, cuanto menos, una muy relevante, bien escogida. Pocos temas resultan más cruciales y parecen más justificados, en la actualidad boliviana, que el de la marginación indígena. En tal sentido, es un mérito del constituyente boliviano el haber salido a la búsqueda, y el de haberle hecho frente, a dicha decisiva cuestión.

Aqui, não se trata mais do “constitucionalismo latino-americano” dotado de vida própria, mas de uma apartação entre o constituinte e a materialidade das relações sociais, entre o Estado e a sociedade. É aquele que adquire vida própria, segundo Gargarella⁴⁰:

¿Qué problema debería escoger el futuro constituyente latinoamericano, como problema-objetivo a atender a través de una eventual reforma de la Constitución? El problema de la desigualdad, tal vez, que viene afectando de modo decisivo el desarrollo constitucional de la región? Posiblemente, pero en todo caso la pregunta está abierta, y es una que el constituyente no puede dejar simplemente de lado, como a veces ha hecho.

É como, portanto, se houvesse um “espírito” constituinte, um espectro a rondar o continente para, em algum momento, responder a contradições concretas no seio de cada sociedade (em verdade, a sua particular luta de classes), de acordo com as respectivas realidades nacionais. Ocorre que a mudança nas correlações de força internas de cada país, ocorridas no final da década de 2000 e na década seguinte, com os golpes de Estado em Honduras, Paraguai e Brasil, além da eleição de Lenin Moreno, demonstram que, se algum espírito ronda o continente, é o do neoliberalismo e das tentações fascistas.

Já Wolkmer e Fagundes⁴¹ apontam que tais constituições materializam “novos atores sociais”, em uma

³⁸ As constituições latino-americanas, como a colombiana, são uma derivação do multiculturalismo, que é o reconhecimento dos povos indígenas enquanto minorias protegidas pelo Estado, estando este sob condução de outros setores sociais diferentes aos indígenas. É o que ocorreu na maior parte dos países da América Latina. O que houve na Bolívia foi um movimento duplo: de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas como nações, não somente como povos e culturas, mas como nações; ou seja, com estrutura identitária e histórica própria, inclusive pré-republicana, com direito a exercer o seu idioma, com direito aos seus sistemas educativos próprios, suas narrativas próprias, a instituições próprias. Mas, em nossa experiência, o sujeito que reconhece o direito dos povos indígenas é um sujeito indígena. Nos outros casos, como a nação colombiana que reconhece os indígenas, são os não indígenas que reconhecem o direito dos indígenas como minorias. Aqui, são os indígenas que dizem “temos direitos como povos indígenas, mas também somos nós quem conduzimos o “boliviano”. Armamos de outra maneira o boliviano, articulamos de outra maneira a narrativa de identidade nacional boliviana”, ou seja, indianizam. Dito de outra maneira: é o sujeito indígena reconhecido como direito coletivo, mas também é o sujeito indígena que constrói hegemonia e conduz o Estado, que reconhece a indígenas e a não-indígenas (356-357). GARCÍA-LINERA, Álvaro. Álvaro García Linera: um relato do Proceso de Cambio e desafios da esquerda marxista latinoamericana. [Entrevista cedida a] Daniel Araújo Valença e Ilana Lemos de Paiva. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 4, n. 8, maio/ago. 2017.

³⁹ GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago, 2009. (Série Políticas Sociales, 153) p. 3.

⁴⁰ GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago, 2009. (Série Políticas Sociales, 153) p. 3.

⁴¹ WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-amer-

idealização em que o criador se metamorfoseia em criatura e, mais ainda, sendo passível de expansão para outras realidades específicas no continente:

parece evidente que as mudanças políticas e os inovadores processos sociais de luta nos Estados latino-americanos engendraram não só novas constituições que materializaram novos atores sociais, realidades plurais e práticas desafiadoras, mas, igualmente, propõem, diante da diversidade de culturas minoritárias e da força incontestada dos povos indígenas do Continente, um novo paradigma de constitucionalismo, o que poderia denominar-se “Constitucionalismo Pluralista Intercultural” (compreendendo, aqui, as expressões que já vêm sendo utilizadas: constitucionalismo andino ou indígena).

Como abordado anteriormente, o processo político boliviano apresenta um entrelaçamento entre classe e etnia, em que, para além de dezenas de povos minoritários, há a condução de povos majoritários, como os aimarás e quechuas. Além disto, demonstramos que, dentre eles, amplos setores se identificam e agem, politicamente, como camponeses, para além das influências da COB e do histórico mineiro de sublevação. A CPE de 2009, portanto, só é possível graças, de maneira mediata, a essa formação social e, de maneira imediata, à formação do bloco histórico camponês-indígena-popular.

Mesmo afastando-se da vertente multicultural, Leonel Júnior⁴² também confere movimento autônomo para a forma jurídica:

assim, ao se propor postulados questionadores do status quo, reformulando os paradigmas existentes, está também lançado o desafio de repensar o direito e a política a partir de um novo paradigma. Para então constituir-se uma nova hegemonia jurídica na América Latina, os parâmetros serão outros, não mais um amontoado de garantias meramente individuais, eurocêntricas e de cunho liberal. Isso possibilitará o início de uma nova conformação política e jurídica, a partir de postulados diretivos e com perspectivas reais de reformulação de um novo paradigma político para o direito. A partir das lutas sociais manifestadas pela hiperpotência latino-americana, as quais não aceitam mais a insuficiência de garantias de direitos apresentadas pela Modernidade aos países periféricos e querem reconhecidos direitos próprios, de uma sociedade própria, realizadora de seu paradigma.

Ademais, Viciano-Pastor e Martínez-Dalmau⁴³ registram elementos materiais que caracterizariam o novo constitucionalismo latino-americano (aos quais eles e a maioria da literatura englobam Bolívia, Equador, Venezuela e Colômbia). O primeiro seria a participação popular, desde a ativação direta do poder constituinte — ou seja, trata-se de constituições fruto de assembleia nacional constituinte exclusiva e aprovação popular para sua convocatória e aprovação — à “búsqueda de instrumentos que recompongan la perdida (o nunca lograda) relación entre soberanía y gobierno”. Almeja-se, pois, a criação de ferramentas técnicas jurídicas para um maior controle social sobre o poder instituído e, ademais, “sí interrumpe la posición tradicional de los partidos políticos, que si bien se mantienen principalmente en el ámbito de los derechos políticos, su papel queda limitado por la acción directa del pueblo”⁴⁴.

Para os autores, o segundo aspecto a ser ressaltado no novo constitucionalismo latino-americano seria a previsão de um amplo leque de direitos, que abarcaria não apenas aqueles reconhecidos ao longo da história constitucional, mas novos direitos: direitos de nações indígenas, da Madre Tierra, à qual se atribui condição de sujeito de direitos, dentre outros. Destacam, também, a escolha pelo controle concentrado de constitucionalidade (porém o mesmo fora parcialmente adotado na reforma constitucional de 1994⁴⁵), e, por fim,

icano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011. p. 404.

⁴² LEONEL JÚNIOR, Gladstone. Do sujeito revolucionário europeu ao ator coletivo da hiperpotência latino-americana: para a construção de uma nova hegemonia político-jurídica na América Latina. In: CONGRESSO ALAS, 29, Santiago, 2013. *Anais... Crisis y emergencias sociales en America Latina*. Santiago: ALAS, 2013. p. 8.

⁴³ VICIANO-PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ-DALMAU, Rubén. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latino-americano. In: CONGRESO MUNDIAL DE CONSTITUCIONALISTAS. *Anais... 2010*.

⁴⁴ VICIANO-PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ-DALMAU, Rubén. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latino-americano. In: CONGRESO MUNDIAL DE CONSTITUCIONALISTAS. *Anais... 2010*. p. 326.

⁴⁵ RIVERA-SANTIVÁÑEZ, Jose Antonio. La evolución político-institucional en Bolivia entre 1975 a 2005. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, año 6, n. 8, p. 173-210, 2008.

indicam⁴⁶:

[...] la necesidad de superar las desigualdades económicas y sociales y de plantear constitucionalmente el nuevo papel del Estado en la economía se traduce en amplios capítulos económicos. En efecto, las constituciones económicas en el nuevo constitucionalismo incorporan simbióticamente varios modelos económicos que van desde la iniciativa privada y la justicia redistributiva hasta la protección de la economía comunitaria, pero con un elemento común: la presencia del Estado, que se traduce en su participación en aspectos tan relevantes como la decisión pública sobre los recursos naturales, o la regulación de la actividad financiera.

Nesse aspecto, Dalmau⁴⁷ faz uma interpretação centrada na própria Constituição, de modo que temas como participação popular, reconhecimento de novos direitos e a necessidade de superação das desigualdades sociais como aspectos formais, próprios do texto normativo, ou seja, como aspectos geradores de um contexto social. Percebe uma clara inversão: não é, pois, a Constituição que funda uma sociedade, mas esta, que, dentro da correlação de forças e da luta de classe, consegue inserir e afirmar direitos anteriormente negados.

Assim, defende que há

uma correlação entre o novo constitucionalismo e a melhora das condições de vida dos cidadãos, a diminuição da desigualdade e da pobreza e o melhor gozo dos direitos civis. Mas, por outro lado, as novas Constituições latino-americanas desencadearam tensões entre a vontade popular constituinte e o governo constituído⁴⁸.

Percebe-se, nesse raciocínio, que há clara cisão entre o texto constitucional e a vontade popular, como se uma não fosse o fundamento da outra. A norma é novamente elevada ao patamar de criadora, inclusive, separando-a do contexto social e político que se se insere. Os governos constituídos também são alvo desse equívoco, são colocados como marginais da “vontade popular constituinte”, como se também não fossem expressão das correlações de força no seio social. Ora, não apenas foi no governo de Evo Morales que a constituinte foi convocada e aprovada — no interstício 2006-2009, após inúmeros conflitos, mortes e tentativa de golpe de Estado em 2008 —; como a maioria da assembleia constituinte era composta pelo MAS-IPSP (VALENÇA, 2018) e pela *trillizus*. Portanto, é possível debater se, nos anos seguintes, o governo constituído manteve-se adstrito à CPE, mas não se pode afirmar que há um conflito entre vontade popular constituinte *versus* governo constituído, como se aquela não tivesse vínculo algum com este.

Nessa mesma interpretação, de cisão completa entre sociedade-constituição-governo, apartadas de um olhar sobre as lutas concretas, Dalmau⁴⁹ atribui os avanços sociais nos países como Bolívia e Equador às suas Constituições. No entanto, observando o caso a Venezuelano, que também se inclui neste bloco, assevera que “a volta da pobreza e a queda dos índices de bem-estar no caso venezuelano encontram explicação na deriva autoritária do madurismo, que se distanciou da Constituição de 1999”. Ou seja, novamente tem-se uma perspectiva de cisão entre a norma constitucional e o contexto de luta de classes. A Constituição é apartada dos conflitos reais e elevada como se possuísse vida própria, como se por si, fosse capaz de se legitimar, se efetivar e porque não dizer, existir. Portanto, é como se todas as explicações possíveis possuíssem um limite: a Constituição. Seria a sociedade e o governo que se afastam dela, que a desrespeitam, que as violam. São os “governantes autoritários” que a desvirtuam. O embargo ilegal norte-americano, as bravatas quanto a uma possível invasão militar, a guerra econômica, as tentativas de golpe de Estado, os atentados contra

⁴⁶ VICIANO-PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ-DALMAU, Rubén. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latino-americano. In: CONGRESO MUNDIAL DE CONSTITUCIONALISTAS. *Anais...* 2010. p. 327-328.

⁴⁷ DALMAU, Rubén Martínez. As constituições do novo constitucionalismo latinoamericano funcionaram?. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 5, n. 12, set./dez. 2018.

⁴⁸ DALMAU, Rubén Martínez. As constituições do novo constitucionalismo latinoamericano funcionaram?. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 5, n. 12, set./dez. 2018. p. 63.

⁴⁹ DALMAU, Rubén Martínez. As constituições do novo constitucionalismo latinoamericano funcionaram?. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 5, n. 12, set./dez. 2018.

a Suprema Corte — em que esta viu-se metralhada desde um helicóptero em 2017 — ou contra o chefe de Estado e todo o comando militar — por meio de drones, em 2018 — não perfazem o objeto de análise, pois o jurídico se encerra em si mesmo.

O horizonte pós-colonial e multicultural, ao desvencilhar-se da dialética histórica pela qual avançam as sociedades, termina por reproduzir o esquema interpretativo de determinado referencial da modernidade — o liberal — em que a estruturação do pensamento está fundada na oposição Estado *versus* sociedade.

Por partir de tal premissa e, por fim, não superar o liberalismo, as conclusões a que se chegam, no geral, conformam interpretações distorcidas da realidade e terminam, inclusive, por dificultar a compreensão dos processos em curso.

Em perspectiva diversa, apontamos que as constituições políticas de Bolívia, Venezuela e Equador se inserem no marco de uma original conjuntura política no continente e nestes países em particular, em que, pela primeira vez, suas crises de hegemonia se resolveram em favor da ascensão de suas classes subalternas e respectivos projetos políticos.

Assim, em determinadas realidades espaço-temporais, a força das classes subalternas em ascensão levou a processos constituintes que respondiam às suas necessidades e possibilidades específicas.

Como Pachukanis⁵⁰ apresenta, “apenas a sociedade burguesa capitalista cria todas as condições necessárias para que o momento jurídico esteja plenamente determinado nas relações sociais”. Ou seja, todo o Direito que temos hoje foi forjado e aprimorado dentro de uma sociedade Capitalista e em um modelo de Estado burguês, que encontrou na forma jurídica — em sua máxima expressão no contrato e na igualdade formal — a maneira de extrair a mais valia e estabelecer limites e controle para a manutenção dessa ordem.

Daí o equívoco da maioria dos juristas que, quando abordam “o novo constitucionalismo”, compreendem, em seu universo, também, a Constituição da Colômbia, quando sua aproximação em relação às constituições da Bolívia, do Equador e da Venezuela se mostra em existência de instrumentos de participação popular e reconhecimento a direitos indígenas, mas não quanto a aspectos concretos e centrais do processo político-econômico-social-cultural aos quais se vinculam.

Retornando à Constituição Política de Estado da Bolívia, tem-se que ela é a expressão de um processo com correlação de forças em que o bloco histórico camponês-indígena-popular recuperou a história das lutas das classes subalternas e dela produziu uma nova síntese.

Por isso, e recuperando a formação social neste artigo abordada, afirmamos que ela revela duas faces principais e interdependentes entre si: mostra-se anti-imperialista e nacionalista: riquezas naturais outrora saqueadas por multinacionais voltam-se à redistribuição de excedentes para a garantia de novo patamar de reprodução social das classes subalternas bolivianas; é plurinacional, não no sentido de reconhecer que a sociedade é multicultural, como o fizera a reforma constitucional de 1994, mas de atribuir ao Estado o caráter de plurinacional⁵¹, o que significa uma *indianização* do Estado. Classe e etnia entrelaçam-se no texto legal, como produto das lutas políticas concretas que desaguaram na nova CPE.

Schavelzon⁵², ressaltando que as mudanças constitucionais detinham uma força política “real”, de potencial transformador, considera que:

fue aprobada una Constitución ‘abierta’. La misma resulta del compromiso no totalmente madurado entre visiones diferentes, derivando en una resolución compuesta por distintas posibilidades y tensiones

⁵⁰ PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988. p. 24.

⁵¹ GARCÍA-LINERA, Álvaro. *A potência plebeia: ação coletiva e identidades indígenas, operárias e populares na Bolívia*. São Paulo: Boitempo, 2010.

⁵² SCHAVELZON, Salvador Andrés. *El nacimiento del Estado plurinacional de Bolivia: versión para el debate de la democracia intercultural*. La Paz: CEJIS: Plural Editores, 2012. p. 9.

no resueltas en una única dirección. Se trata de artículos en los que no se define un avance ni se defienden de forma terminante las instituciones de la comunidad, pero que al mismo tiempo dan espacio para que desde un poder social o comunitario se construya autonomía o formas alternativas de democracia.

Já García-Linera⁵³ apresenta uma visão quanto ao Estado Plurinacional como “Estado em transição”:

en síntesis, podemos decir que la transición estatal se presenta como un flujo de marchas y contramarchas flexibles e interdependientes que afectan las estructuras de poder económico (como propiedad y control del excedente), la correlación de fuerzas políticas (como representación parlamentaria, fuerza de movilización social, liderazgo y hábito administrativo) y la correlación de fuerzas simbólicas (como ideas ordenadoras y reguladoras de la vida en común). La transición estatal estructural, o proceso constituyente, habla de la construcción de una nueva correlación de fuerzas o bloque dominante en el control de la toma de decisiones económicas-políticas del país; pero a la vez, de la persistencia y continuidad de antiguas prácticas y núcleos de poder interno que reproducen todavía partes del viejo Estado, buscando reconstituirlo desde adentro.

Reafirmamos, portanto, que a alteração na correlação de forças no interior da sociedade civil levou à construção de uma nova hegemonia e, conseqüentemente, a novas ideias-forças e lógica estatal, materializada no Estado Plurinacional da Bolívia. Sendo assim, novas mudanças poderão levar à sua derrocada ou, oxalá, ao seu aprofundamento de seu *Proceso de Cambio*.

5 Considerações finais

Cada uma das recentes experiências latino-americanas de processos constituintes expressa suas contradições, seus percalços e limites. No caso boliviano, concorrem, de maneira mediata, elementos de sua formação social específica, mas também, de forma imediata, aspectos particulares de sua quarta crise estatal e da composição de um bloco camponês-indígena-popular. A originalidade de sua Constituição Política de 2009 e do Estado Plurinacional reside, para além das disposições quanto à indianização do Estado, no projeto político autônomo das antigas classes subalternas de transformar o Estado desde uma revolução democrática em seu próprio interior. A alteração da correlação de forças no interior da sociedade levou à alteração da lógica estatal e consenso ao redor de novas ideias-força. A CPE de 2009 revela-se, assim, nacionalista, plurinacional e anti-imperialista. Ao passo que afirma a plurinacionalidade em suas mais diversas dimensões (idiomas, formas de autogoverno, territórios etc.), determina a nacionalização dos hidrocarbonetos, a direção estatal na economia.

Dessa maneira, a análise desse processo, com base em uma perspectiva histórica, retira qualquer possibilidade de ver o direito como sistema hermético, fechado em seus próprios pressupostos. Se, por um lado, o sistema jurídico possibilita a continuação da criação e circulação do valor, por outro, não se encontra o mesmo imune à correlação de forças entre as classes sociais. O deslocar todas as energias para ele é equivocado, como também o é desconsiderar tais conquistas para a estabilização de processos e início de novos ciclos.

Assim, nesse processo, não podemos criar ilusões com as formas jurídicas. São sobre os alicerces da linguagem jurídica que se propaga a narrativa de uma saída para as classes trabalhadoras e grupos subalternos, quando, em verdade, permanece a contradição capital-trabalho, apta, a qualquer momento, a desmontar os avanços jurídicos. É também de se notar que, ao mesmo tempo que o Direito está longe de ser uma quimera, ganha contornos animadores para o campo crítico com as experiências latinas. Não podemos deixar de celebrar suas transformações como produto do real, dura e violento enfrentamento entre possuidores e despossuídos. A CPE apresenta, pois, caráter dialético: de estabilização e institucionalização das ideias-força agora dominantes frente à reação do bloco imperial-burguês-colonial, mas também de provisoriedade. Caso aconteça nova alteração na correlação de forças, possivelmente todo o inédito arcabouço jurídico pode

⁵³ GARCÍA-LINERA, Álvaro. *Democracia-Estado-Nação*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2013. p. 105-106.

desmanchar-se no ar; caso o processo de transformação material se aprofunde, terá o constructo jurídico se tornado velho, ávido por novas mudanças promovidas por mulheres e homens em busca de seu porvir.

Referências

- ÁVILA-SANTAMARÍA, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador: el estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala, 2011.
- CUNHA FILHO, Clayton Mendonça. *A construção do horizonte plurinacional: liberalismo, indianismo e nacional-popular na formação do Estado boliviano*. 2015. 312 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.
- DALMAU, Rubén Martínez. As constituições do novo constitucionalismo latinoamericano funcionaram? *Revista Culturas Jurídicas*, v. 5, n. 12, set./dez. 2018.
- ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *O socialismo jurídico*. São Paulo: Boitempo, 2015.
- GARCÍA-LINERA, Álvaro. *A potência plebeia: ação coletiva e identidades indígenas, operárias e populares na Bolívia*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- GARCÍA-LINERA, Álvaro. *Democracia-Estado-Nação*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2013.
- GARCÍA-LINERA, Álvaro. Álvaro García Linera: um relato do Processo de Cambio e desafios da esquerda marxista latinoamericana. [Entrevista cedida a] Daniel Araújo Valença e Ilana Lemos de Paiva. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 4, n. 8, maio/ago. 2017.
- GARCÍA-LINERA, Álvaro. Indianismo e marxismo: o desencontro de duas razões revolucionárias. In: SADER, Emir (org.). *Cadernos de pensamento crítico latino-americano*. São Paulo: Expressão Popular: CLACSO, 2008. p. 59.
- GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago, 2009. (Série Políticas Sociales, 153)
- GONÇALVES, Rodrigo Santaella. Marxismo e indianismo na Bolívia: inovações teóricas no pensamento político do grupo La Comuna. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 35, Caxambu-MG, 2011. *Anais...* Caxambu: ANPOCS, 2011.
- GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. 6.
- GRAMSCI, Antonio. O renascimento. In: SADER, Emir (org.). *Gramsci: poder, política e partido*. São Paulo: Expressão Popular, 2005.
- LEONEL JÚNIOR, Gladstone. Do sujeito revolucionário europeu ao ator coletivo da hiperpotência latino-americana: para a construção de uma nova hegemonia político-jurídica na América Latina. In: CONGRESSO ALAS, 29, Santiago, 2013. *Anais...* Crisis y emergencias sociales en America Latina. Santiago: ALAS, 2013.
- MARIÁTEGUI, José Carlos. *Sete ensaios de interpretação da realidade peruana*. São Paulo: Expressão Popular: Clacso, 2010.
- MARX, Karl. *Crítica do Programa de Gota*. São Paulo: Boitempo, 2012.

- MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro I: o processo de produção do Capital. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Sagrada Família: ou, A crítica da Crítica crítica contra Bruno Bauer e consortes*. São Paulo: Boitempo, 2011.
- PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.
- PERRA, Livio. Naturaleza y constitución. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 1, 2017.
- PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. esp., 2015.
- RIVERA-SANTIVÁÑEZ, Jose Antonio. La evolución político-institucional en Bolivia entre 1975 a 2005. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, año 6, n. 8, p. 173-210, 2008.
- SCHAVELZON, Salvador Andrés. *El nacimiento del Estado plurinacional de Bolivia: versión para el debate de la democracia intercultural*. La Paz: CEJIS: Plural Editores, 2012.
- TAPIA, Luis. Consideraciones sobre el Estado plurinacional. In: GOSÁLVEZ, Gonzálo; DULON, Jorge (orgs). *Descolonización en Bolivia: cuatro ejes para comprender el cambio*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010.
- VICIANO-PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ-DALMAU, Rubén. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latino-americano. In: CONGRESO MUNDIAL DE CONSTITUCIONALISTAS. *Anais...* 2010.
- WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.
- ZAVALETA-MERCADO, René. *Obra completa: ensayos 1957-1974*. La Paz: Plural Editores, 2013. t. 1.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A plurinacionalidade na Bolívia e no Equador: superação dos estados coloniais

Plurinationality in Bolivia and Ecuador: autonomous states or new colonial states?

Adrielle Andrade Précoma

Helene Sivini Ferreira

Rogério Silva Portanova

** Advogada; Mestra em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), na área de concentração Direito Socioambiental e Sustentabilidade, na linha de pesquisa Estado, Sociedades e Meio Ambiente; Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional; Bacharela em Direito pela PUC/PR; Tecnóloga em Comunicação Empresarial e Institucional na Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Integra o Grupo de Pesquisa “Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica” e o Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS). Atualmente presta assessoria jurídica a redes compostas por movimentos sociais, organizações da sociedade civil, povos indígenas, povos e comunidades tradicionais e agricultor(e/a)s familiares através do Programa de Direitos, Política Indigenista e Informação à Sociedade da Operação Amazônia Nativa (OPAN). E-mail: adriprecoma@yahoo.com.br

*** Professora Adjunta do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), tendo realizado seu estágio de doutoramento em Sidney, Austrália; Mestre em Direito pela UFSC; Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB); Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco (UFSC) e do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica (PUCPR); Coordenadora Regional da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, atuando especialmente nos seguintes temas: gestão de riscos ambientais, regimes jurídicos de regulação de riscos, princípios da precaução e da prevenção, biossegurança e organismos geneticamente modificados, mudanças climáticas, normas constitucionais de proteção ambiental e Estado de Direito Ambiental. Autora e organizadora de vários artigos e livros, dentre os quais se destaca a indicação ao 53º Prêmio Jabuti (2011). E-mail: hsivini@yahoo.com.br

**** Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1983), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1988) e doutorado em Sociologie Et Anthropologie Du Politique - Université Paris 8 - Vincennes-Saint-Denis (1994). Atualmente é professor associado da Universidade Federal de Santa Catarina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Sociologia Jurídica, atuando principalmente nos seguintes temas: meio ambiente, direitos humanos, direito ambiental, direito e sustentabilidade. Coordenador da Gestão Ambiental da UFSC. E-mail: rogerio.portanova@ufsc.br

A plurinacionalidade na Bolívia e no Equador: superação dos estados coloniais*

Plurinationality in Bolivia and Ecuador: autonomous states or new colonial states?

Adriele Andrade Précoma**

Heline Sivini Ferreira***

Rogério Silva Portanova****

Resumo

Para introduzir a análise sobre os Estados Plurinacionais da Bolívia e do Equador como possibilidades de ruptura com a modernidade colonial, será apresentada a bibliografia crítica referente às origens do Estado-Nação, criado e difundido como modelo hegemônico, para uma compreensão das narrativas sobre a refundação dos Estados como Plurinacionais nos processos constituintes equatoriano (2008) e boliviano (2009). Avançando no exame das significativas conquistas declaradas nas Constituições desses países, como resultado, a pesquisa contribui para reflexões a respeito da plurinacionalidade como via para erigir Estados mais coerentes com as sociedades pluriétnicas latino-americanas, questionando, por fim, se desse processo resultam Estados que superam a situação colonial ou apenas decorrem reformas estruturais sem força suficiente para romper com as bases da colonialidade.

Palavras-chave: Modernidade; Estado-Nação; Estado Plurinacional; Equador; Bolívia.

Abstract

As an introduction to the analysis of the plurinational States of Bolivia and Ecuador as possible breaks from colonial modernity, a critical bibliography will be presented on the origins of the Nation-State, created and disseminated as a hegemonic model, for an understanding of narratives about refounding states as plurinational in the latest constitutional processes in Ecuador and Bolivia. Moving forward in examining the significant achievements declared in the Constitutions of these countries, the research contributes to reflections on plurinationality as a way of establishing genuinely autonomous Latin American states, finally questioning whether this process results in autonomous states or mere structural reforms without sufficient strength to break with the foundations of coloniality.

Keywords: Modernity; Nation-State; Plurinational State; Ecuador; Bolivia.

1 introdução

O Estado-Nação, concebido pela modernidade europeia, expandiu-se como modelo hegemônico de organização política, social e jurídica. Sob essa denominação, manifestou-se pela imposição de uma ordem unívoca e, portanto, alheia a qualquer forma de diversidade que pudesse contrariar os seus pressupostos homogeneizantes. Sua legitimação enquanto unidade monopolizadora do poder de comando, da organização social e da força da sanção veio sendo arquitetada cuidadosamente por juristas, filósofos e cientistas políticos ao longo dos tempos. A princípio foi planejado como forma de possibilitar a abertura dos mercados, que estavam em franco desenvolvimento na Europa e que iniciavam sua maior fase de expansão no século XVI. Nesse momento, foram rompidas as distâncias dos mares com as chamadas *grandes navegações* e levou-se a cabo a intitulada *conquista* — verdadeiramente, uma violenta *invasão* — do continente latino-americano pelos europeus.

Já nos processos de independência das colônias, o intuito de que os novos Estados se tornassem autônomos em relação às metrópoles estava eivado do propósito de liberar do controle e também dos impostos pelas metrópoles a exploração da natureza e dos povos nativos do continente, no interesse das elites de aferirem mais lucros com suas atividades exploratórias. Para tanto, as antigas colônias organizaram-se na forma de Estados-Nação, tentando suprimir a sociodiversidade existente para a formação de uma identidade nacional única, mas, resistentes, os povos originários da América Latina vêm conseguindo mover-se e criar contextos propícios para mudanças. Tomam em suas mãos os instrumentos hegemônicos de poder, revolvendo a história para transformá-los em instrumentos contra hegemônicos: o Estado é refundado para considerar a diversidade de povos e culturas que inquestionavelmente o compõem, de fato, ainda que de direito tenham permanecido historicamente invisibilizados.

Assim se inicia a refundação do modelo Estado em processos baseados no reconhecimento e na inclusão da sociodiversidade, afastando-se da falsa premissa de uma nação com um só povo. O plurinacionalismo, atualmente contemplado pelas Constituições da Bolívia e do Equador, dá azo a um processo de reorganização política, social e jurídica, refundando Estados que têm sido vistos como experimentais, ou como uma transição ao romperem com a mentalidade dos Estados-Nação e abrirem uma fenda para acessar caminhos de libertação dos povos da América Latina.

Nesta pesquisa, em que se propõe apresentar as análises que avaliam os Estados Plurinacionais da Bolívia e do Equador como possibilidades de ruptura com a modernidade colonial, parte-se, seguindo o método de abordagem dedutivo, do estudo da bibliografia crítica referente às origens do Estado-Nação formatado na modernidade europeia e sua expansão mundial, para então compreender as narrativas sobre os processos de refundação do Estado na América Latina com a plurinacionalidade reconhecida nos processos constituintes mais recentes do Equador (2008) e da Bolívia (2009), e, por fim, verificar com o consignado nas Constituições dos respectivos países.

Sem pretensão de um veredicto, o intuito desta pesquisa é contribuir para embasar reflexões acerca da capacidade desses Estados Plurinacionais de romperem com a modernidade colonial. Para isso se entendeu necessário iniciar com uma sucinta apresentação sobre os processos de formação do Estado-Nação na América Latina, evidenciando como se tentou formatar uma identidade nacional única, indiferente e supressora das identidades próprias dos povos e nações originárias. Estabelecido esse alicerce, pôde-se avançar para a doutrina referente à refundação do Estado na Bolívia e no Equador, impulsionada, principalmente, por processos de descolonização e busca por maior autonomia dos povos e nações originárias. Por fim, com a apresentação de um breve exame de como está consignada a plurinacionalidade nas Constituições da Bolívia e do Equador, como resultado, este artigo colabora para fundamentar bases teóricas para a continuidade de análises sobre a concretização dos preceitos constitucionais nos países em estudo, proporcionando acesso a elementos para compreensão e exame de questões históricas, políticas e jurídicas na América Latina, além de fornecer subsídios para o debate acerca dos caminhos para a descolonização que ainda se impõe sobre as sociedades latino-americanas.

2 O Estado-Nação na América Latina: a tentativa de forjar uma identidade nacional homogênea

O continente latino-americano não é imenso apenas em biodiversidade, mas também em sociodiversidade — aliás, essas diversidades são indissociáveis, como preconiza o socioambientalismo, ao apontar para uma necessária síntese socioambiental na interação entre a proteção a esses dois campos de diversidades, compreendidas como valores integrados em uma unidade conceitual, que deve ser incluída na esfera de proteção normativa, tal como visto no esforço da constituição brasileira¹, e também na boliviana e equatoriana.

Como sociodiversidade refere-se à diversidade de culturas, à diversidade social, como explica Marés². Vale ressaltar também o apontamento de Ariza Santamaría³ de que, em novembro de 2001, elaborou-se uma Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural em resposta aos desafios da mundialização em matéria cultural. Essa declaração considerou que a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para os organismos vivos.

A sociodiversidade nutre os países do continente latino-americano com uma imensa riqueza cultural, como aponta Lacerda⁴:

[...] o que essa diversidade revela é a existência de complexos conjuntos de saberes e de práticas, de visões de mundo e de modos de vida, de variados modelos e formas de relações sociais, políticas e jurídicas, diversos entre si e oriundos de matrizes originárias, não eurocêtricas. Uma diversidade que traz para os Estados latino-americanos exigências e desafios profundos e de múltiplas dimensões.

Tal condição de megadiversidade do continente, que engloba uma imensa diversidade social e da biodiversidade, foi amplamente descrita desde os colonizadores que aqui chegaram no século XVI⁵. No intuito de explorar e colonizar o chamado *Mundo Novo*, tamanhas diversidades foram sendo devassadas pela destruição, pela extração, pela expulsão ou pela substituição de culturas da natureza e humanas.

A colonização ocorreu com vistas a explorar e a transformar o dito *Mundo Novo* em uma nova Europa, ou seja, com o propósito de estender, o quanto fosse possível, os modelos culturais da velha Europa para o novo continente, de maneira a facilitar sua dominação. Portanto, desde a colonização, o processo desfigurador a que foram submetidas as terras latino-americanas e seus povos ocorreu no sentido primeiro de exploração e, segundo, de uniformização dentro do modelo europeu de identidade nacional. Para os indígenas, esse processo foi de extrema crueldade e repleto de imposições — foram vitimados por um verdadeiro etnocídio, explicado por Mahn-Lot⁶ como a destruição de etnias por um alinhamento autoritário a partir do modo europeu de vida e cristandade colocado como superior e, logo, como modelo ao qual deveriam ser integrados os autóctones.

O projeto de trazer o modo de vida e as instituições da metrópole para o outro lado do Atlântico foi se realizando mediante a transposição de culturas de alimentos, imposição de uso de vestimentas, da língua, de

¹ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB) e Instituto Socioambiental (ISA), 2005, p. 60.

² MARÉS, Carlos Frederico. *Bens Culturais e sua Proteção Jurídica*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 33.

³ ARIZA SANTAMARÍA, Rosebert. *Descolonização Jurídica nos Andes*. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Orgs.). *Constitucionalismo, descolonização e pluralismo jurídico na América Latina*. Aguascalientes / Florianópolis: Centro de Estudos Jurídicos y Sociales Mispal, NEPE/ UFSC - Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias da Universidade Federal de Santa Catarina, 2015, p. 5.

⁴ LACERDA, Rosane Freire. *“Volveré, y Seré Millones”: Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação*. 2014. 570 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 90.

⁵ Para mais informações a respeito de como os espanhóis exploraram profundamente em suas narrativas a diversidade da natureza e das civilizações pré-colombianas, vide MAHN-LOT, Marianne. *A Conquista da América Espanhola*. Campinas: Papirus, 1990, p. 136.

⁶ MAHN-LOT, Marianne. *A Conquista da América Espanhola*. Campinas: Papirus, 1990, p. 131.

costumes, da religião⁷. Os conquistadores narravam aqueles tempos como “séculos de fecunda colonização: auras civilizadoras”, de crescimento espiritual⁸, ou seja, colocavam-se como detentores de uma cultura tão superior a ponto de dever ser sobreposta às demais. Nesses fatos vê-se que, desde o primeiro momento de encontro com os povos daqui, o ânimo dos colonizadores não era de consideração da cultura autóctone, ao contrário, era voltado à imposição da cultura europeia, numa versão centralizada na Europa de uma forte postura etnocêntrica, pelo que se pode dizer tratar-se de uma postura *eurocêntrica*.

O etnocentrismo revela-se numa atitude que consiste em supervalorizar a própria cultura e considerar as demais como inferiores, selvagens, bárbaras, atrasadas⁹. Como explica Roque Laraia¹⁰, o etnocentrismo trata-se da propensão de ver o mundo através de sua cultura e considerar o seu modo de vida como o mais correto; uma crença de que a própria sociedade seja o centro da humanidade ou mesmo sua única expressão, considerando até mesmo ‘desumanas’ as sociedades que se diferenciam dessa que se coloca como central, como modelo.

Com essa perspectiva, os povos originários foram afastados, explorados e, muitos, dizimados, porque dados como selvagens e atrasados em comparação com a civilização europeia, sem que houvesse consideração da rica variedade de suas culturas e de seus saberes. Essa visão eurocêntrica, aliás, bem servia à legitimação do domínio, inclusive o violento, na medida em que se fizesse necessária para garantir a sobreposição cultural sobre os povos da América e de suas terras, tal como justificava o jurista Sepulveda, no debate público em 1550, na Espanha, ao qual se opunha diametralmente o frei dominicano Bartolomé Las Casas, em defesa de direitos dos indígenas¹¹.

Mesmo com a sempre viva resistência dos povos frente a essas incursões — história, aliás, pouco contada —, na estruturação das nações latino-americanas adotou-se o modelo das metrópoles ibéricas, transplantado às novas terras, como aponta Wolkmer¹² nos seguintes termos:

Para se iniciar o exame da tradição jurídica latino-americana, importa assinalar, primeiramente, que Espanha e Portugal edificaram os primeiros grandes impérios europeus no Atlântico, transmitindo, com o processo de colonização, formas decisivas de organização socioeconômicas, político-jurídicas, culturais e institucionais, nas suas possessões coloniais de centro e do sul da América.

Dessa maneira, os processos de formação dos Estados durante as batalhas de independências na América Latina, a despeito de que pudessem ter sido oportunidade de libertação dos povos destas terras, trataram-se de lutas pela implantação de Estados que serviriam às elites latino-americanas em desenvolvimento, formadas pelos descendentes dos europeus colonizadores. Embora às vezes o nome do povo tenha sido invocado durante essas lutas de independência, preponderaram os interesses econômicos elitistas: interessava às elites ganhar maior independência frente às metrópoles, a fim de se liberarem do forte controle das atividades e deixar de pagar os impostos cada vez mais elevados, para, então, aumentarem seus próprios lucros¹³.

Com as independências, quis-se organizar os países da América Latina no formato de Estado-Nação, dentro do modelo concebido pela Modernidade europeia, adotando estruturas jurídicas também importadas. Os novos Estados, logo, não iriam se constituir com base em identidades preexistentes nas terras

⁷ MAHN-LOT, Marianne. *A Conquista da América Espanhola*. Campinas: Papirus, 1990, p. 134-136.

⁸ PERICOT Y GARCÍA, Luis. América Indígena. Tomo 1: El hombre americano – los pueblos de America. In: BERETTA, Antonio Ballesteros (org.). *Historia de América y de los pueblos americanos*. Barcelona: Salvat Editores, 1936.

⁹ ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. *Manual de antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. -16-17.

¹⁰ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.

¹¹ LAPLANTINE, François. *Aprender Antropologia*. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 26-27.

¹² WOLKMER, Antonio Carlos. Repensando a questão da historicidade do Estado e do Direito na América Latina. In: VIEIRA, Reginaldo de Souza; WOLKMER, Antonio Carlos (Orgs.). *Estado, Política e Direito – Relações de poder e políticas públicas*. Criciúma/SC: UNESC, 2008, p. 15.

¹³ Acerca dos motivos econômicos que levaram à formação dos Estados Nacionais na América Latina, ver: FURTADO, Celso. *A Economia Latino-Americana: formação histórica e problemas contemporâneos*. 2 ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1978; e LYNCH, John. As origens da Independência da América Espanhola. In: BETHELL, Leslie (Org.). *História da América Latina*. 1 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 19-73.

latino-americanas¹⁴, mas sim com a sobreposição de um modelo hegemônico alienígena. Isso se refletiu na permanência da situação de opressão, consequência da ineficácia dos sistemas econômico, político e jurídico baseados em modelos estrangeiros, descontextualizados da condição material e cultural do ser e pensar latino-americano¹⁵.

Assim, nas terras latino-americanas, os Estados Nacionais foram criados para definir grupos sociais e legitimar o espaço para negociações entre as oligarquias rurais e burguesias estrangeiras. Nesse contexto, nasce um Estado que, internamente, se afirma como politicamente soberano, mas que permanece economicamente dependente de relações internacionais¹⁶; relação dispar até hoje não equalizada, o que se traduz na manutenção de uma situação colonial nos países latino-americanos.

Isso pode ser compreendido pelo que explica Quijano¹⁷, ao mencionar como a construção do Estado-Nação foi trabalhada contra a maioria da população, formada pelos índios, negros e mestiços, de modo que a colonialidade continua a exercer seu domínio na maior parte da América Latina. Também a esse respeito, explica Magalhães¹⁸ que o fator comum da formação dos Estados Nacionais na América Latina a partir das lutas de independência do século XIX é o fato de esses Estados terem sido construídos para uma parcela minoritária da população, formada por homens brancos e descendentes de europeus. Isso porque não interessava às elites que os não brancos se sentissem integrantes do Estado, mesmo que fossem a maioria. Magalhães aponta a diferença desse processo com o ocorrido na Europa, “onde foram construídos Estados nacionais para todos que se enquadrassem ao comportamento religioso imposto pelo poder dos Estados, após a expulsão dos considerados mais diferentes”. Na América “não se esperava que os indígenas e negros se comportassem como iguais, era melhor que permanecessem à margem, ou mesmo, no caso dos povos originários (chamados de “Índios” pelo invasor europeu), que não existissem: milhões foram mortos”.

Nessa historicidade caracterizada como uma “trajetória construída pela dominação interna e pela submissão externa”, nas didáticas palavras de Wolkmer¹⁹, o processo de descolonização permanece sendo a luta dos povos latino-americanos. E, como frente nessa luta, um movimento por um constitucionalismo democrático irrompeu propostas de refundação do Estado para que não mais relegue a sociodiversidade intrínseca do continente latino-americano, que é sua grande riqueza, juntamente com a biodiversidade.

3 Refundação plurinacional do Estado: visibilizando a sociodiversidade face à ficção de homogeneidade

Diante da tentativa de se forjar uma identidade nacional nos Estados da América Latina, os povos resistem e persistem em existir diversos como são, mais ou menos afastados dessa organização social estatal que se pautou numa falsa uniformização. Alguns desses povos, retirados de seus territórios, vivem em contato com a sociedade nacional; outros vivem isolados, total ou parcialmente, da sociedade hegemônica.

¹⁴ POMER, Leon. *As Independências na América Latina*. 12 ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1995, p. 15.

¹⁵ ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcanti de. Subjetividade do Outro, Processos de Libertação e Construção de Direitos no Contexto Latino-Americano. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 211-228, p. 216.

¹⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Repensando a questão da historicidade do Estado e do Direito na América Latina. In: VIEIRA, Reginaldo de Souza; WOLKMER, Antonio Carlos (Orgs.). *Estado, Política e Direito – Relações de poder e políticas públicas*. Criciúma/SC: UNESC, 2008, p. 12-13.

¹⁷ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, Edgardo (compilador). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales – perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2011, p. 236-237.

¹⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado Plurinacional e Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 24-25.

¹⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. Repensando a questão da historicidade do Estado e do Direito na América Latina. In: VIEIRA, Reginaldo de Souza; WOLKMER, Antonio Carlos (Orgs.). *Estado, Política e Direito – Relações de poder e políticas públicas*. Criciúma/SC: UNESC, 2008, p. 11.

Esses povos não querem formar Estados independentes. Alguns querem somente viver sem incômodo em seus territórios, enquanto outros se veem impelidos a lutar por uma maior participação no Estado, quando entendem essa como uma forma de fazer frente às opressões. Para tanto, há povos que pleiteiam a revisão de alguns conceitos do Estado na tentativa de poderem se determinar livremente²⁰, tal como se verá nas lutas articuladas entre os povos e nações originárias na Bolívia e no Equador para o reconhecimento desses países como Estados Plurinacionais.

Mesmo que os Estados Nacionais na América Latina tenham ensejado, como visto, a opressão e até o extermínio dos povos, é necessário avaliar a necessidade de manutenção do aparato estatal, uma vez que uma sociedade totalmente descentralizada poderia ficar ainda mais à mercê do capital, como considerou Marés²¹, apontando que, enquanto não se apresente uma revolução social apta a encaminhar para a fraternidade universal:

[...] a luta dos povos indígenas há de ser pela manutenção de um Estado tão débil que não os impeça de realizar plenamente sua cultura, religião e direito, mas tão forte que possa reprimir a todos aqueles que violenta ou sutilmente tentam impedi-los de realizar plenamente sua cultura, sua religião e seu direito.

Nas palavras de Sarango Macas²², mostra-se o “Estado cada vez mais carente de fundamento ante o grito dos povos indígenas que o põem de cara com seu pecado original de ter sido constituído de maneira unilateral e, em essência, por ser uninacional”. Assinala Vadillo²³ que a Bolívia, mesmo sendo um país de maioria indígena, tem em sua história constitucional a marca de que nenhuma conquista dos indígenas aconteceu por iniciativa do Estado, mas somente mediante lutas dos movimentos sociais — o que é recorrente nos demais países da América Latina. Vadillo aponta, ainda, que a luta dos povos indígenas contra o Estado não ocorre por serem os povos anarquistas ou revolucionários, mas por insuficiência do Estado diante da pluralidade de culturas.

Além dessa insuficiência, há de se frisar, como o faz Santos²⁴, que os indígenas foram, muitas vezes, vítimas do Estado e de agentes privados. Daí que Sarango Macas²⁵ expõe como pleito dos povos indígenas a abertura de um espaço jurídico dentro do qual possam ser fortalecidos e reconhecidos.

Dantas interpreta, olhando para essa linha de demandas dos povos indígenas, que o Estado Plurinacional seria uma maneira de reconhecimento de nações diferenciadas sem desintegrar a unidade nacional²⁶. Ou seja, o Estado reconhecido como Plurinacional aparece como uma tentativa de suplantar a artificialidade do Estado como um bloco homogêneo identificado como se formado por uma só nação.

Importa citar a elucidação certa de Marés²⁷ desse contexto, ressaltando os usos do Estado e do Direito nos processos colonizatórios americanos: ao se constatar que, na constituição dos Estados Nacionais nas Américas, havia uma cultura política de exclusão das populações locais indígenas e negras, que resistiram

²⁰ MARÉS, Carlos Frederico. Los índios e sus derechos invisibles. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). *Derecho Indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista; Asociación Mexicana para las naciones unidas, 1997, p. 178.

²¹ MARÉS, Carlos Frederico. Los índios e sus derechos invisibles. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). *Derecho Indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista; Asociación Mexicana para las naciones unidas, 1997, p. 180.

²² SARANGO MACAS, Luis Fernando. El movimiento indígena frente a los Estados nacionales. El caso de Ecuador. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). *Derecho Indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista; Asociación Mexicana para las naciones unidas, 1997, p. 312.

²³ VADILLO, Alcides. Constitución Política del Estado y pueblos indígenas: Bolívia, país de mayoría indígena. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). *Derecho Indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista; Asociación Mexicana para las naciones unidas, 1997, p. 331.

²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010, p. 120.

²⁵ SARANGO MACAS, Luis Fernando. El movimiento indígena frente a los Estados nacionales. El caso de Ecuador. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). *Derecho Indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista; Asociación Mexicana para las naciones unidas, 1997, p. 453.

²⁶ DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Humanismo Latino: o Estado brasileiro e a questão indígena. In: MEZZARROBA, Orides. *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteaux; Fondazione Cassamarca, 2003, p. 505.

²⁷ MARÉS, Carlos Frederico. *Bens Culturais e sua Proteção Jurídica*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 107.

para continuar a viver em comunidades, verifica-se que a igualdade jurídica arquitetada pelo Direito e utilizada como fundamento do Estado Moderno foi uma abstração do diferente para possibilitar sua exclusão. Sob essa ficção, e em conformidade com o Direito e o Estado, os indígenas e demais povos permaneceriam marginalizados ou então poderiam ser integrados como membros da comunidade nacional — cada um, individualmente, como cidadão. Nesse processo de integração, a sociodiversidade foi ignorada, porque não se podiam tolerar formas outras de vida comunitária, ou seja, outras maneiras de organização social, outras coletividades, dentro do projeto de Estado-Nação, que somente admitia indivíduos integrados a um corpo coletivo único e homogêneo, enquanto cidadãos de um mesmo país.

O Estado-Nação de radical homogeneizador negava a sociodiversidade para manter uma unidade ficcional vista como necessária à garantia de imposição hegemônica dos interesses das oligarquias. Justamente isso está sendo revisto no processo de refundação dos Estados como Plurinacionais, superando a noção de necessidade de uma homogeneização fictícia da sociedade para se garantir uma unidade nacional. Como aponta Dantas²⁸, “o reconhecimento da sociodiversidade não afeta o princípio da unidade política nacional, porque não interfere na unidade funcional do Estado”, sendo premente a guinada pelo ponto de vista da sociodiversidade:

Nos dias atuais, o reconhecimento das diferenças étnicas se impõe, dada a complexidade da formação étnico-social dos Estados, que reclama espaços instituintes de direitos em favor da vida, no sentido de superar os paradigmas absolutos da modernidade no que se refere à noção de pessoa e de identidades, reduzidas nos conceitos homogêneos de cidadania e nacionalidade²⁹.

Também Marés³⁰ trouxe à discussão a consideração de que o pleito da plurinacionalidade não tende a desfazer a unidade dos Estados, pelo contrário, tende a tornar essa unidade mais forte, uma vez que os Estados-Nação artificiais, com constituições unilaterais, sempre mantêm o risco de separação e desconstituição do Estado. O professor ressaltou que a crítica ao Estado não seria no sentido de desprezá-lo como querem os neoliberais, mas de torná-lo mais forte mediante o empoderamento dos povos, sendo essa uma forma de resistência face aos avanços constantes das multinacionais³¹. Dessa forma, haveria a reconstrução de um Estado forte para fazer frente a esses avanços externos, e, ao mesmo tempo, um Estado não opressor dos povos que o compõem internamente.

Para Santos³², a plurinacionalidade marca o fim da homogeneidade institucional do Estado fundamentado no Estado-Nação, uma construção hegemônica e arbitraria da homogeneização da sociedade civil e do território nacional, finalmente desconstruído pelo Estado Plurinacional³³. Assim, em sua interpretação, os Estados Plurinacionais que vem surgindo podem estar aproximando a América Latina de um formato de Estado mais autêntico, mais próximo à realidade ao se reconhecer como plurinacional, no sentido de viabilizar a livre determinação dos povos indígenas.

Por tudo isso, como expressa Magalhães³⁴, os Estados Plurinacionais apresentam elementos de ruptura com as bases uniformizadoras e intolerantes do Estado-Nação, nos moldes implantados na América Latina, pelas quais os grupos sociais deveriam se conformar a valores únicos. Origina-se a proposta de outra ordem

²⁸ DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Humanismo Latino: o Estado brasileiro e a questão indígena. In: MEZZARROBA, Orides. *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteaux; Fondazione Cassamarca, 2003, p. 506-508.

²⁹ DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Humanismo Latino: o Estado brasileiro e a questão indígena. In: MEZZARROBA, Orides. *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteaux; Fondazione Cassamarca, 2003, p. 502.

³⁰ MARÉS, Carlos Frederico. Los indios e sus derechos invisibles. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). *Derecho Indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista; Asociación Mexicana para las naciones unidas, 1997, p. 329.

³¹ MARÉS, Carlos Frederico. Los indios e sus derechos invisibles. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). *Derecho Indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista; Asociación Mexicana para las naciones unidas, 1997, p. 457-458.

³² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010, p. 81.

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010, p. 84 e 93

³⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado Plurinacional e Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 29-32.

social, econômica e política multiparadigmática, em que o formato europeu não mais tem espaço para ser universal, como se pretendia ser — modelo para todas as civilizações. Nessa perspectiva, surgem propostas de refundação do Estado, a serem verdadeiramente legitimadas pela soberania popular, tendo como exemplo atual a forte marca do protagonismo popular nos processos constituintes e na manutenção do poder de reforma no Equador e na Bolívia, como cita Santos³⁵.

Mesmo que em países latino-americanos, incluindo-se o Equador e a Bolívia, constate-se uma realidade de continuidade colonial, frente a isso, “nas últimas décadas têm aparecido em distintas partes da América Latina diversas expressões de ruptura, de luta contra as injustiças socioambientais (e culturais)”³⁶, tendo as mobilizações indígenas enorme peso nessas rupturas, somando forças com demais movimentos como os camponeses, sindicais, ecologistas etc. Nesse contexto, são expoentes os últimos processos constituintes do Equador e da Bolívia,

[...] que não poderiam ser compreendidos sem se atentar ao modo como distintos movimentos sociais rurais e urbanos; sindicais e comunitários; de bairros e distritos; de mulheres urbanas e de mulheres camponesas e indígenas; ecologistas etc. conseguiram se erguer [...]. Em suma, os processos constituintes equatoriano e boliviano devem ser entendidos como movimentos que buscam romper a mencionada linha de continuidade colonialista, constituindo, portanto, propostas descolonizadoras³⁷.

Assinalam Fagundes e Wolkmer³⁸ que repensar o Estado mostra-se como parte inafastável do projeto de descolonizatório:

[...] pode-se notar que os movimentos de refundação do Estado latino-americano surgem da exigência histórica por espaço democrático, congregam interesses a partir do abandono da posição de sujeitos passivos na relação social com poderes instituídos. A constatação da pluralidade de nações permite exibir uma resposta à indagação acima. Pode-se converter o modelo colonial de nação em instância emancipatória, quando houver o rompimento com os laços e as práticas exclusivistas das concepções liberal-individualista que mantinham as mesmas nações no “cabresto” político-jurídico monista.

O Estado Plurinacional, portanto, tem sido colocado como alternativa alçada pelos movimentos sociais da Bolívia e do Equador para projetar uma estatalidade própria, superando o Estado-Nação descabido para as realidades de imensa sociodiversidade latinoamericana. Santos³⁹ apoia essa alternativa frisando que necessitamos inventar a democracia em sentido intercultural e o Estado em sentido plurinacional, pois o Estado liberal moderno não voltará, por sua crise ser irreversível; e aquele velho modelo de Estado-Nação, uno, indivisível, absolutamente soberano, passa por crises multifacetadas⁴⁰ que expõem os seus limites dentro do modelo proposto pela Modernidade europeia.

4 Ponderações sobre a plurinacionalidade nas Constituições da Bolívia e do Equador

Os Estados Plurinacionais no Equador e na Bolívia vêm sendo destacados como pioneiros no aprofundamento de uma democracia emancipatória dos povos autóctones historicamente relegados à margem da

³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010, p. 111.

³⁶ WILHELMI, Marco Aparicio. Rumo a uma justiça social, cultural e ecológica: o desafio do Bem Viver nas Constituições do Equador e da Bolívia. In: *Meritum*, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, jan./jun. 2013, p. 319.

³⁷ WILHELMI, Marco Aparicio. Rumo a uma justiça social, cultural e ecológica: o desafio do Bem Viver nas Constituições do Equador e da Bolívia. In: *Meritum*, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, jan./jun. 2013, p. 322-324.

³⁸ FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar (UNIFOR)*, v. 16, p. 371-408, 2011, p. 395.

³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*. Buenos Aires: Clacso, 2007, p. 45.

⁴⁰ Acerca das crises do Estado, ver também MAGALHÃES et al., 2015; e NOVAES (Org.), 2003.

organização social formatada no modelo de Estado moderno⁴¹, considerados por estar no atual, mas sempre dinâmico, ápice de experiências no continente latino-americano de formas aprofundadas de democracia com a capacidade de conferir autonomia e autogoverno aos diferentes povos conviventes em um mesmo Estado, sem que essa convivência suprima as identidades culturais específicas, como vinha ocorrendo no modelo de Estado-Nação que se pretendeu aqui implantar, de cunho monista, centralizador e homogeneizante.

Yrigoyen Fajardo⁴² ressalta que, nos mais recentes processos constituintes do Equador e da Bolívia, os povos indígenas demandaram ser reconhecidos não somente como uma cultura diversa, mas como nações originárias, ou nacionalidades, isto é, como sujeitos políticos coletivos com direito a participar nos novos pactos de Estado, que se configuram assim como Estados Plurinacionais. Acerca desses Estados, Magalhães⁴³ reflete que, mediante o uso do poder constituinte democrático, funda-se um Estado “capaz de superar a brutalidade dos estados nacionais nas Américas: o Estado plurinacional, democrático e popular”.

A proposta de refundação do Estado nas novas Constituições boliviana e equatoriana, visando à inclusão de nações originárias indígenas como sujeitos com direito à autodeterminação, até mesmo com a institucionalização da jurisdição indígena, é marco de um projeto descolonizador em curso, como ressalta Yrigoyen Fajardo⁴⁴. Para Wolkmer⁴⁵, as vanguardistas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) inauguram o que ele chama de “constitucionalismo plurinacional comunitário”, identificado com um paradigma não universal e único de Estado de Direito, mas coexistente com outras sociedades interculturais — como as indígenas, comunais, urbanas, e camponesas — e com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional em que convivem instâncias legais diversas em, ao menos supostamente⁴⁶, igual hierarquia.

Explica Mesquita⁴⁷ que o uso do termo ‘nacionalidade’ foi reivindicado pelo movimento indígena do Equador como estratégia política coletiva para se autodefinir com autonomia organizativa e social própria, no processo de reconstituição da identidade indígena pela afirmação de que “os povos indígenas se consolidam como nacionalidades através de seu processo histórico”.

Torres Galarza⁴⁸ retoma como o Estado equatoriano formou-se nos moldes do Estado-Nação, ignorando a realidade social pluricultural e multiétnica. Estuda o histórico das Constituições do país, que, inicialmente, não especificavam os indígenas como sujeitos de direito, e que, posteriormente, passaram a primar pela integração dos indígenas à sociedade do Estado. Em face disso, tem-se a elaboração do projeto político da *Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador* (CONAIE)⁴⁹ com a proposta da plurinacionalidade. Essa proposta, inicialmente apresentada pela CONAIE como projeto de lei junto ao Congresso Nacional, em 19 de outubro de 1994⁵⁰, expressa a busca pelo reconhecimento da autodeterminação das nacionalidades

⁴¹ FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar (UNIFOR)*, v. 16, p. 371-408, 2011.

⁴² YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado em América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010, p. 13.

⁴³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado Plurinacional e Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 25.

⁴⁴ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado em América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010, p. 13.

⁴⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, 2010. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, p. 151-154.

⁴⁶ Aqui se atinge uma autonomia indígena relacionada à administração da Justiça, com a ressalva de que não pode ser contrária às constituições dos Estados e normas internacionais de direitos humanos, pelo que se pode dizer ainda haver uma hierarquização.

⁴⁷ MESQUITA, Mariana Guanabara. Desconstruindo o Estado-Nação: redefinição de identidades e Estado Plurinacional no Equador. In: *III Seminário Internacional violência e conflitos sociais: ilegalismos e lugares morais*. Universidade Federal do Ceará, 2011, p. 8-10.

⁴⁸ TORRES GALARZA, Ramón. Regimen Constitucional y derechos de los pueblos indígenas. In: GALARZA, Ramón Torres (Compilador). *Derechos de los Pueblos Indígenas: Situación Jurídica y Políticas de Estado*. Quito: CONAIE (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador), CEPLAES (Centro de Planificación y Estudios Sociales) e Abya-Yala, (s/d), p. 45 e 82.

⁴⁹ SARANGO MACAS, Luis Fernando. El movimiento indígena frente a los Estados nacionales. El caso de Ecuador. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). *Derecho Indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista; Asociación Mexicana para las naciones unidas, 1997, p. 311.

⁵⁰ TORRES GALARZA, Ramón. Regimen Constitucional y derechos de los pueblos indígenas. In: GALARZA, Ramón Torres (Compilador). *Derechos de los Pueblos Indígenas: Situación Jurídica y Políticas de Estado*. Quito: CONAIE (Confederación de Nacionalidades

indígenas. O termo ‘nacionalidades’, pontua, foi escolhido para ir além de termos como campesinos e etnias. Isso porque o termo ‘campesinos’, pelo qual se designavam genericamente os povos indígenas no Equador, tinha conteúdo econômico, e o termo ‘etnias’ era ligado ao caráter cultural. Com o termo ‘nacionalidades’ ou ‘nação originária’, além do aspecto econômico e cultural, procura-se compreender também o exercício do poder político, ou seja, o direito à autodeterminação⁵¹.

Explica Sarango Macas⁵² que, no Equador, país com 12 nacionalidades indígenas que representam 35% do total da população do país, a criação da CONAIE, em 1986, foi essencial para a autonomia do movimento indígena e o rompimento de intervenções de ‘protetores de índios’, além de ter sido relevante para a recuperação da identidade como indígenas e não mais pela denominação de campesinos, garantindo um projeto político próprio baseado na cosmovisão e filosofia indígena.

Um marco no avanço no sentido de construção do Estado Plurinacional, a Constituição da República do Equador de 2008 faz menções expressas ao conceito de plurinacionalidade em quatro passagens: além de no artigo 1º, nos artigos 6º, 257 e 380. Como frisa Maldonado Bravo⁵³, essas menções expressas são poucas, considerando-se a enorme discrepância com o texto proposto pela CONAIE no processo constituinte, em que o conceito estava expresso transversalmente ao longo de toda a Constituição, totalizando mais de 100 aparições.

Dentre as menções expressas na Constituição, o artigo inaugural define o Equador como um Estado “constitucional de direitos e justiça, social, democrático, soberano, independente, unitário, intercultural, plurinacional e laico”. Há a definição da nacionalidade equatoriana como o vínculo jurídico das pessoas com o Estado, sem prejuízo de sua pertença a alguma das nacionalidades indígenas coexistentes no Equador Plurinacional (artigo 6º). No artigo 257, define que, nas circunscrições territoriais indígenas e afroequatorianas, poderão ser exercidas competências de governo territorial autônomo, sendo regidos pelos princípios da interculturalidade, plurinacionalidade e de acordo com os direitos coletivos. Além disso, pelo artigo 380.1, o Estado fica com a responsabilidade de velar pela identificação, proteção, defesa, conservação, restauração, difusão e acréscimo do patrimônio cultural que configura a identidade plurinacional, pluricultural e multiétnica do Equador⁵⁴.

Alberto Acosta e Esperanza Martinez⁵⁵, contudo, defendem que a Constituição da República do Equador de 2008, embora não mencione a plurinacionalidade em outros artigos de forma literal e expressa, contém outros dispositivos que estão relacionados com a plurinacionalidade. Como exemplos, citam que, no artigo 10º, as comunidades, nacionalidades e coletividades aparecem como titulares de direitos ao lado das pessoas e da natureza. No artigo 56, está consignado que as comunidades, povos e nacionalidades indígenas, o povo afroequatoriano, o povo montubio e as comunas formam parte do Estado equatoriano, único e indivisível. No artigo 57, são elencados direitos coletivos reconhecidos e garantidos às comunas, comunidades, povos e nacionalidades indígenas, dentre os quais estão direitos territoriais; participação no uso, usufruto, administração e conservação dos recursos naturais; direito à consulta prévia, livre e informada; direito a prá-

Indígenas del Ecuador), CEPLAES (Centro de Planificación y Estudios Sociales) e Abya-Yala, (s/d), p. 54.

⁵¹ TORRES GALARZA, Ramón. Regimen Constitucional y derechos de los pueblos indígenas. In: GALARZA, Ramón Torres (Compilador). *Derechos de los Pueblos Indígenas: Situación Jurídica y Políticas de Estado*. Quito: CONAIE (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador), CEPLAES (Centro de Planificación y Estudios Sociales) e Abya-Yala, (s/d), p. 82.

⁵² SARANGO MACAS, Luis Fernando. El movimiento indígena frente a los Estados nacionales. El caso de Ecuador. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). *Derecho Indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista; Asociación Mexicana para las naciones unidas, 1997, p. 311.

⁵³ MALDONADO BRAVO, Efendy Emiliano. *Histórias da insurgência indígena e campesina: o processo constituinte equatoriano desde o pensamento crítico latino-americano*. 2015. 303 f. Dissertação (Mestrado em Teoria, Filosofia e História do Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 271-273.

⁵⁴ ECUADOR. *Constitucion de la Republica del Ecuador*. 2008. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf>. Acesso em 08 abr. 2019.

⁵⁵ ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza (Compiladores). *Plurinacionalidad: democracia en la diversidad*. Quito: Abya-Yala, 2009, p. 194.

ticas próprias de manejo da biodiversidade; às formas próprias de convivência e organização social; direito próprio (a garantia da Justiça Indígena consta no artigo 171, sendo aplicado o direito próprio, desde que não sejam contrários à Constituição e aos direitos humanos); direito a conhecimentos coletivos, proibida toda forma de apropriação desses conhecimentos; ao patrimônio cultural e histórico; à educação intercultural e bilíngue; direito às circunscrições especiais para preservar sua cultura. Ademais, no artigo 85, garante-se a participação das pessoas, comunidades, povos e nacionalidades na formulação, execução, avaliação e controle das políticas públicas e serviços públicos. Todos esses dispositivos correspondem, também, a aspectos da plurinacionalidade constituída no Equador.

Para Maldonado Bravo⁵⁶, entretanto, a temática da plurinacionalidade ficou restrita “a uma declaração principiológica”, não incidindo transversalmente na estrutura do Estado Equatoriano, em suas cinco funções (legislativa, executiva, judicial, eleitoral e transparência e controle social). Pelo projeto da CONAIE (artigo 115), a função legislativa deveria ficar a cargo da Assembleia Plurinacional, a ser composta por representantes afroequatoriano(a/o)s e dos povos e nacionalidades indígenas, escolhidos conforme seu direito próprio⁵⁷, o que não foi expresso na Constituição.

No ponto de vista de Grijalva Jiménez⁵⁸, a profunda alteração na proposta da CONAIE também reflete em não ter ocorrido uma efetiva transformação institucional no Equador, já que a Constituição de 2008 manteve a forma de representação política da anterior Constituição, não observando as mudanças propostas no projeto da CONAIE de integração do Legislativo como Assembleia Plurinacional, seguindo os modelos das Constituições da Bolívia, Colômbia e Venezuela.

Assim, muito embora se aponte que a Constituição do Equador de 2008 avançou em matéria de direitos dos povos e nacionalidades indígenas, apesar de ter disposto que o Estado estava sendo fundado como plurinacional, faltaram elementos essenciais para uma concretização desse Estado, como pautado na luta das organizações indígenas do país. De todo modo, na medida em que a Constituição contemplou a plurinacionalidade, um salto importante pode ser alçado com essa declaração, sobretudo no plano simbólico, como bem considera Maldonado Bravo⁵⁹.

Com relação à Bolívia, Cárdenas Aguilar⁶⁰ avalia que a passagem de uma Bolívia colonial para uma Bolívia plurinacional não acontece facilmente, sendo necessário e imperativo um profundo processo de revolução social cujo epicentro é a descolonização, mobilização que remete às articulações nos períodos antecedentes e nos processos constituintes dos países em estudo⁶¹.

⁵⁶ MALDONADO BRAVO, Efendy Emiliano. *Histórias da insurgência indígena e campesina: o processo constituinte equatoriano desde o pensamento crítico latino-americano*. 2015. 303 f. Dissertação (Mestrado em Teoria, Filosofia e História do Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 272-273; 287.

⁵⁷ CONAIE. Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente. Principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador. Por un Estado Plurinacional, Unitario, Soberano, Incluyente, Equitativo y Laico. Quito: CONAIE, 2007.

⁵⁸ GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 32.

⁵⁹ MALDONADO BRAVO, Efendy Emiliano. *Histórias da insurgência indígena e campesina: o processo constituinte equatoriano desde o pensamento crítico latino-americano*. 2015. 303 f. Dissertação (Mestrado em Teoria, Filosofia e História do Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 287.

⁶⁰ CÁRDENAS AGUILAR, Félix. Mirando indio. IN: VARGAS, Idón Moisés Chivi (coordenador). *Bolívia: Nueva Constitución Política del Estado – conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolívia, 2010, p. 25.

⁶¹ A respeito dos principais antecedentes históricos e dos últimos processos constituintes do Equador e da Bolívia, ver: SCHAVELZON, Salvador. *A Assembleia Constituinte da Bolívia: Etnografia do nascimento de um Estado Plurinacional*. 2010. 592 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social). Programa de Pós-graduação em Antropologia Social, Museu Nacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro; LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y Seré Millones*”: *Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação*. 2014. 570 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília; MALDONADO BRAVO, Efendy Emiliano. *Histórias da insurgência indígena e campesina: o processo constituinte equatoriano desde o pensamento crítico latino-americano*. 2015. 303 f. Dissertação (Mestrado em Teoria, Filosofia e História do Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis; ANDRADE PRÉCOMA, Adriele Fernanda. *Estados plurinacionais constitucionalizados na Bolívia e no Equador: um ponto não final da longa luta pela descolonização*.

Por toda a atual Constituição Política do Estado (CPE) boliviano, há normas relativas à plurinacionalidade. Em termos quantitativos, supera em muito a Constituição do Equador, podendo ser contabilizado que, em relação aos 411 artigos que compõem a CPE boliviana, 100 deles fazem referência direta ou indireta aos povos e nações indígena originário camponesas⁶². Porém, em termos qualitativos, muito das demandas dos povos e nações viram-se desvirtuadas, o que se verifica pela comparação do que está na CPE e a proposta pelo Pacto de Unidade — a articulação das organizações indígenas originário camponesas bolivianas que logrou apresentar uma proposta própria de texto integral da Constituição durante o último processo constituinte.

Relevante ressaltar alguns dos dispositivos da CPE boliviana a respeito da plurinacionalidade, tais como os primeiros três artigos, referentes às bases fundamentais do Estado, pelos quais fica definido o modelo de Estado da Bolívia como Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, livre, independente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado e com autonomias. Esse Estado está fundado na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico (art. 1º). Ficou reconhecida, constitucionalmente, a existência pré-colonial das nações e povos indígenas originários campesinos e seu domínio ancestral sobre seus territórios, garantindo-se sua livre determinação no marco da unidade do Estado, que consiste em seu direito à autonomia, ao autogoverno, a sua cultura, ao reconhecimento de suas instituições e à consolidação de suas entidades territoriais (art. 2º). Considera-se que a nação boliviana está conformada pela totalidade das bolivianas e dos bolivianos, as nações e povos indígenas originários campesinos, e as comunidades interculturais e afrobolivianas que, em conjunto, constituem o povo boliviano (art. 3º).

Ainda, há todo o capítulo 4º na Constituição boliviana de 2009 dedicado aos direitos das nações e dos povos indígenas originários campesinos. No artigo 30.II, fica consignado que, no marco da unidade do Estado e de acordo com a Constituição, as nações e povos indígenas originários campesinos gozam de direitos elencados em dezoito tópicos. Esses direitos, como explica Delgado Burgoa⁶³, garantem sua livre determinação, sua cultura, sua autonomia, suas instituições, a consolidação de seus territórios, sua cosmovisão e sua história frente à reconstituição do Estado como Plurinacional. Para a autora, são direitos que constituem a garantia do “direito a ser iguais, porém diferentes” e garantem o respeito aos valores da pluralidade e da diversidade cultural. Diz que a incorporação desses direitos dos sujeitos coletivos leva ao reconhecimento da existência de uma sociedade boliviana composta por múltiplas civilizações, que é a base filosófica da Constituição Política do Estado.

Delgado Burgoa⁶⁴ chama atenção para a necessidade de estruturação e organização funcional do Estado visando garantir a implementação do Estado Plurinacional, sendo premente também a articulação entre diferentes formas de autonomias e a ruptura das estruturas hierárquicas do Estado por meio de gestões que abram processos horizontais de descentralização. Ademais, considera a autora como essencial para o Estado Plurinacional uma economia plural que articule as diferentes formas de organização econômica, visto que, em uma sociedade com múltiplas civilizações, coexistem distintos sistemas econômicos com lógicas civilizatórias diferentes, tanto em sua concepção de desenvolvimento como em sua produção e distribuição de ganhos⁶⁵.

Dissertação. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2016, 192 f.

⁶² LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y Seré Millones*”: Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação. 2014. 570 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 215.

⁶³ DELGADO BURGOA, Rebeca Algunas reflexiones sobre la Constitución Política del Estado. IN: VARGAS, Idón Moisés Chivi (coordenador). *Bolívia: Nueva Constitución Política del Estado – conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010, p. 48.

⁶⁴ DELGADO BURGOA, Rebeca Algunas reflexiones sobre la Constitución Política del Estado. IN: VARGAS, Idón Moisés Chivi (coordenador). *Bolívia: Nueva Constitución Política del Estado – conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010, p. 49-53.

⁶⁵ No texto constitucional boliviano, esse mister de uma economia plural consta perseguido na previsão, por exemplo, do artigo 307 pelo qual o Estado reconhecerá, respeitará, protegerá e promoverá a organização econômica comunitária; e do artigo 313, no

De acordo com Santos⁶⁶, para além das identidades culturais como aspecto fundante, a plurinacionalidade, tanto no Equador quanto na Bolívia, vem marcada pela demanda de controle dos recursos naturais. A própria concretude da plurinacionalidade passa pelo controle político e econômico dos recursos naturais, sem o que a plurinacionalidade queda simplesmente discursiva⁶⁷. Nesse sentido, Delgado Burgoa⁶⁸ frisa que a refundação do Estado como Plurinacional inspira-se em um forte elemento axiológico: o *Vivir Bien*, como princípio e como fim do Estado, o que exige uma gestão diferenciada dos recursos naturais.

Identificado o *Vivir Bien* / *Buen Vivir* nas duas constituições como provenientes da cosmovisão dos povos originários, a sua inserção como princípio mostra-se como emblemática aplicação da interculturalidade em nível de texto constitucional nesses países. Nesse ponto, importa citar Pinto Quintanilla⁶⁹ quando se refere à promoção da interculturalidade como uma função essencial do Estado Plurinacional, sendo uma transversal necessária no processo de encontro entre distintas visões de país para permitir a convivência e o respeito, além da mútua aprendizagem nessa tarefa estratégica de construir uma cidadania multicultural.

5 A plurinacionalidade na Bolívia e no Equador: superação dos Estados coloniais?

O processo de distanciamento do Estado-Nação, tanto no Equador quanto na Bolívia, fez-se na base da plurinacionalidade como tentativa de espelhar a realidade de sociodiversidade, superando a ficção de homogeneidade que se quis implantar na América Latina no processo de colonização. Tratava-se de uma plurinacionalidade de fato que fora historicamente invisibilizada por uma nacionalidade monolítica, de direito. Nesse sentido, ainda que a constitucionalização de um Estado que se propõe a ser diferenciado do modelo Moderno possa ser vista como uma conquista decolonizatória no sentido do reconhecimento constitucional de uma realidade plurinacional, há de se sopesar algumas críticas feitas a esse processo.

Como pondera Santos⁷⁰, o Estado é dos dispositivos da modernidade ocidental, bem como a propriedade privada, em que as mudanças aparentemente profundas e rápidas ocultam permanências muito estáveis. O autor aponta que, nos últimos trezentos anos, não houve mudanças profundas nesses domínios e indica que há de se avaliar se as propostas de refundação do Estado na América Latina resultarão em mudanças verdadeiramente significativas e duradouras⁷¹.

O autor⁷² considera que, no Equador e na Bolívia, há Estados experimentais reflexivos, no sentido de que se reconhecem abertos, assumindo a transitoriedade das soluções, sendo expostos, constantemente, a avaliações. Explica o autor que o experimentalismo já é descolonizador⁷³, pois faz frente ao Estado moderno

qual a organização econômica da Bolívia volta-se a eliminar a pobreza e a exclusão social e econômica, pelo *vivir bien*.

⁶⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010, p. 84.

⁶⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Las paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad. In: ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza (Compiladores). *Plurinacionalidad: democracia en la diversidad*. Quito: Abya-Yala, 2009, p. 39.

⁶⁸ DELGADO BURGOA, Rebeca. Algunas reflexiones sobre la Constitución Política del Estado. IN: VARGAS, Idón Moisés Chivi (coordinador). *Bolívia: Nueva Constitución Política del Estado – conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010, p. 44.

⁶⁹ PINTO QUINTANILLA, Juan Carlos. Aportes a la reflexión política de la Constitución. IN: VARGAS, Idón Moisés Chivi (coordinador). *Bolívia: Nueva Constitución Política del Estado – conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010, p. 66.

⁷⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010, p. 67.

⁷¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010, p. 128.

⁷² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010, p. 110.

⁷³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Las paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad. In: ACOSTA, Alberto; MARTINEZ,

eurocêntrico que colocava suas instituições e leis como que “inscrites em pedra”, engessadas. Sabendo-se da alta conflituosidade que envolve o processo de refundação do Estado, com o experimentalismo é possível uma suspensão relativa dos conflitos, mantendo-se o povo durante um tempo prolongado com o poder constituinte e, portanto, provocando uma tensão continuada entre poder constituinte e poder constituído.

Os termos do experimentalismo defendido por Santos podem ser resumidos da seguinte forma: i) de fato não temos todas as soluções e respostas para a refundação do Estado, portanto mantemos a abertura para ir procurando respostas passo a passo; ii) a autoavaliação é constante, possibilitando que se verifique se está num bom caminho e que as definições possam ser revisadas após essas avaliações; iii) como não há receitas e modelos prontos, o experimentalismo deve ser encarado como uma realidade; iv) o processo histórico de reforma permanece aberto, mantido o povo organizado pacificamente e com o poder constituinte não absorvido pelo poder constituído.

Ao entender esses Estados como experimentais, compreende-se melhor seu caráter de transição em direção a um longo processo histórico de superação do colonialismo e do capitalismo, sem o que a refundação do Estado não ocorre⁷⁴. Nesse contexto, já se podiam prever avanços e retrocessos, isso porque a refundação mexe nas estruturas de um modelo de Estado que domina há séculos, propondo estruturas diferenciadas que abalam o controle hegemônico de classes dominantes. No que considera Santos, mesmo que ciente das críticas aos processos constituintes por razão das várias concessões feitas aos conservadores, como balanço geral, há motivos para comemorar o que se alcançou inscrever nos textos constitucionais da Bolívia e do Equador. Para ele, as dificuldades nos processos constituintes nesses países revelam a dificuldade inerente de transformações profundas dentro de um marco democrático, que deve permanecer e se aprofundar, como ressalta o autor⁷⁵.

A respeito do fortalecimento do marco democrático, ele aponta que a plurinacionalidade carrega consigo a ideia de formas mais avançadas e complexas de participação⁷⁶. Ao lado da participação cidadã de raiz republicana liberal, reconhece a participação de povos ou nacionalidades diversas que compõem a unidade estatal. Logo, ponto de relevo na refundação dos Estados em curso no Equador e na Bolívia é o aprofundamento das formas de exercício da democracia para além da representativa majoritária. Essa forma continua sendo utilizada, mas a ela somam-se formas de democracia consensual, dialógica e participativa⁷⁷, cuja efetivação passa pela participação e o controle social que devem ser características do Estado Plurinacional, e estabelecem outra relação entre Estado e sociedade, convertendo o Estado em instrumento da sociedade, como diz Prada Alcoreza⁷⁸. Essas formas democráticas fazem com que se desenvolva uma construção coletiva da decisão política, da construção das leis e da gestão pública, convertendo-se a participação social na matriz da nova política e o controle social trazendo abertura e transparência na execução das políticas públicas. Diz Prada Alcoreza⁷⁹ que a participação social é o verdadeiro governo do povo, levando a avançar para uma nova concepção da gestão pública que agora tem que ser plurinacional, comunitaria e intercultural.

Há de se considerar que a abertura no Estado de espaços para participação e controle popular instrumentaliza o povo para debater com a sociedade hegemônica, como fala Pinto Quintanilla⁸⁰ nos seguintes termos:

Esperanza (Compiladores). *Plurinacionalidad: democracia en la diversidad*. Quito: Abya-Yala, 2009, p. 53.

⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010, p. 71-79.

⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010, p. 130.

⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010, p. 95-96.

⁷⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado Plurinacional e Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 29.

⁷⁸ PRADA ALCOREZA, Raúl. *Horizontes de la descolonización y del Estado plurinacional: ensayo histórico y político sobre la relación de la crisis y el cambio*. 2011, p. 59.

⁷⁹ PRADA ALCOREZA, Raúl. *Horizontes de la descolonización y del Estado plurinacional: ensayo histórico y político sobre la relación de la crisis y el cambio*. 2011, p. 59.

⁸⁰ PINTO QUINTANILLA, Juan Carlos. Aportes a la reflexión política de la Constitución. IN: VARGAS, Idón Moisés Chivi

[...] na medida em que no modelo estatal plurinacional seja cada vez maior a participação popular nas responsabilidades estatais e de controle, os direitos serão geridos e exercidos pelo próprio povo com a importante complementariedade estatal, que cada vez cede mais espaços à livre determinação⁸¹.

Na prática, deve-se apontar como necessária a constante mobilização e participação social para que o conquistado via constituintes seja aplicado, e ainda que seja o Estado objeto de constante avaliação, como preconiza o experimentalismo reflexivo de Santos⁸². O acompanhamento de como estão se estruturando e atuando as instituições voltadas a efetivar o caráter plurinacional dos Estados mostra-se essencial para possibilitar um balanço do nível de concretização dos projetos de refundação estatal, e fazer os ajustes que venham a se apresentar indispensáveis para manter o rumo da transição para a descolonização.

Outro importante cuidado é avaliar se a plurinacionalidade não poderá oportunizar um controle maior do Estado hegemônico sobre as demais nacionalidades, e, dessa forma, ocorrer uma imposição de maiores limites à livre determinação, por excesso de regulamentação e cooptação das lutas sociais⁸³, desvirtuando a finalidade da descolonização. Nesse sentido, um ponto a ser avaliado são os processos demasiadamente burocráticos para o reconhecimento de autonomias — como se verifica com os critérios estabelecidos na Lei Marco de Autonomias na Bolívia⁸⁴ e as dificuldades impostas para sua implementação.

Por fim, a busca por aquele Estado forte o suficiente para evitar opressões externas e fraco o suficiente para não oprimir internamente seus diversos povos⁸⁵ só não restará apenas confinada como uma promessa constitucional não cumprida se a construção prática dos Estados Plurinacionais realizar efetivamente o empoderamento dos povos a ponto de muni-los suficientemente para impedir opressões pelos avanços liberais do mercado mundial.

Copa Pabón⁸⁶ menciona que o Estado a ser refundado não deve ser um ‘novo’ Estado, mas um Estado ‘próprio’, construído a partir dos povos; assim que a plurinacionalidade deve ser uma condição própria de estatalidade na América Latina. Remontando o histórico de mais de quinhentos anos de lutas sociais na América Latina, a autora aponta não ter sido o Estado que reconheceu as nações originárias, mas, na Constituinte boliviana, as nações que reconheceram o Estado composto plurinacionalmente. Então, a avaliação necessária será se houve êxito em refundar esses Estados como próprios, genuinamente latino-americanos, ou se não passaram de novos Estados ainda com ranço colonial.

Para contribuir com essa reflexão sobre se a plurinacionalidade constitucionalizada na Bolívia e no Equador supera a colonialidade, pode se reconhecer um afastamento da matriz colonial nos processos consti-

(coordinador). *Bolívia: Nueva Constitución Política del Estado – conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010, p. 66.

⁸¹ Tradução livre: “[...] en la medida en que en el modelo estatal plurinacional sea cada vez mayor la participación popular en las responsabilidades estatales y de control, los derechos serán gestionados y ejercidos por el mismo pueblo con la importante complementariedad estatal, que cada vez cede más espacios a la libre determinación” (PINTO QUINTANILLA, Juan Carlos. Aportes a la reflexión política de la Constitución. IN: VARGAS, Idón Moisés Chivi (coordinador). *Bolívia: Nueva Constitución Política del Estado – conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010, p. 66).

⁸² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010, p. 53.

⁸³ Uma reflexão acerca desses riscos e uma avaliação preliminar do momento posterior à constitucionalização dos Estados Plurinacionais na Bolívia e no Equador constam em ANDRADE PRÉCOMA, Adriele Fernanda; ROJAS, Anibal Alejandro. Estados Plurinacionales: a esperança constitucionalizada e seus obstáculos reais. In: MARÉS, Carlos; FERREIRA, Heline Sivini (Coord.); PRÉCOMA, A. F. A.; MAMED, D. O.; CALEIRO, M. M. (Orgs). *Natureza e povos nas constituições latino-americanas*. Curitiba: Letra da Lei, 2017, p.115-135.

⁸⁴ A respeito das autonomias na Bolívia, ver: NERI PEREYRA, Juan Pablo. *Autonomías Indígenas en el Estado Plurinacional* (la autonomía indígena en tierras altas, al interior de la narrativa histórica de las luchas indígenas, de la Constitución Política del Estado y de la Ley de autonomías e descentralización). 2012. 209 f. Monografía (Graduação em Ciências Políticas). Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, La Paz.

⁸⁵ MARÉS, Carlos Frederico. Los indios e sus derechos invisibles. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). *Derecho Indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista; Asociación Mexicana para las naciones unidas, 1997, p. 180.

⁸⁶ COPA PABÓN, Magali Viena. Plurinacionalidade: a experiência boliviana. Conferência. In: *I Encontro Latino-Americano de Descolonização e Pluralismo Jurídico*. Florianópolis, 2013.

tuintes e no reconhecimento constitucional da plurinacionalidade na Bolívia e no Equador, mas não se pode deixar de observar que efetivar o Estado Plurinacional exige, além de compromissos na Constituição, a materialização dos elementos que se propõem a romper com as matrizes da colonialidade, o que precisa ser acompanhado constantemente pela via da participação social.

6 Considerações finais

Desde quando se formaram os Estados na América Latina, havia o intuito de formatá-los no modelo do Estado-Nação moderno europeu de identidade nacional única, e, para tanto, era necessário suprimir a imensa sociodiversidade inerente ao continente. Os processos voltados a essa supressão foram executados com a extrema violência da busca pelo extermínio físico e cultural dos povos originários. Mas esse extermínio de contornos genocidas e etnocidas, embora tenha levado milhões à morte e várias culturas à extinção ou a sua beira, não conseguiu ser total, pois as resistências mantiveram-se permanentes desde a invasão europeia, na colonização, nas independências, e perante o Estado-Nação que se quis implantar seguindo o modelo da Europa.

Frente a essa tentativa de supressão da sociodiversidade, insurgem-se os povos latino-americanos que não se enquadram no conceito unívoco de povo da sociedade hegemônica, seja pela própria realidade — ferrenhamente invisibilizada — de resistirem e existirem, seja pela via das lutas populares articuladas para demandas específicas. Dentre elas, figuraram as lutas pela refundação de Estados como Plurinacionais na Bolívia e no Equador, sobre o que versou este artigo.

Para que esses Estados sejam efetivamente refundados como Estados Plurinacionais, devem considerar as diversas nações que compõem sua unidade, sem mais renegar sua natureza plúrima de culturas, portanto, mais capaz de lidar com a sociodiversidade intrínseca do continente latino-americano. Contemplados pelos textos das Constituições da Bolívia e do Equador, esses Estados Plurinacionais inauguram, na América Latina, novas possibilidades de organizações de Estado, mais condizentes com a realidade de fortes traços plurais, que não mais se permitem sufocar debaixo de imposições de Estados-Nação monolíticos.

Apesar das limitações na plurinacionalidade que se alcançou consignar nas cartas constitucionais, — aparentes quando comparada com a delineada nos projetos das diversas organizações de povos originários —, ainda que tenham logrado desenvolver e inovar em alguns direitos após árduos debates nos processos constituintes, pode-se reconhecer o potencial dessas constituições de possibilitar uma transição a um Estado efetivamente plurinacional. Embora não seja possível visualizar esse Estado de pronto, e nem olhando somente para as Constituições, deve-se atentar para monitorar a forma como as instituições estatais e como as próprias sociedades, dentre as quais as indígenas e afro-equatorianas/bolivianas, conduzirão a concretização dos preceitos constitucionais.

Diante do exposto, é possível afirmar que, tanto no Equador como na Bolívia, os Estados refundados a partir das Constituições de 2008 e 2009, respectivamente, podem ser vistos como Estados de transição que visam à superação do colonialismo. A direção a ser seguida por ambos os países, entretanto, somente poderá ser verificada no decorrer do caminhar pós constituintes. De conclusivo, temos que a América Latina desponta como campo avançado de diversas lutas anticolonialistas, dentre as quais está a luta pelo reconhecimento dos Estados Plurinacionais, todas com vistas a superar o histórico de modelos estatais eurocêntricos alheios à sociodiversidade própria da região.

Como as mudanças são um processo complexo e de longo prazo, os resultados não podem ser medidos prontamente, mas as experiências em curso servem para mostrar alternativas de busca por Estados de formato mais genuínos, superando o importado formato europeu tão incongruente com a realidade latino-americana.

Nesse caminhar do momento após Constituintes, importa que as articulações dos movimentos sociais ocupem os espaços conquistados e se mantenham vigilantes e atuantes, mobilizados para a construção real do respeito à plurinacionalidade nesses países, exigindo a garantia de participação democrática e seus espaços de autonomia para exercício da livre determinação como povos e nações diversas que compõem um mesmo Estado: não mais Estado-Nação, mas Estado Plurinacional.

Referências

ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza (Compiladores). *Plurinacionalidad: democracia en la diversidad*. Quito: Abya-Yala, 2009.

ANDRADE PRÉCOMA, Adriele Fernanda. *Estados plurinacionais constitucionalizados na Bolívia e no Equador: um ponto não final da longa luta pela descolonização*. Dissertação. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2016, 192 f.

ANDRADE PRÉCOMA, Adriele Fernanda; ROJAS, Anibal Alejandro. Estados Plurinacionais: a esperança constitucionalizada e seus obstáculos reais. In: MARÉS, Carlos; FERREIRA, Helene Sivini (Coord.); PRÉCOMA, A. F. A.; MAMED, D. O.; CALEIRO, M. M. (Orgs.). *Natureza e povos nas constituições latino-americanas*. Curitiba: Letra da Lei, 2017, p.115-135. Disponível em: <<http://direitosocioambiental.org/livros/>>. Acesso em 04 abr. 2019.

ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcanti de. Subjetividade do Outro, Processos de Libertação e Construção de Direitos no Contexto Latino-Americano. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 211-228.

ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert. Descolonização Jurídica nos Andes. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Orgs.). *Constitucionalismo, descolonização e pluralismo jurídico na América Latina*. Aguascalientes / Florianópolis: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, NEPE/ UFSC - Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias da Universidade Federal de Santa Catarina, 2015, p. 165-179.

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPPEL, Vitor Frederico. *Manual de antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOLÍVIA. *Constitucion Política del Estado*. 2009. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em 13 maio 2019.

CÁRDENAS AGUILAR, Félix. Mirando indio. IN: VARGAS, Idón Moisés Chivi (coordinador). *Bolívia: Nueva Constitución Política del Estado – conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolívia, 2010, p. 17-37.

CONAIE. Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Contituyente. Principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador. Por un Estado Plurinacional, Unitario, Soberano, Incluyente, Equitativo y Laico. Quito: CONAIE, 2007.

COPA PABÓN, Magali Viena. Plurinacionalidade: a experiência boliviana. Conferência. In: *I Encontro Latino-Americano de Descolonização e Pluralismo Jurídico*. Florianópolis, 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=b1RxchxP5tU>>, acesso em: 08 abr. 2019.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Humanismo Latino: o Estado brasileiro e a questão indígena. In: MEZZARROBA, Orides. *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteaux; Fondazione Cassamarca, 2003, p. 473-519.

DELGADO BURGOA, Rebeca Algunas reflexiones sobre la Constitución Política del Estado. IN: VARGAS, Idón Moisés Chivi (coordinador). *Bolívia: Nueva Constitución Política del Estado – conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolívia, 2010, p. 39-56.

- ECUADOR. *Constitucion de la Republica del Ecuador*. 2008. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf>. Acesso em 08 abr. 2019.
- FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar (UNIFOR)*, v. 16, p. 371-408, 2011.
- FURTADO, Celso. *A Economia Latino-Americana: formação histórica e problemas contemporâneos*. 2 ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1978.
- GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, Alberto. *A renovação da crítica ao desenvolvimento e o Bem Viver como alternativa*. IUH On Line. 29 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/507956arenovacaoda-criticaaodesenvolvimentoeobemvivercomoalternativa>>. Acesso em: 13 maio 2019.
- LACERDA, Rosane Freire. “*Volveré, y Seré Millones*”: Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação. 2014. 570 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília.
- LAPLANTINE, François. *Aprender Antropologia*. São Paulo: Brasiliense, 2003.
- LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.
- LYNCH, John. As origens da Independência da América Espanhola. In: BETHELL, Leslie (Org.). *História da América Latina*. 1 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 19-73.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado Plurinacional e Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; ÁLVARES, Lucas Parreira; MAGALHÃES, Hugo Baracho. *A desconstrução do Estado Moderno: infiltrações e diversidade*. Belo Horizonte: Initia Via, 2015.
- MAHN-LOT, Marianne. *A Conquista da América Espanhola*. Campinas: Papirus, 1990.
- MALDONADO BRAVO, Efendy Emiliano. *Histórias da insurgência indígena e campesina: o processo constituinte equatoriano desde o pensamento crítico latino-americano*. 2015. 303 f. Dissertação (Mestrado em Teoria, Filosofia e História do Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- MARÉS, Carlos Frederico. Los índios e sus derechos invisibles. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). *Derecho Indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista; Asociación Mexicana para las naciones unidas, 1997, p. 142-183.
- _____. *Bens Culturais e sua Proteção Jurídica*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- MESQUITA, Mariana Guanabara. Desconstruindo o Estado-Nação: redefinição de identidades e Estado Plurinacional no Equador. In: *III Seminário Internacional violência e conflitos sociais: ilegalismos e lugares morais*. Universidade Federal do Ceará, 2011.
- NERI PEREYRA, Juan Pablo. *Autonomías Indígenas en el Estado Plurinacional* (la autonomía indígena en tierras altas, al interior de la narrativa histórica de las luchas indígenas, de la Constitución Política del Estado y de la Ley de autonomías e descentralización). 2012. 209 f. Monografia (Graduação em Ciências Políticas). Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, La Paz.
- NOVAES, Adauto. Invenção e crise do Estado-Nação. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A crise do Estado-Nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 9-21.
- PERICOT Y GARCÍA, Luis. América Indígena. Tomo 1: El hombre americano – los pueblos de America.

In: BERETTA, Antonio Ballesteros (org.). *Historia de América y de los pueblos americanos*. Barcelona: Salvat Editores, 1936.

PINTO QUINTANILLA, Juan Carlos. Aportes a la reflexión política de la Constitución. IN: VARGAS, Idón Moisés Chivi (coordinador). *Bolivia: Nueva Constitución Política del Estado – conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010, p. 57-72.

POMER, Leon. *As Independências na América Latina*. 12 ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1995.

PRADA ALCOREZA, Raúl. *Horizontes de la descolonización y del Estado plurinacional: ensayo histórico y político sobre la relación de la crisis y el cambio*. 2011. Disponível em: <http://rosalux-europa.info/userfiles/file/Prada_Horizontes_de_la_descolonizacion_y_del_Estado_plurinacional.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2016.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, Edgardo (compilador). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales – perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2011, p. 201-246.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB) e Instituto Socioambiental (ISA), 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *La reinvenção del Estado y el Estado plurinacional*. Buenos Aires: Clacso, 2007.

_____. Las paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad. In: ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza (Compiladores). *Plurinacionalidad: democracia en la diversidad*. Quito: Abya-Yala, 2009, p. 21-62.

_____. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010.

SARANGO MACAS, Luis Fernando. El movimiento indígena frente a los Estados nacionales. El caso de Ecuador. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). *Derecho Indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista; Asociación Mexicana para las naciones unidas, 1997, p. 311-330.

SCHAVELZON, Salvador. *A Assembléia Constituinte da Bolívia: Etnografia do nascimento de um Estado Plurinacional*. 2010. 592 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social). Programa de Pós-graduação em Antropologia Social, Museu Nacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

TORRES GALARZA, Ramón. Regimen Constitucional y derechos de los pueblos indígenas. In: GALARZA, Ramón Torres (Compilador). *Derechos de los Pueblos Indígenas: Situación Jurídica y Políticas de Estado*. Quito: CONAIE (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador), CEPLAES (Centro de Planificación y Estudios Sociales) e Abya-Yala, (s/d), p. 45-60.

VADILLO, Alcides. Constitución Política del Estado y pueblos indígenas: Bolívia, país de mayoría indígena. In: GÓMEZ, Magdalena (Coord.). *Derecho Indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista; Asociación Mexicana para las naciones unidas, 1997, p. 331-360.

WILHELMI, Marco Aparicio. Rumo a uma justiça social, cultural e ecológica: o desafio do Bem Viver nas Constituições do Equador e da Bolívia. In: *Meritum*, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, jan./jun. 2013, p. 313-350.

WOLKMER, Antonio Carlos. Repensando a questão da historicidade do Estado e do Direito na América Latina. In: VIEIRA, Reginaldo de Souza; WOLKMER, Antonio Carlos (Orgs.). *Estado, Política e Direito – Relações de poder e políticas públicas*. Criciúma/SC: UNESC, 2008, p. 11-20.

_____. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, 2010. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, p. 143-155.

YRIGROYEN FAJARDO, Raquel. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado em América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010, p. 11-17.

SEÇÃO V: DIREITOS FUNDAMENTAIS

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O direito à água nas
Constituições da América do
Sul: elementos comuns e traços
distintivos**

**The right to water in South
American Constitutions:
common elements and distinctive
features**

Thiago Rafael Burckhart

Milena Petters Melo

O direito à água nas Constituições da América do Sul: elementos comuns e traços distintivos*

The right to water in South American Constitutions: common elements and distinctive features

Thiago Rafael Burckhart**

Milena Petters Melo***

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar a configuração do direito à água em perspectiva comparada nas constituições sul-americanas, buscando identificar os elementos comuns e os traços distintivos desse direito nos diferentes textos constitucionais. Primeiramente, contextualiza-se o novo ciclo constitucional arquitetado na região após os anos 1980 e sua abertura cognitiva a novos direitos e novos sujeitos. Em seguida, realiza-se a comparação entre os textos constitucionais sul-americanos vigentes sobre o direito à água e a proteção dos recursos hídricos; num terceiro momento, identificam-se os elementos comuns e os traços distintivos desse direito nessas constituições. O trabalho se insere no campo da Teoria Constitucional, com aportes da teoria política e da sociologia jurídica, sendo realizada mediante comparação constitucional em chave dialógica, buscando responder à seguinte pergunta de pesquisa: pode-se conceber um comum direito constitucional à água na região? Conclui-se que o direito à água é reconhecido, expressamente e de modo pioneiro, somente em três países da região, todas constituições promulgadas recentemente já no século XXI. Em cada uma dessas realidades, inscreve diferenças e peculiaridades epistemológicas. No entanto, todos os países da região reconhecem o direito ao meio ambiente, que constitui elemento comum da identidade constitucional da região, o que posiciona a água como um direito de modo implícito. Em resposta à pergunta de pesquisa, conclui-se que não há direito comum a água na região. Contudo, ele se projeta como tendência jurídica de abertura cognitiva do constitucionalismo democrático contemporâneo na América do Sul e no mundo.

Palavras-chave: Direito à água. Constitucionalismo. América do Sul.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the configuration of the right to water in comparative perspective in the South American constitutions, seeking to identify the common elements and distinctive features of this right in the different constitutional texts. First, it contextualizes the new constitutional

* Recebido em 31/05/2019

Aprovado em 29/08/2019

** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2019). Pesquisador do Centro Didattico Euroamericano Sulle Politiche Costituzionale (Cedeuam, Itália-Brasil). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Constitucionalismo Contemporâneo, Internacionalização e Cooperação (Constinter-Furb). Pesquisador da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro da Rede ALEC – Amérique Latine, Afrique, Europe et Caraïbe, sobre “Territoires, Populations Vulnérables et Politiques Publiques”, vinculada à Université de Limoges, França. E-mail: thiago.burckhart@outlook.com

*** Doutora em Direito pela Università degli Studi di Lecce (Itália, 2004). Professora Titular de Direito Constitucional e de Direitos Humanos e Sustentabilidade da Universidade Regional de Blumenau, FURB. Professora e Coordenadora para a área lusófona do Centro Didattico Euroamericano Sulle Politiche Costituzionali (Cedeuam, Itália-Brasil). Professora da Academia Brasileira de Direito Constitucional, ABDConst. Pesquisadora do Institut International d'Étude et Recherche sur les Biens Communs (Paris-Nápoles). Coordenadora do Núcleo de Estudos em Constitucionalismo Contemporâneo, Internacionalização e Cooperação (Constinter-Furb). E-mail: mpetersmelo@gmail.com

cycle in the region after the 1980s and its cognitive openness to new rights and new subjects of rights. Then, a comparison is made among the existing South American constitutional texts on the right to water and the protection of water resources; In a third moment, the common elements and distinctive features of this right are identified in these constitutions. The work is grounded in the field of Constitutional theory, with contributions from political theory and sociology of law. It is carried out through a constitutional comparison in a dialogical perspective, seeking to answer the following research question: Can we conceive of a common constitutional right to water in the region? It is concluded that the right to water is recognized expressly and in a pioneering way only in three countries of the region, all constitutions recently enacted, and in each of these realities inscribes differences and epistemological peculiarities. However, all countries in the region recognize the right to the environment, which is a common element of the constitutional identity of the region, which places water as a right in an implicit way. In response to the research question, it is concluded that there is no common water right in the region. However, it projects itself as a legal trend of cognitive openness of contemporary democratic constitutionalism in South America and in the world.

Keywords: Right to water. Constitutionalism. South America.

1 Introdução

As influências do constitucionalismo contemporâneo do segundo pós-guerra produziram seus efeitos na América do Sul a partir da década de 1980, confluindo para a construção de um novo ciclo constitucional nesta região, marcado por profundas inovações políticas e constitucionais. Desde os anos 1980, a região passou por um processo de democratização política e pela construção paulatina do Estado Social e Democrático de Direito, que tem, em seu núcleo, o reconhecimento de novos direitos e novos sujeitos e o escopo por sua concretização e materialização, calcadas na força normativa da Constituição. A positivação desses valores, nos textos constitucionais, em consonância com o processo de internacionalização do constitucionalismo democrático, possibilitou a reinvenção da cultura jurídica no/do continente, sendo uma contribuição para o patrimônio comum do constitucionalismo democrático.

Uma das características que influenciou, amplamente, a elaboração dos novos textos constitucionais, em suas respectivas Assembleias Nacionais Constituintes — ou nos processos legislativos de revisão constitucional —, foi a emergência da “questão ambiental” como tema global, regional e nacional, em diálogo com a perspectiva da sustentabilidade (sócio)ambiental. Essas preocupações de ordem planetária foram responsáveis pela constitucionalização do meio ambiente, no qual sua proteção jurídica se coloca como um efetivo tema constitucional. Desde as Constituições do Chile e da Guiana, estão na gênese desde novo ciclo — e que entraram em vigor no ano de 1980 — o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este passou a ser reconhecido, mesmo que timidamente, num primeiro momento, sob o prisma da sustentabilidade. Desse modo, a proteção da água e dos recursos hídricos, em razão da organização de movimentos nacionais e internacionais por sua proteção, também passou a ganhar relevância enquanto problema político e constitucional, e, nesse sentido, a Constituição brasileira de 1988 teve papel importante e fundamental.

O reconhecimento explícito ou implícito da água como direito fundamental nos textos constitucionais sul-americanos, da mesma forma que as previsões de políticas públicas para a preservação de recursos hídricos também na esfera constitucional, constituiu os elementos impulsionadores do desenvolvimento de uma nova governança pública e comunitária desse recurso, reconhecendo-o como um bem comum que possui relevância geopolítica e geoestratégica. Entretanto, o reconhecimento desse direito não ocorre de forma similar em todos os países sul-americanos. Embora esses países possuam características em comum do ponto de vista político, sobretudo no que se refere à história política, é certo que eles possuem diferenças singulares que se projetam no âmbito das suas respectivas identidades políticas e constitucionais e se relacionam com a proteção dos recursos hídricos e o direito à água. As recentes inovações das Constituições do Equador

(2008) e da Bolívia (2009) — do chamado “novo constitucionalismo andino”, calcadas na perspectiva do *bien-vivir* — revelam, claramente, essas diferenças de concepções sobre esse direito.

Nesse sentido, levando-se em consideração as evoluções aquisitivas do constitucionalismo democrático na América do Sul, a partir do novo ciclo constitucional posto em cena na década de 1980, este trabalho tem por objetivo analisar a configuração do direito à água em perspectiva comparada nas constituições sul-americanas, buscando identificar os elementos comuns e os traços distintivos deste direito nos diferentes textos constitucionais. Procura-se responder à seguinte pergunta de pesquisa: pode-se conceber um comum direito constitucional à água na região? A análise se inscreve no campo da Teoria Constitucional, com aportes da teoria política e sociologia jurídica, sendo realizada mediante comparação constitucional em chave dialógica. O trabalho divide-se em três partes: I – O novo ciclo constitucional na América do Sul: constituições em abertura cognitiva; II – O direito à água nas constituições sul-americanas; III – Elementos comuns e traços distintivos do direito à água nas constituições sul-americanas.

Este estudo é resultado parcial de uma pesquisa em desenvolvimento sobre o Direito à Água na América Latina. O estudo leva em consideração que o Direito Constitucional é uma ciência de textos e contextos, que se desenvolve na confluência de uma tensão produtiva e dialógica, mas focaliza a dimensão dos textos constitucionais desses países em perspectiva comparada.

2 O novo ciclo constitucional na América do Sul: constituições em abertura cognitiva

Numa perspectiva teórico-filosófica, pode-se afirmar que, embora o constitucionalismo tenha em sua gênese uma raiz humanística com vocação universalista¹, somente a partir do final da Segunda Guerra Mundial o constitucionalismo de base democrática alçou-se, efetivamente, como um ideal universal². Naquele tempo, cresceu em relevância a necessidade de reconstruir o paradigma ético-democrático com base no respeito fundamental da humanidade, que se projetou no âmbito dos Direitos Humanos no plano internacional³. A afirmação global desses princípios e direitos — que conformam a emergência de uma “era dos direitos”⁴ — e a sua constitucionalização nos Estados democráticos dão corpo a um “patrimônio comum”⁵ do constitucionalismo democrático, que se projeta, ao menos em tese, como um patrimônio comum da humanidade⁶, no sentido de criar limites efetivos ao exercício do poder, nacional e internacionalmente, a partir do respeito aos direitos humanos, da paz, da democracia e da autodeterminação dos povos⁷.

¹ A propósito e para aprofundamentos, v. ONIDA, Valerio. *La Costituzione ieri e oggi*. Bologna: Il Mulino, 2008.

² Da mesma forma, a democracia também se projetou como valor universal e modelo de sistema político.

³ Como observa Flávia Piovesan, “no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável” PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 121.

⁴ Como ressalta Norberto Bobbio, a segunda metade do século XX ficou conhecida como a Era dos Direitos, pela ampliação do leque de direitos fundamentais positivados no plano constitucional e pela criação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi, 1990.

⁵ A propósito e para aprofundamentos, consultar ONIDA, Valerio. *La Costituzione ieri e oggi*. Bologna: Il Mulino, 2008.

⁶ Observe-se que, até o fim da Segunda Guerra Mundial, os princípios do constitucionalismo democrático estavam positivados na ordem constitucional de cada país, alimentando-se de experiências nacionais, não obstante a sua “vocação universalista”. A partir da segunda metade do século passado, com a expansão do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, os princípios do constitucionalismo democrático passam por um processo de internacionalização, sendo posteriormente introduzidos e recepcionados em diversas ordens constitucionais, em diferentes cantos do mundo. Para aprofundamentos, ver: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.

⁷ Esse movimento também pode ser lido como a tentativa de cristalização de uma ética universal, pautada nestes princípios, como defendem vários autores. A Declaração Universal também foi definida como uma “constituição” para todos os povos. Contudo, no processo de consolidação do sistema internacional de direitos humanos, as tensões entre as pretensões universais e as diferentes peculiaridades culturais e epistêmicas das diversas nações, comunidades e coletividades, constituem debate que permanece aberto

As influências dessas inovações passaram a impactar a América do Sul a partir da década de 1980. Desde então, a América do Sul passou por profundas transformações políticas que se projetaram como inovações constitucionais. Ao analisar o panorama histórico da formação e evolução do constitucionalismo na América Latina, o jurista argentino Roberto Gargarella⁸ aponta que houve, pelo menos, três grandes momentos na história político-constitucional dessa região. O primeiro diz respeito ao pacto realizado entre liberais e conservadores na gênese do constitucionalismo liberal do século XIX. O segundo refere-se à inclusão dos direitos sociais no início do século XX, e a formação do constitucionalismo social e do Estado Social. E o terceiro momento trata-se de uma “onda” final de reformas e/ou novas Constituições introduzidas a partir da década de 1980 do século XX e início do século XXI, marcada pela ampliação no catálogo de direitos fundamentais, isto é, pelo alargamento da proteção jurídico-constitucional aos direitos humanos⁹.

Os fatores sociopolíticos que levaram ao nascimento desse novo ciclo na América do Sul podem ser sistematizados em, pelo menos, cinco pontos: aspectos políticos, socioeconômicos, jurídicos, culturais e ambientais. Esses aspectos influenciaram, cada um à sua forma, a construção deste novo ciclo constitucional na América do Sul, de modo que, em cada contexto político nacional, prevalece um ou mais dessas características. Do ponto de vista político, os países dessa região passaram desde 1980 por processos de democratização política, com a superação de governos ditatoriais, em sua maioria de cunho militar, que violaram sistematicamente direitos humanos¹⁰. Da mesma forma, as duas últimas colônias da Europa que se encontravam no continente tinham alcançado, recentemente, sua independência política e estavam buscando construir-se politicamente — como é o caso da Guiana, que conquistou sua independência do Reino Unido em 1966 e tornou-se República em 1970, e do Suriname, que conquistou a independência política dos Países Baixos em 1975. Desse modo, a promulgação de novas constituições nesses países teve por objetivo abrir o caminho para a ação política democrática¹¹.

O segundo elemento diz respeito aos aspectos socioeconômicos, que se referem à construção do modelo de Estado de bem-estar social. Trata-se daquilo que o politólogo colombiano Víctor Manuel Moncayo Cruz aponta como a incorporação das tendências do keynesianismo e das orientações do Estado de bem-estar social que havia emergido na Europa logo após a Segunda Guerra Mundial¹². No caso colombiano, embora a Constituição de 1991 também tenha sido um documento concernido com “a reordenação do aparato político da sociedade”, tendo em vista que a Constituição anterior datava de 1886 e em grande medida estava desatualizada, mostra-se evidente que a preocupação central da sua elaboração diz respeito à necessidade de readequar e reestruturar o Estado para ser compatível de modo mais explícito com o modelo de desenvolvimento econômico do segundo pós-guerra¹³.

O terceiro aspecto diz respeito às inovações constitucionais ocorridas na Europa logo após o segundo pós-guerra que, aliado ao desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, foi propulsor para o reconhecimento de novos direitos e na América do Sul. O quarto e o quinto elementos, que respectiva-

e inconcluso.

⁸ GARGARELLA, Roberto. *Latin american constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁹ GARGARELLA, Roberto. *Latin american constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 34-53.

¹⁰ As ditaduras militares ocorreram em: Argentina (1976-1983); Brasil (1964-1985); Bolívia (1971-1985); Chile (1973-1990); e Equador (1972-1979).

¹¹ Para aprofundamentos, ver: CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, v. 6, p. 159-174, 2010.

¹² Mas que, deve-se pontuar, já se encontrava ameaçado pelas políticas neoliberais.

¹³ “A organização do Estado colombiano não poderia continuar a mesma para enfrentar o problema do desenvolvimento — e suas diferenças em relação ao século XX. Não se tratou, portanto, de uma reordenação de competências entre os ramos do poder público, mas de transformações que permitiram uma adequação mais flexível dos aparatos do Estado às exigências do mercado, e que tornaram possível o cumprimento de suas funções sob as mesmas regras de eficácia e eficiência próprias das unidades privadas”. MONCAYO CRUZ, Víctor Manuel. Constituição da Colômbia de 1991. In: SADER, Emir *et al.* *Latinoamericana: enciclopédia contemporânea da América Latina e do Caribe*. São Paulo: Boitempo, 2016.

mente dizem respeito a aspectos “culturais” e “ambientais”, referem-se às reivindicações da cultura¹⁴ que marcaram a segunda metade do século XX e que se plasam na perspectiva do multiculturalismo e do reconhecimento de novos sujeitos — como é o caso das reivindicações dos povos indígenas do continente; da mesma forma que corresponde ao nascimento dos movimentos ambientais que tiveram papel fundamental nos debates nacionais e internacionais sobre a “questão ambiental”, a sustentabilidade e no reconhecimento dos direitos do meio ambiente nestas novas constituições.

Em efeito, nota-se que tanto questões estruturais quanto conjunturais levaram à consolidação desse novo ciclo constitucional na região, dando sustentação para uma abertura cognitiva do constitucionalismo sul-americano para novos desafios. A emergência da questão ambiental nos textos constitucionais é uma característica que marca profundamente este ciclo. Cabe pontuar que este subcontinente é marcado pela riqueza ambiental, abriga a maior floresta tropical do planeta, além de recursos hídricos e minerais. A exploração econômica de séculos na região impulsionou a articulação dos movimentos ambientais na região na segunda metade do século XX, em consonância com os movimentos ambientais em escala global¹⁵. Nesse contexto, o reconhecimento do direito ao meio ambiente e do direito à água está em consonância com as reivindicações políticas e as projeções jurídicas no plano internacional do paradigma da sustentabilidade — a “era do desenvolvimento sustentável”¹⁶.

Sendo uma questão global, que diz respeito à geopolítica internacional e geoestratégia nacional, a água passou a ganhar relevância política desde a realização da Conferência de Estocolmo de 1972, tendo sido projetada para o epicentro das preocupações planetárias com a *Declaração Universal dos Direitos da Água*¹⁷ em 1992, no *Johannesburg World Summit* de 2002, o Comentário Geral n. 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas de 2002, e em 2010 com o reconhecimento formal do direito humano à água pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução A/RES/64/292¹⁸. Essa resolução foi formalmente proposta pela Bolívia e contou com a aprovação massiva dos países sul-americanos, com exceção da Guiana e Suriname que se abstiveram de votar¹⁹. Nesse sentido, tendo em vista as profundas intersecções entre o direito internacional e o direito constitucional, é possível dizer que a constitucionalização do meio ambiente e, em específico, do direito à água, é uma das profícuas consequências das ações conjuntas de organismos multilaterais no campo internacional²⁰.

O processo de abertura cognitiva do constitucionalismo na região que se inscreve nesse novo ciclo constitucional também é caracterizado pelos respectivos processos de democráticos domésticos que imprimem características peculiares em cada texto constitucional, a depender de cada contexto sociopolítico. Mais recentemente, ocorreram inovações profundas no constitucionalismo regional, trazidas pelas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), que foram reconhecidos como “novo constitucionalismo andino”, “novo constitucionalismo latino-americano” ou “constitucionalismo da diversidade”²¹. Ambas as constituições são resultados de processos de democratização política nestes países, realizam profundas inovações ao constitucionalismo sul-americano, na medida em que produzem um amplo reconhecimento das epistemo-

¹⁴ BENHABIB, Seyla. *The claims of culture: equality and diversity in the global era*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

¹⁵ Para aprofundamentos, ver: MARTÍNEZ-ALIER, Joan; SEJENOVICH, Héctor; BAUD, Michiel. O ambientalismo e o ecologismo na América Latina. In: CASTRO, Fábio de; HOGENBOOM, Barbara; BAUD, Michiel (coords.). *Governança ambiental na América Latina*. Buenos Aires: CLACSO, 2015. p. 39-72.

¹⁶ Nesse sentido: SACHS, Wolfgang. *The development dictionary: a guide to knowledge as power*. London: Zed Books, 2010.

¹⁷ Declaração proclamada na cidade do Rio de Janeiro em 22 de março de 1992, e instituiu este dia como o dia mundial da água.

¹⁸ Para aprofundamentos sobre o direito à água no plano internacional, conferir: MELO, Milena Petters; WOLKMER, Maria de Fátima. Cidades sustentáveis e gestão dos recursos hídricos: governança democrática na crescente interdependência global. In: SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (org.). *Sostenibilidad ambiental urbana*. Sevilla: ArCiBel, 2012. p. 515-557.

¹⁹ UNITED NATIONS. General Assembly. 108th Plenary meeting. *Official Records A/64/PV.108*, New York, 2010.

²⁰ É importante pontuar que os processos de constitucionalização produzem impacto maior para a governança do direito à água que os reconhecimentos no plano internacional.

²¹ MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago. O constitucionalismo da diversidade: América Latina, identidades, igualdade e pluralismo. In: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (org.). *Políticas constitucionais e sociedade: direitos humanos, bioética, produção do conhecimento e diversidades*. Curitiba: Prisma, 2015. p. 52-75.

logias do sul²², retratadas pelas cosmovisões indígenas profundamente presentes na esfera social desses dois países²³.

Essas Constituições nascem em um momento histórico peculiar no qual dois fatores centrais que podem ser pontuados. O primeiro diz respeito a um fator “político” designado pelo politólogo equatoriano Luis Tapia de “crisis de la correspondência”, que aponta para uma ausência de correspondência histórica entre as reivindicações populares, sobretudo de grupos política e economicamente marginalizados como é o caso dos povos indígenas, e as práticas estatais, isto é, da “correspondência entre las instituciones políticas del Estado y la diversidad de pueblos y culturas”²⁴. A solução para esse problema se pautou na construção da ideia de “Estado Plurinacional”²⁵, que corresponde à superação da concepção modernamente arquitetada pelo conceito de Estado-Nação, sob o paradigma da interculturalidade²⁶, que produziu o redesenho do próprio Estado do ponto de vista administrativo²⁷.

Outro aspecto que determinou a elaboração desses novos textos constitucionais, de caráter socioeconômico, refere-se às reivindicações relativas à proteção do patrimônio natural e aos bens comuns que ocorreram sobretudo na Bolívia, e que ficaram internacionalmente conhecidas como a “guerra da água”²⁸. Trata-se de um movimento social de meados da década de 1990 que questionou o modelo de políticas neoliberais que passou a ser impetrado neste país, e que opera a partir da privatização da água e dos recursos naturais. Desse modo, a projeção dessas reivindicações promoveu, em ambos os países, a nacionalização dos recursos naturais e uma clara e profunda preocupação com o meio ambiente, que refletem a cosmovisão indígena. Na perspectiva de Boaventura de Sousa Santos, o processo de “refundação” desses Estados, estimulados pelos movimentos sociais ambientalistas e indígenas, se realiza em virtude desses povos terem sofrido — e, em certo sentido, continuarem sofrendo — as consequências das características do Estado moderno nas suas mais variadas metamorfoses — sobretudo no que se refere ao “Estado de mercado”, que nasce com a aplicação das políticas neoliberais de privatização em grande escala²⁹.

Cabe, ainda, pontuar que essas constituições também produziram um processo de constitucionalização do direito que posicionam a Constituição na centralidade do sistema jurídico³⁰, sendo caracterizadas por sua força normativa³¹. O terceiro ciclo do constitucionalismo sul-americano é caracterizado pela atribuição

²² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur*. Buenos Aires: Antropofagia, 2010.

²³ Cabe fazer referência que tanto no Equador quanto na Bolívia os maiores grupos étnicos são compostos por povos indígenas.

²⁴ “Hay, también, un componente de crisis de legitimidad. En la medida en que los partidos no contienen representación amplia de la sociedad civil y de pueblos y culturas, y en la medida en que el parlamento y el Ejecutivo mostraron un creciente nivel de corrupción y cinismo, el sistema de partidos comenzó a ser fuertemente cuestionado hacia finales del siglo XX, y desde el año 2000 se empiezan a producir y desplegar los conflictos más intensos; la guerra del agua, los bloqueos en el altiplano y las grandes movilizaciones a favor de la nacionalización y la asamblea constituyente, que siempre iban acompañadas de una fuerte crítica al sistema de partidos, como el soporte político del estado en el país. Estas cosas ya son bien conocidas y ampliamente comentadas; no ocurren sólo en Bolivia, han pasado en todo el continente latinoamericano.” TAPIA, Luis. *Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional*. Buenos Aires: CLACSO, 2007. p. 48.

²⁵ Cfe. TAPIA, Luis. *Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional*. Buenos Aires: CLACSO, 2007.

²⁶ Cfe. WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las urgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Revista Tabula Rasa*, Bogotá, n. 9, jul./dez. 2008.

²⁷ Para aprofundamentos, conferir: MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago. A refundação do Estado e o pluralismo no novo constitucionalismo latino-americano. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 12, n. 1, 2017.

²⁸ Para aprofundamentos, conferir: BARLOW, Maude. *Blue gold: the fight to stop the corporate theft of the world's water*. New York: The New Press, 2002.

²⁹ “Cuando los movimientos indígenas, en el continente latinoamericano y en el mundo levantan la bandera de la refundación del Estado lo hacen por haber sufrido históricamente — y por seguir sufriendo hoy en día — las consecuencias de todas las características [...] del Estado moderno en muchas de sus metamorfosis (en el continente, en especial, el Estado colonial, el Estado liberal, el Estado desarrollista, el Estado burocrático y el Estado de mercado”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur*. Buenos Aires: Antropofagia, 2010. p. 70. Para aprofundamentos, ver: AMIRANTE, Carlo. *Dalla forma Stato alla forma mercato*. Torino: Giappichelli, 2008.

³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992. p. 22.

³¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Brasília: IBDC, 2010.

de relevância “jurídica” aos textos constitucionais, de modo que eles não mais se restringem a meras proposições ético-políticas, mas se tornam conquistas jurídicas fundamentais. Da mesma forma, todas essas Constituições trazem como uma nova preocupação a questão do meio ambiente e da proteção dos recursos naturais. Em efeito, as primeiras constituições desse ciclo, resultados de seu tempo histórico, realizam-no de modo mais tímido, mas as Constituições do Equador e Bolívia posicionam o meio ambiente na “*base epistemológica*” do processo de formulação de seus próprios textos.

3 O direito à água nas Constituições sul-americanas

Tomando em consideração o diálogo cada vez mais profícuo e inevitável entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos, torna-se importante pontuar que ele impacta inclusive a operabilidade do método comparativo do direito constitucional³². Em efeito, na medida em que ocorre a abertura das constituições para o processo de internacionalização do direito constitucional e constitucionalização do direito internacional, torna-se necessário analisar também os documentos internacionais relativos aos direitos humanos como materialmente “partes” dos textos constitucionais, embora muitas vezes não o sejam formalmente. Nesse sentido, desde 2010, os Estados sul-americanos reconheceram o direito humanos à água — com exceção da Guiana e Suriname. De acordo com a Resolução da ONU, os Estados se comprometeram a garantir que todas as pessoas de seus respectivos territórios disponham de acesso à água suficiente, saudável para uso pessoal e doméstico, independentemente da capacidade aquisitiva dos indivíduos³³.

O reconhecimento internacional do direito humano à água, entretanto, pelo fato de ter sido realizado mediante uma Resolução da Assembleia Geral da ONU e não por um Tratado ou Convenção Internacional, não possui efeito juridicamente vinculante, mas se projeta como uma obrigação política. Nesse sentido, mostra-se evidente que os processos de constitucionalização desse direito produzem efeitos mais profícuos que o reconhecimento pelo direito internacional³⁴. Do ponto de vista estrito dos textos constitucionais dos Estados da América do Sul, o reconhecimento do direito “fundamental” à água não é uma realidade em todos os países. Buscando um modo de sistematização das disposições constitucionais nessa região, pode-se apontar que existem três grupos de países na região. Num primeiro momento, trata-se dos Estados que expressamente “reconhecem a água como um direito fundamental” em seus textos constitucionais. Num segundo, daqueles que preveem políticas públicas para a água — mas não necessariamente a reconhecem expressamente como “direito fundamental”. E, o terceiro, dos Estados que silencia sobre a água como um direito, ou sobre políticas públicas para os recursos hídricos, mas que reconhece a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A respeito dos 12 países analisados nesta pesquisa, apenas 3 deles se enquadram no primeiro grupo que reconhece, expressamente, o direito fundamental à água nos seus textos: Uruguai, Equador e Bolívia.

No Uruguai, o direito à água é expressamente previsto pelo artigo 47 do texto constitucional, que dispõe que a água é um recurso natural essencial para a vida e que o acesso à água potável, e ao saneamento, constitui direito humano fundamental. O reconhecimento desse direito ocorreu no ano de 2004, mediante reforma constitucional realizada por meio de um referendo popular³⁵. A iniciativa desse referendo foi reali-

³² Cfe. SERNA DE LA GARZA, José María. Globalización y derecho constitucional comparado. In: ASTIDULLO REYES, César; CARPIZO, Jorge (coords.). *Constitucionalismo: dos siglos de su nacimiento en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013. p. 71-91.

³³ Cfe. ORTEGA, Guillermo; PORTILLO, Ana. *El agua ¿bien común o mercancía?* Asunción: CLACSO, 2015. p. 28-29.

³⁴ MELO, Milena Petters; WOLKMER, Maria de Fátima. O direito fundamental à água: convergências no plano internacional e constitucional. In: SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (org.). *Agua & derechos humanos*. 2012. p. 385-404.

³⁵ “En el 2004, el pueblo Uruguayo, en referéndum y con el 64% de los votos emitidos, decidía incorporar a la Constitución el reconocimiento del agua potable como un derecho humano”. ARROJO, Pedro. *El reto ético de la nueva cultura del agua, funciones, valores y derechos en juego*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006. p. 93.

zada pela *Comisión Nacional de Defensa del Agua y de la Vida* (CNDAV), criada em 2002 como contraponto às determinações do Fundo Monetário Internacional e do governo uruguaio que buscavam a privatização dos serviços de água e saneamento em todo o país³⁶. O processo de mobilização política levou o Uruguai a ser o primeiro país do globo a reconhecer o direito humano e fundamental à água e ao saneamento em um texto constitucional e de determinar a participação cidadã na gestão e controle das fontes de água. Além desse reconhecimento jurídico simbólico, o texto constitucional ainda determina a criação de uma política nacional de águas que deve ser baseada no ordenamento do território, na gestão sustentável com participação cidadão e na prevalência dos interesses sociais em detrimento dos econômicos (art. 47, 1, “a”, “b”, “c” e “d”).

Nesse mesmo sentido, a Constituição equatoriana de 2008 realiza um salto qualitativo com relação à proteção à água em seu texto. Ela cita a palavra “água” 25 vezes, e a palavra “hídrico” 4 vezes, reconhecendo o direito à água como fundamental e irrenunciável, sendo patrimônio nacional estratégico de uso público inalienável, imprescritível, inembargável e essencial para a vida (art. 12). A Constituição impõe que o Estado deve garantir o acesso à água a seus habitantes (art. 3, 1); relaciona o direito à água potável ao direito a uma vida digna (art. 66, 2); determina ser competência dos governos municipais a prestação de serviços públicos de água potável (art. 264, 4); aponta ser a água de essencial importância, juntamente com a terra e outros recursos produtivos, para a garantia da soberania alimentar (art. 281, 4). A Constituição ainda proíbe expressamente a privatização da água e de suas fontes, sendo função do Estado a regulamentação sobre o manejo de águas para a produção de alimentos, de acordo com os princípios da equidade, eficiência e sustentabilidade ambiental (art. 282). No que tange às empresas públicas, a Constituição determina que o Estado deve ser responsável pela provisão dos serviços públicos da água potável (art. 314).

A Constituição garante que a gestão da água deve ser exclusivamente pública e comunitária, de modo que o Estado deve apoiar o funcionamento da gestão comunitária em torno da gestão da água mediante o incentivo de alianças entre os entes público e a comunidade para a prestação de serviços (art. 318). O texto ainda impõe ao Estado a responsabilidade direta pela planificação e gestão dos recursos hídricos que se destinam ao consumo humano (art. 318), sendo proibida a paralização dos serviços públicos relativos à água (art. 326, 15). Ademais, no capítulo que trata da Biodiversidade e dos recursos naturais, há uma seção que trata em específico da água.

Na mesma esteira, a Constituição da Bolívia (2009) também realiza um amplo reconhecimento do direito fundamental à água. Seu texto menciona a palavra água também 24 vezes, e a palavra “hídrico” 10 vezes. Logo em seu preâmbulo, a Constituição faz menção à inspiração de seu texto nas lutas do passado, na sublevação indígena e anticolonial, fazendo referência à guerra da água que marcou o país no início do século XX, pontuando que busca construir uma convivência coletiva entre diferentes povos, com o devido acesso à água. Em seu texto, logo em seu artigo 16, dentro do rol de direitos fundamentais, estabelece que toda pessoa tem direito à água, acesso que deve ser universal e equitativo aos serviços básicos de água potável (art. 20, I). Da mesma forma, a Constituição equatoriana, também, prevê a impossibilidade de concessão ou de privatização da água, estando sujeitos a regimes de licença e registro (art. 20, III). Estabelece que é competência conjunta de todos os entes do Estado a atuação no sentido de proteção às águas e às bacias hidrográficas (art. 299, II, 9 e 11). Também aponta que as regiões de autonomia indígena e campesina podem exercer o controle sobre seus sistemas hídricos e fontes de água (art. 304, III, 4). A administração da água, enquanto um serviço básico, é uma responsabilidade das empresas públicas (art. 309, 2).

De modo semelhante à Constituição equatoriana, a Constituição boliviana reconhece um capítulo para tratar dos “Recursos Hídricos”, no título que trata do “Medio ambiente, recursos naturales y territorio”. Nesse ponto a Constituição reconhece a água não como um direito “fundamental”, mas como um direito “*fundamentalísimo*” para a vida, no marco da soberania do povo; pontuando que o Estado deve promover o uso e o acesso à água sobre a base dos princípios da solidariedade, complementariedade, reciprocidade,

³⁶ ARROJO, Pedro. *El reto ético de la nueva cultura del agua, funciones, valores y derechos en juego*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006. p. 95.

equidade, diversidade e sustentabilidade (art. 373, I). O Estado deve garantir o uso prioritário da água para a vida, no âmbito da gestão adequada e sustentável (art. 374, 1), com o reconhecimento, respeito e proteção dos usos e costumes das comunidades, de suas autoridades locais e das organizações indígenas originárias camponesas sobre o direito, o manejo e a gestão da água (art. 374, II).

A água ainda é pensada nas suas múltiplas dimensões (superficial e subterrânea), sendo que ambas constituem recursos finitos, vulneráveis e estratégicos e cumprem uma função social, cultural e ambiental (373, II) e que são considerados estratégicos para a soberania boliviana (art. 376). O Estado deve evitar ações nas nascentes e zonas intermediárias dos rios que ocasionem danos ao ecossistema (art. 376). Por fim, a Constituição pontua também que o Estado resguardará as águas fronteiriças e transfronteiriças, com o objetivo de conservação da riqueza hídrica que contribuirá para a integração dos povos (art. 377, II). Observa-se, também, um amplo e detalhado reconhecimento do direito “*fundamentalísimo*” à água na Constituição da Bolívia (art. 373, I).

Os três textos constitucionais acima detalhados são referências para a América do Sul no que se refere ao reconhecimento do direito à água. Outrossim, no segundo grupo de Constituições da região, encontram-se os Estados que preveem políticas públicas para a água – mas não necessariamente a reconhecem expressamente como “direito fundamental”. Nesse grupo, encontram-se as constituições do Brasil (1988) e da Colômbia (1991), que determinam a elaboração de políticas públicas nacionais para a água, mas não reconhecem o direito fundamental à água; além das constituições do Uruguai (reforma de 2004), Equador (2008) e Bolívia (2009), que além de preverem políticas públicas nacionais para a água ainda a reconhecem como um direito fundamental, conforme visto acima. A Constituição brasileira determina, em seu artigo 21, inciso XIX, ser competência da União instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga do direito de uso³⁷. A Constituição da Colômbia, da mesma forma, estabelece em seu artigo 366 que o bem-estar e o melhoramento da qualidade de vida são finalidades sociais do Estado, de modo que será objetivo do Estado assegurar as necessidades relativas à, dentre outras coisas, água potável, determinando que nas políticas públicas e planos nacionais, o gasto público social tem prioridade sobre outras áreas. Nesse mesmo sentido, as políticas públicas para a proteção dos recursos hídricos também é prevista, conforme visto acima, no Uruguai (artigo 47), no Equador (artigo 411³⁸) e na Bolívia (artigo 374³⁹).

Por fim, cabe mencionar os países que reconhecem silenciam sobre o direito à água e a proteção dos recursos hídricos por meio de políticas públicas, mas que reconhecem a proteção do meio ambiente. Nessa lista se encontram todos os demais países sul-americanos. A constituição do Chile (1980) prevê no seu artigo 8º o direito a viver num ambiente livre de contaminação, impondo ao Estado o dever de garantir esse direito; a constituição da Guiana (1980) reconhece em seu artigo 149 que todos têm o direito ao meio ambiente e o Estado deve protegê-lo; a constituição do Suriname (1987, com alterações de 1992) aponta para a proteção do meio ambiente no artigo 6, “a” e “g”, o posicionando como um objetivo social do Estado; a Constituição do Peru (1992) prevê, nos artigos 2, inciso 22, e, nos artigos 66 a 69, que toda pessoa tem o direito a gozar de um ambiente equilibrado e adequado ao desenvolvimento da vida; a Constituição do Paraguai (1992) determina, nos artigos 7º e 8º, o direito a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado; a reforma constitucional da Argentina (1994) também incluiu no artigo 41 a 43 o direito a um meio ambiente saudável, equilibrado, apto para o desenvolvimento humano e para as atividades produtivas; e, por fim, a constituição da Venezuela (1999) também pontua ser um direito e um dever de cada geração a proteção do meio ambien-

³⁷ Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei n. 9.433/1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos.

³⁸ Art. 411 – El Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua. La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua.

³⁹ Art. 374, I – [...] Es deber del Estado gestionar, regular, proteger y planificar el uso adecuado y sustentable de los recursos hídricos, con participación social, garantizando el acceso al agua a todos sus habitantes. La ley establecerá las condiciones y limitaciones de todos los usos [...].

te. Toda pessoa tem direito individual e coletivo a disfrutar de uma vida e de um ambiente seguro, saudável e ecologicamente equilibrado (arts. 127 a 129).

4 Elementos comuns e traços distintivos do direito à água nas Constituições sul-americanas

Levando-se em consideração a análise dos textos constitucionais realizadas na seção anterior, nota-se que os países que reconheceram a água como direito fundamental fizeram-no nas mais recentes transformações constitucionais que ocorreram no subcontinente já no século XXI. Já as constituições e reformas constitucionais anteriores, promulgadas até o ano de 1999, limitaram-se ao reconhecimento do direito ao meio ambiente e/ou a previsões de políticas públicas para a preservação e conservação dos recursos hídricos de seus respectivos territórios nacionais. Esse fato aponta para dois pontos. O primeiro diz respeito ao processo de evolução aquisitiva do constitucionalismo democrático no século XXI, mesmo no interior de um determinado ciclo constitucional que, a partir de aberturas cognitivas no campo político, projetam-se, juridicamente, nos textos constitucionais. O segundo refere-se a uma determinada tendência de abertura cognitiva do constitucionalismo sul-americano à questão da água e à constitucionalização deste direito. De fato, alguns países da região que não reconheceram o direito à água em suas constituições estão discutindo fazê-lo por meio de emendas ao texto constitucional, como é o caso do Brasil e da Colômbia⁴⁰.

Um elemento comum, entretanto, entre as constituições sul-americanas é que nenhuma delas silencia sobre a proteção do meio ambiente. Nesse sentido, o terceiro ciclo do constitucionalismo da América do Sul é marcado pela “questão ambiental”, ou seja, pela constitucionalização da proteção ao meio ambiente. Embora essa proteção também se inscreva de modo diferente em cada texto constitucional, é certo que se trata de uma preocupação política fundamental comum aos países deste subcontinente. No âmbito dessa proteção ampla, a questão da água encontra-se subjacente, mesmo que de modo implícito, na medida em que esta e os recursos hídricos, de modo geral, constituem objeto de reflexão e preocupação do meio ambiente. Contudo, também é possível categorizar as constituições estudadas em dois grandes modelos de Estado, que se referem a dois modelos “epistemológicos” que as fundamentam. Ou seja, tratam-se de “modelos” de proteção constitucional ao meio ambiente em *lato sensu* e à água em *stricto sensu*: o Estado de direito ecológico/ambiental e o Estado de *Bien Vivir*.

A noção de um Estado constitucional ambiental ou Estado de direito ecológico/ambiental, como bem pontua José Rubens Morato Leite⁴¹, nasce a partir da constatação de que o ideal moderno de Estado de Direito não comporta e não é suficiente para tratar das questões ambientais emergentes na segunda metade do século XX e no século XXI. Esses conceitos surgiram no contexto alemão no âmbito da revisão da Lei Fundamental e introjeção do artigo 20a — que diz respeito à “proteção dos recursos naturais vitais e dos animais” —, e que se baseiam no princípio da sustentabilidade, para a construção de uma nova ética ecológica institucional. O conceito de Estado ecológico surgiu na Alemanha a partir da modificação no texto constitucional que inseriu a proteção dos recursos naturais vitais e dos animais, tendo sido criado e desenvolvido pelo jurista Klaus Bosselman. Nesse mesmo contexto, nasceu também o conceito de Estado

⁴⁰ No Brasil, a *Proposta de Emenda à Constituição n. 04/2018*, de autoria do Senador Jorge Viana (PT/AC) e outros, busca incluir, na Constituição Federal, o acesso à água potável entre os direitos e garantias fundamentais. Na Colômbia o *Proyecto de Acto Legislativo n. 14/2017*, inclui o artigo 11-A, dentro do Capítulo I, Título II da Constituição, que dispõe: Todo ser humano en el territorio nacional tiene derecho al agua, en condiciones de accesibilidad, calidad y disponibilidad. Su uso prioritario es el consumo humano sin detrimento de su función ecológica, para lo cual el Estado garantizará la protección y recuperación de los ecosistemas del recurso hídrico conforme al principio de progresividad.

⁴¹ Para aprofundamentos, conferir: LEITE, José Rubens Morato; SILVEIRA, Paula Galbiatti; BETTEGA, Belisa. O Estado de direito para a natureza: fundamentos e conceitos. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França. *Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza*. São Paulo: Instituto Direito por um Planeta Verde, 2017.

ambiental, criado pelo também alemão Michael Kloepfer⁴².

Essa perspectiva teórica e normativa é construída com base no paradigma do desenvolvimento sustentável e pauta-se na ideia de “justiça ambiental”⁴³. Recentemente, a *World Commission on Environmental Law of International Union for Conservation of Nature (IUCN)*⁴⁴ publicou documento *World Declaration on the Environmental Rule of Law* que prevê os objetivos e instrumentos para a construção do Estado de Direito Ecológico. Nas palavras de José Rubens Morato Leite e Flávia França Dinnebier⁴⁵

nesta declaração foi estabelecido que o Estado de Direito Ecológico é fundamental para consecução dos direitos, deveres e governança global para proteção, preservação e conservação da natureza. Na declaração fica patente que a regulação clássica do Estado de Direito não é suficiente e exige várias outros pressupostos, tais como: 1. Desenvolvimento e estabelecimento de regulamentações claras, rígidas, eficazes, executáveis e de políticas administrativamente eficientes, justas e inclusivas, buscando melhores níveis de qualidade ambiental; 2. Medidas visando o cumprimento efetivo e não demorado da lei e da política ambiental, incluindo instrumentos criminais, civis, administrativos e demais; 3. Regras efetivas de acesso, participação e informação no processo de decisão e ao judiciário; 4. Monitoramento, relatório e avaliação Ambiental como instrumentos sistêmicos, integrativos e que evitem a corrupção.

Nesse sentido, o que distingue a clássica concepção de Estado de Direito dessa concepção de Estado Ecológico/Ambiental de Direito diz respeito ao primeiro caso, “as obrigações jurídicas de proteção do ambiente reduziam-se ao dever de realizar um esforço para evitar danos ambientais e, na medida do possível, melhorar a qualidade do ambiente”⁴⁶; ao passo que, no segundo caso, “a obrigação é de alcançar resultados: resultados na prevenção eficaz de danos ambientais e de melhoria real da qualidade do ambiente”. Isto é, trata-se da ampliação das funções do Estado em direção à proteção do meio ambiente⁴⁷. Esse ambicioso objetivo “requer a adoção de todas as medidas necessárias para produzir mudanças, respeitar prazos e atingir metas”⁴⁸, impactando diretamente as ações e decisões da política institucional. Cabe pontuar que, nesse paradigma, a proteção do meio ambiente se inscreve numa dimensão antropocêntrica.

De outro modo, a concepção de Estado de *Bien-Vivir*, por um lado, dialoga com o Estado de Direito Ecológico/Ambiental, na medida em que pode ser lido como o diálogo evolutivo em relação a este último, mas, por outro, também rompe com alguns de seus pressupostos. O Estado de *Bien-Vivir* constrói-se com base na cosmovisão indígena, ou seja, no modo indígena de interpretar a vida em comunhão com a natureza, sendo distinta da visão antropocêntrica do Estado de Direito Ambiental/Ecológico. Trata-se de um processo de refundação do Estado que se assenta em uma perspectiva anticolonial e, como bem pontua o preâmbulo da Constituição boliviana, também antineoliberal, vai além do “bem-estar social”, e se harmoniza diretamente com a “vida em natureza”.

⁴² Para aprofundamentos, conferir: BOSSELMANN, Klaus. *The rule of law grounded in the Earth: ecological integrity as a ground-norm*. Planetary Boundaries Initiative Symposium 19&20 Sept. 2013. London: Charles Darwin House, 2013; KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁴³ ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do A.; BEZZERA, Gustavo das Neves. *O que é justiça ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

⁴⁴ WORLD ENVIRONMENTAL LAW CONGRESS. *World declaration on the environmental rule of law*. Rio de Janeiro: IUCN, 2016.

⁴⁵ LEITE, José Rubens Morato; SILVEIRA, Paula Galbiatti; BETTEGA, Belisa. O Estado de direito para a natureza: fundamentos e conceitos. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França. *Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza*. São Paulo: Instituto Direito por um Planeta Verde, 2017. p. 7.

⁴⁶ ARAGÃO, Alexandra. O Estado de direito ecológico no antropoceno e os limites do planeta. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França. *Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza*. São Paulo: Instituto Direito por um Planeta Verde, 2017. p. 30.

⁴⁷ Para aprofundamentos, ver: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo da Silva. *Proteção do meio ambiente na Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandra. O Estado de direito ecológico no antropoceno e os limites do planeta. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França. *Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza*. São Paulo: Instituto Direito por um Planeta Verde, 2017. p. 30.

Como aponta Rubens Martínez Dalmau, o conceito de *bien vivir* — tradução literal de *Sumak Kawsay* no Equador e *Suma Qamaña* na Bolívia — significa literalmente “boa vida”, estando esta concepção em sintonia com “las culturas indígenas andinas de América del Sur y es recepcionada en Ecuador como *Bien vivir*”. Em efeito, é “puesto una cosmovisión de armonía de comunidades humanas con la naturaleza, no un ser humano o parte de una comunidad de personas que, por ahora, es un elemento que constituye la misma Pachamama, o Madre Tierra.”⁴⁹. Trata-se, portanto, de uma visão integral e complexa da vida e da experiência humana, que se relaciona, diretamente, com a Pachamama protegida e conservada⁵⁰.

As inovações do *Bien-Vivir*, positivadas nas constituições do Equador e da Bolívia, apontam para uma revisão da relação da humanidade com a natureza e da sua interdependência. Em termos teórico e epistemológicos pode-se falar de uma “virada biocêntrica”⁵¹ no constitucionalismo sul-americano, com a superação, ao menos do ponto do vista teórico, do antropocentrismo. Nesse aspecto, ao se construir um Estado de *buen vivir*, coloca-se em discussão o paradigma da modernidade, do desenvolvimento e do progresso econômico e técnico-científico, “e se abre para a necessidade de construir novas estruturas cognitivas para a vida social, ou seja, uma nova epistemologia, novas metodologias, novas práticas, ‘modos de fazer’ para a política e a técnica jurídica”⁵². Em termos práticos, trata-se da superação da lógica do mercado, expressa em grande parte dos setores político-econômicos⁵³.

Esse novo paradigma do constitucionalismo da América do Sul, que ficou conhecido como “constitucionalismo andino”, “novo constitucionalismo latino-americano” ou “constitucionalismo da diversidade”, imprime a emergência de um “novo” direito à água⁵⁴, na medida em que essas constituições “rompe[m] com a tradição constitucional clássica do Ocidente, que atribui aos seres humanos a fonte exclusiva de direitos subjetivos e direitos fundamentais, para introduzir a natureza como sujeito de direitos”⁵⁵. Trata-se de uma ruptura e deslocamento dos valores antropocêntricos, sendo “uma mudança radical em comparação aos demais regimes constitucionais na América Latina”⁵⁶. Nessas novas constituições, a água não é considerada mero “objeto de direito”, mas “sujeito de direito”⁵⁷, um “espacio de vida”⁵⁸ que possui direitos inerentes à

⁴⁹ MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución de Ecuador de 2008. *Alter Justitia*: estudio sobre teoría y justicia constitucional, Guayaquil, Universidad de Guayaquil: Facultad de Jurisprudencia, n. 1, p. 24-25, 2008. Para aprofundamentos, ver: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). *El buen vivir*: una vía para el desarrollo. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.

⁵⁰ Como bem apontam Antonio Carlos Wolkmer, Maria de Fátima Wolkmer e Sérgio Augustin, “há de se ter presente, como adverte o uruguayo Gudynas, que acompanhou o processo constituinte, de que “as tradições culturais andinas expressadas no “buen vivir” (ou Pachamama) têm muitas ressonâncias com as ideias ocidentais da ética ambiental, promovida, por exemplo, pela ‘ecologia profunda’ ou os defensores de uma “comunidade de vida”. [...] Igualmente, nem todas as posturas dos povos indígenas originários são biocêntricas, e que inclusive existe diferentes construções para a Pachamama”. AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima; WOLKMER, Antonio Carlos. O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina. In: WOLKMER, Maria de Fátima; MELO, Milena Petters (org.). *Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade*: visões multidisciplinares. Caxias do Sul, RS: Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2012. p. 60.

⁵¹ MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 1, 2013. p. 81; Também ver: WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9. *Anais...* Curitiba: ABDConst, 2010. p. 143-155.

⁵² MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 1, 2013. p. 82.

⁵³ ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. *Água*: un derecho humano fundamental. Quito: Abya Yala, 2010. p. 18-23.

⁵⁴ AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima; WOLKMER, Antonio Carlos. O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina. In: WOLKMER, Maria de Fátima; MELO, Milena Petters (org.). *Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade*: visões multidisciplinares. Caxias do Sul, RS: Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2012. p. 62.

⁵⁵ AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima; WOLKMER, Antonio Carlos. O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina. In: WOLKMER, Maria de Fátima; MELO, Milena Petters (org.). *Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade*: visões multidisciplinares. Caxias do Sul, RS: Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2012. p. 63.

⁵⁶ GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico*: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la Nueva Constitución. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009. p. 30-31.

⁵⁷ Para aprofundamentos, ver: RAMÍREZ VÉLEZ, Pablo Maurício. *La naturaleza como sujeto de derechos*: materialización de los derechos, mecanismos procesales y la incidencia social en Ecuador. Quito: FLACSO Ecuador, 2012.

⁵⁸ QUIROLA SUÁREZ, Diana. Sumak Kawsay: hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza. In: ACOSTA, Alberto;

sua própria condição. A água, nesse contexto, considerada como direito fundamental (Equador) ou como direito *fundamentalíssimo* (Bolívia), encontra-se na centralidade desse processo mais amplo de edificação de uma nova cultura constitucional com forte apelo contra hegemônico⁵⁹.

Deve-se pontuar, portanto, que o ciclo constitucional nascido em 1980 na América do Sul abre o caminho para a construção de Estados de Direito Ecológico/Ambientais, na medida em que o meio ambiente tornou-se uma questão política fundamental. Nesse ciclo, as constituições do Equador e da Bolívia aperfeiçoam esse modelo a partir da contribuição das cosmovisões indígenas e refundam seus Estados na perspectiva do *Bien-Vivir*, que posiciona a água como direito fundamental e como uma questão central para esse novo modelo, que se inscreve em um “processus d’écologisation du droit de l’eau”⁶⁰, desenvolvido com base em um novo “approche écologique”.

Cabe pontuar, contudo, que o reconhecimento explícito do direito à água pelos três países sul-americanos possui aspectos distintivos. A Constituição do Uruguai encontra-se no modelo de Estado Ecológico/Ambiental no qual se inscrevem as demais constituições sul-americanas — com exceção do Equador e Bolívia — e reconhece o direito à água no paradigma antropocêntrico de relação da humanidade com a natureza. Já nas constituições do Equador e da Bolívia, que inauguram o modelo de *Bien-Vivir*, também se encontram diferenças pontuais. A principal diferença diz respeito ao fato de que a Constituição do Equador reconhece o direito “fundamental” à água enquanto que a Constituição da Bolívia vai além e reconhece o direito “*fundamentalíssimo*” à água. Em termos teóricos, pode-se dizer, adstrito a uma análise linguística, que o direito à água possui maior grau de relevância na Constituição boliviana que na equatoriana, pelo fato de a considerá-la “*fundamentalíssimo*”, o que se coloca como uma questão estimulante para a teoria da constituição contemporânea.

Desse modo, pode-se afirmar que a abertura cognitiva do constitucionalismo contemporâneo na América do Sul, tendo em vista a somatória de elementos comuns e traços distintivos na proteção do direito à água e da proteção dos recursos hídricos, oferece respostas pertinentes e congruentes a um grandioso desafio da humanidade — a proteção do direito à água —, com determinações inovadoras e pioneiras, enriquecendo o valor do patrimônio comum do constitucionalismo democrático.

5 Considerações finais

O reconhecimento do direito humano e fundamental à água é um importante passo para o aprimoramento das políticas constitucionais que objetivam a sua efetivação e concretização. Nas constituições sul-americana, entretanto, esse direito somente é expressamente reconhecido por três países e apresenta peculiaridades em cada um dos respectivos textos constitucionais. Isso demonstra que o reconhecimento de qualquer direito fundamental está inevitavelmente ligado aos diálogos possíveis em cada contexto sociopolítico nacional que lhe projeta política e juridicamente. Da mesma forma, permite olhar para a América do Sul como um subcontinente marcado por uma pluralidade de perspectivas jurídicas, de movimentos, atores e interesses multifacetados, que se plasmam em um efetivo caleidoscópio jurídico.

Embora a proteção constitucional da água não ocorra expressamente em todos os textos constitucionais sul-americanos, cabe pontuar que o seu não reconhecimento formal, entretanto, não impede — mas, pode efetivamente dificultar —, o desenvolvimento de políticas públicas nacionais para a proteção dos recursos

MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). *El buen vivir: una vía para el desarrollo*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009. p. 104-105.

⁵⁹ Cfe. SILVA, Klaus Pereira da; GUEDES, Ana Lucia. Buen vivir andino: resistência e/ou alternativa ao modelo hegemônico de desenvolvimento. *Cadernos EBAPE*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, p. 682-693, 2017.

⁶⁰ Cfe. AMIRANTE, Domenico. Les problèmes généraux soulevés par l’eau: une approche juridique. *Annuaire Européen d’Administration Publique*, n. 33, 2010. p. 28.

hídricos. Cabe pontuar, contudo, que, com exceção da Guiana e Suriname, os demais países sul-americanos reconheceram o direito humano à água no plano internacional, que, apesar de ter sido realizado por meio de uma Resolução da Assembleia Geral da ONU e não possuir efeito juridicamente vinculante, impõe o compromisso político a estes Estados de assegurá-lo a toda sua população. Da mesma forma, uma das características do terceiro ciclo do constitucionalismo da região é a constitucionalização do meio ambiente por todos os textos constitucionais vigentes desde a década de 1980, que introduz, por si só, uma proteção, mesmo que implícita, subjacente e precária, do direito à água e dos recursos hídricos nesses países. Nesse sentido, pode-se dizer que a proteção do meio ambiente constitui elemento da identidade constitucional sul-americana.

Respondendo à pergunta de pesquisa realizada na introdução deste trabalho: “pode-se conceber um comum direito constitucional à água na região?”, a resposta é em parte negativa. Isso porque observar-se que a proteção constitucional do direito à água é uma preocupação recente do constitucionalismo em termos mundiais, tendo sido positivado nos textos constitucionais sul-americanos de forma pioneira a partir do ano de 2004 no Uruguai e nas constituições do Equador e Bolívia, posteriormente promulgadas. Entretanto, pode-se afirmar que, embora a proteção comum de todos os países ainda não seja uma realidade, ela se projeta como uma tendência jurídica de abertura cognitiva do próprio constitucionalismo democrático contemporâneo, da mesma forma que a proteção constitucional do meio ambiente em *lato sensu* também o é.

Cabe também pontuar que permanecem interrogativos sobre a proteção constitucional do direito à água nos países sul-americanos que a reconhecem como direito fundamental, sobretudo quando se remete às realidades do Estado de *Bien-Vivir*: a superação, ao menos do ponto de vista formal, do antropocentrismo representa um rompimento ou uma nova fase do paradigma da modernidade jurídica e, portanto, do constitucionalismo moderno? A virada biocêntrica se posiciona no âmbito do terceiro ciclo do constitucionalismo sul-americano ou pode ser o impulso para se conceber um novo ciclo do constitucionalismo na América do Sul e também na América Latina? Qual o sentido e significado da categoria “direito *fundamentalíssimo*” e de que modo ela se diferencia de um “direito fundamental” e de que modo essa discussão pode enriquecer a teoria constitucional contemporânea? Esses questionamentos se projetam como profundas questões para a Teoria da Constituição e para o Direito Constitucional contemporâneos.

Em efeito, o reconhecimento do direito constitucional à água pelas constituições sul-americanas representa uma grande contribuição para o patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo, da mesma forma que se coloca como um pujante desafio para os países que o reconhecem e, da mesma forma, para o constitucionalismo do século XXI.

Referências

- ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. *Água: un derecho humano fundamental*. Quito: Abya Yala, 2010.
- ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). *El buen vivir: una vía para el desarrollo*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.
- ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do A.; BEZZERA, Gustavo das Neves. *O que é justiça ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- AMIRANTE, Carlo. *Dalla forma Stato alla forma mercato*. Torino: Giappichelli, 2008.
- AMIRANTE, Domenico. Les problèmes généraux soulevés par l'eau: une approche juridique. *Annuaire Européen d'Administration Publique*, n. 33, 2010.
- ARAGÃO, Alexandra. O Estado de direito ecológico no antropoceno e os limites do planeta. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França. *Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas di-*

- mensões para a proteção da natureza. São Paulo: Instituto Direito por um Planeta Verde, 2017.
- ARROJO, Pedro. *El reto ético de la nueva cultura del agua, funciones, valores y derechos en juego*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006.
- AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima; WOLKMER, Antonio Carlos. O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina. In: WOLKMER, Maria de Fátima; MELO, Milena Petters (orgs.). *Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade: visões multidisciplinares*. Caxias do Sul, RS: Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2012.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo da Silva. *Proteção do meio ambiente na Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARLOW, Maude. *Blue gold: the fight to stop the corporate theft of the world’s water*. New York: The New Press, 2002.
- BENHABIB, Seyla. *The claims of culture: equality and diversity in the global era*. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *L’età dei diritti*. Torino: Einaudi, 1990.
- BOSELNANN, Klaus. *The rule of law grounded in the Earth: ecological integrity as a grundnorm*. Planetary Boundaries Initiative Symposium 19&20 Sept. 2013. London: Charles Darwin House, 2013.
- CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, v. 6, p. 159-174, 2010.
- GARGARELLA, Roberto. *Latin american constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- SERNA DE LA GARZA, José Maria. Globalización y derecho constitucional comparado. In: ASTIDULLO REYES, César; CARPIZO, Jorge (coords.). *Constitucionalismo: dos siglos de su nacimiento en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Brasília: IBDC, 2010.
- KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- LEITE, José Rubens Morato; SILVEIRA, Paula Galbiatti; BETTEGA, Belisa. O Estado de direito para a natureza: fundamentos e conceitos. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França. *Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza*. São Paulo: Instituto Direito por um Planeta Verde, 2017.
- GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la Nueva Constitución*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.
- MARTÍNEZ-ALIER, Joan; SEJENOVICH, Héctor; BAUD, Michiel. O ambientalismo e o ecologismo na América Latina. In: CASTRO, Fábio de; HOGENBOOM, Barbara; BAUD, Michiel (coords.). *Governança ambiental na América Latina*. Buenos Aires: CLACSO, 2015. p. 39-72.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución de Ecuador de 2008. *Alter Justitia: estudio sobre teoría y justicia constitucional*, Guayaquil: Universidad de Guayaquil: Facultad de Jurisprudencia, n. 1, p. 24-25, 2008.
- MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 1, 2013.

- MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago. A refundação do Estado e o pluralismo no novo constitucionalismo latino-americano. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 12, n. 1, 2017.
- MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago. O constitucionalismo da diversidade: América Latina, identidades, igualdade e pluralismo. In: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (org.). *Políticas constitucionais e sociedade: direitos humanos, bioética, produção do conhecimento e diversidades*. Curitiba: Prismas, 2015. p. 52-75.
- MELO, Milena Petters; WOLKMER, Maria de Fátima. O direito fundamental à água: convergências no plano internacional e constitucional. In: SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (org.). *Agua e Derechos Humanos*. 2012. p. 385-404.
- MELO, Milena Petters; WOLKMER, Maria de Fátima. Cidades sustentáveis e gestão dos recursos hídricos: governança democrática na crescente interdependência global. In: SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (org.). *Sostenibilidad ambiental urbana*. Sevilha: ArCiBel, 2012. p. 515-557.
- MONCAYO CRUZ, Víctor Manuel. Constituição da Colômbia de 1991. In: SADER, Emir *et al.* *Latinoamericana: enciclopédia contemporânea da América Latina e do Caribe*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- ONIDA, Valerio. *La Costituzione ieri e oggi*. Bologna: Il Mulino, 2008.
- ORTEGA, Guillermo; PORTILLO, Ana. *El agua ¿bien común o mercancía?* Asunción: CLACSO, 2015.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- QUIROLA SUÁREZ, Diana. Sumak Kawsay: hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). *El buen vivir: una vía para el desarrollo*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.
- RAMÍREZ VÉLEZ, Pablo Mauricio. *La naturaleza como sujeto de derechos: materialización de los derechos, mecanismos procesales y la incidencia social en Ecuador*. Quito: FLACSO Ecuador, 2012.
- SACHS, Wolfgang. *The development dictionary: a guide to knowledge as power*. London: Zed Books, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur*. Buenos Aires: Antropofagia, 2010.
- SILVA, Klaus Pereira da; GUEDES, Ana Lucia. Buen vivir andino: resistência e/ou alternativa ao modelo hegemônico de desenvolvimento. *Cadernos EBAPE*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, 2017.
- TAPIA, Luis. *Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional*. Buenos Aires: CLACSO, 2007.
- UNITED NATIONS. General Assembly. 108th Plenary meeting. *Official Records A/64/PV.108*, New York, 2010.
- WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las urgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Revista Tabula Rasa*, Bogotá, n. 9, jul./dez. 2008.
- WORLD ENVIRONMENTAL LAW CONGRESS. *World Declaration on the Environmental Rule of Law*. Rio de Janeiro: IUCN, 2016.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Turino: Einaudi, 1992.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Direitos Humanos na América Latina: avanços e desafios inerentes à atual conjuntura política

Human rights in Latin America: advances and challenges in the current political conjuncture

Paulo Renato Vitória

Gabriela Maia Rebouças

Direitos Humanos na América Latina: avanços e desafios inerentes à atual conjuntura política*

Human rights in Latin America: advances and challenges in the current political conjuncture

Paulo Renato Vitória**

Gabriela Maia Rebouças***

Resumo

O presente artigo discorre sobre os avanços e desafios dos direitos humanos na América Latina no contexto da atual conjuntura política, marcada por uma nova ofensiva imperial/conservadora, que se evidencia na “reatualização da Doutrina Monroe” e na implementação de novos mecanismos de “guerra híbrida”, como reação ao processo de integração regional, soberania e inclusão social iniciado na década de 2000. Na primeira parte, fazemos uma distinção entre duas perspectivas de análise possíveis, uma de caráter liberal e outra de matriz crítica e decolonial, para justificar nossa opção pela segunda abordagem. Na segunda parte, apresentamos alguns elementos históricos relacionados à inserção dos países americanos no sistema-mundial moderno/colonial. Na terceira e última parte, analisamos a atual conjuntura a partir dos elementos anteriores. Trata-se de uma pesquisa predominantemente analítico-bibliográfica, que utiliza como principais referenciais de análise o pensamento decolonial latino-americano e as teorias críticas de direitos humanos. Por meio destas ferramentas, chegamos à conclusão de que as lutas pela independência dos países da região foram incompletas, devido à emergência dos Estados Unidos como nova potência imperialista e à conseqüente consolidação de uma estrutura de dependência e subordinação (política, econômica e cultural), que perpetua as diversas heterarquias típicas da colonialidade do poder e condena os países latino-americanos a permanecer, mesmo após a independência formal, ocupando o mesmo papel periférico e subalterno correspondente ao período colonial, sobretudo no que concerne à divisão internacional do trabalho e dos recursos. Trata-se de uma abordagem original e pouco explorada na literatura brasileira, que abre diferentes caminhos de análise para futuras pesquisas.

Palavras-Chave: América Latina. Direitos Humanos. Soberania. Independência. Imperialismo. Decolonialidade.

Abstract

This article discusses some of the advances and challenges of human rights in Latin America in the current political conjuncture, characterized by a new imperial / conservative offensive, which is evidenced by the “re-updating of the Monroe Doctrine” and the implementation of “hybrid war” mecha-

* Recebido em 31/05/2019

Aprovado em 00/00/0000

** Doutor em Desarrollo y Ciudadanía: Derechos Humanos, Igualdad, Educación e Intervención Social, pela Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (2017). Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2007) e bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, também pela PUCRS (2005). Atualmente em estágio de Pós-Doutorado em Direitos Humanos na Universidade Tiradentes – UNITI, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Email: prvitória@gmail.com. Currículum: <http://lattes.cnpq.br/8986945132379877>.

*** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2010). Estágio Pós-doutoral com bolsa CAPES no Centro de Estudos Sociais da UC/PT (2015/2016). Coordenadora do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes – UNITI/SE e docente do Mestrado em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas no UNITI/AL. Pesquisadora do Instituto de Tecnologia e Pesquisa (ITP/SE) e líder do grupo de pesquisa ativo no CNPq Acesso à justiça, direitos humanos e resolução de conflitos. E-mail: gabriela.maia@pq.cnpq.br. Currículum: <http://lattes.cnpq.br/2492637659878967>.

nisms as a reaction to the processes of regional integration, sovereignty, and social inclusion initiated in the 2000s. First, we distinguish between two possible perspectives of analysis, one liberal and another critical and decolonial, to justify our choice for the second approach. In the second part, we present some historical elements about the insertion of the American countries in the modern/colonial world-system. In the third and last part, we analyse the current situation from the previous elements. This is a predominantly analytical-bibliographical research, which uses Latin American decolonial thinking and critical theories of human rights as the main analysis tools. Through these, we conclude that the struggles for the independence of the countries of the region were incomplete, due to the emergence of the United States as a new imperialist power and the consequent consolidation of a structure of dependence and subordination (political, economic and cultural) that perpetuates the various typical heterarchies of the coloniality of power and condemns the Latin American countries to remain, even after formal independence, occupying the same peripheral and subordinate role in the international division of labor and resources corresponding to the colonial period. This is an original and little explored approach in the Brazilian literature, which opens up different ways of analysis for future research.

Keywords: Latin America. Human Rights. Sovereignty. Independence. Imperialism. Decoloniality.

1 Introdução

Nós, seres humanos, pensamos e nos comunicamos com palavras. Nos relacionamos entre nós mesmos com ficções, e essas ficções podem aprisionar-nos ou liberar-nos, criar limites habilitantes ou cárceres cujas grades são a gramática prisioneira com a qual se lê o mundo. Em política (mescla de *polis* e de *polemos*), todos os conceitos estão em disputa e podem cair do lado da emancipação ou do lado da regulação. Mesmo que a especialização da época tenha criado laboratórios de ideias com o único objetivo de disciplinar a sociedade com palavras-armadilha. Não há análise política possível se não regressamos ao exemplo dado por Miguel de Unamuno quando um jornalista lhe perguntou: “você acredita na existência de Deus?” ao que o pensador bilbaíno respondeu: “diga-me o que você entende por acreditar, por existir e por Deus e lhe responderei”. A verdade política, na atualidade, segue respondendo a representações sociais hegemônicas de cada sociedade. (MONEDERO, 2011).

Para situar o nosso aporte com relação aos principais “avanços e desafios dos direitos humanos na América Latina inerentes à atual conjuntura política”, seguindo o exemplo narrado na epígrafe, este artigo inicia delimitando a definição do que entendemos por “direitos humanos” e quais os principais elementos que caracterizam “a atual conjuntura política” na região. Iremos supor, desde logo, um acordo sobre a definição de “América Latina” como o nome dado pelas elites “crioulas” espanholas¹ ao conjunto de países situados no continente que possuem o português ou o espanhol como línguas oficiais, o que também poderia ser objeto de maiores reflexões e problematizações², às quais renunciamos neste texto em nome da síntese. Deter-nos-emos, portanto, às duas questões mais polêmicas, que — como se verá — estão extremamente vinculadas: “direitos humanos” e a “atual conjuntura política”.

Em primeiro lugar, há de se destacar que os direitos humanos são — e não podem deixar de ser — um campo de tensões políticas, cujo significado é objeto de permanente disputa. Nesse sentido, há várias interpretações possíveis, com diferentes alcances e prerrogativas, sendo impossível um acordo universal em

¹ FARRET, Rafael Loporace; PINTO, Simone Rodrigues. América Latina: da construção do nome à consolidação da ideia. *Topoi*, v. 12, p. 30-42, 2011.

² Para aprofundar a discussão sobre o conceito de América Latina, ver: ARDAO, Arturo. *Génesis de la idea y el nombre de América Latina*. Caracas: Centro de Estudios Latinoamericanos Romulo Gallegos, 1980; MIGNOLO, Walter. *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005; FARRET, Rafael Loporace; PINTO, Simone Rodrigues. América Latina: da construção do nome à consolidação da ideia. *Topoi* v. 12, p. 30-42, 2011, entre outros.

torno do seu significado objetivo, precisamente por existirem exclusões e privilégios concretos em disputa³. Conforme explica Hugo Azcuy Henríquez, “os direitos humanos não são nem podem ser apolíticos, pois não há como transformar as relações sociais em favor das maiorias se não for mediante a política”⁴.

No entanto, convém sublinhar que — apesar da potencial disputa de sentidos — é a versão liberal dos direitos humanos, e não qualquer outra, a que se consolidou como “universal de fato”⁵ por meio dos pactos e instituições internacionais, que manifestam a correlação de forças — políticas, econômicas e militares — do período pós-guerra⁶. O conteúdo dessa concepção pode ser entendido como um produto cultural⁷ específico da modernidade/colonialidade⁸ ocidental, que corresponde às demandas específicas da burguesia iluminista das metrópoles coloniais, do então incipiente processo de acumulação de capital, da expansão europeia e do saqueio do “novo mundo” (baseado na negação do outro colonial).

Nesse sentido, não se pode deixar de observar o caráter ambivalente e paradoxal da concepção hegemônica sobre direitos humanos, na medida em que os direitos proclamados — aos quais nos referiremos aqui como *direitos humanos realmente existentes* — servem tanto para mobilizar diferentes grupos historicamente marginalizados em busca de sua inclusão no sistema político, social e econômico dominante quanto para legitimar a apropriação privada, a mercantilização e a acumulação de distintos bens materiais e imateriais que todos necessitam para viver, o que — por outra parte — favorece a perpetuação de múltiplas relações de dominação, exploração, inferiorização ou império entre os seres humanos e justifica determinadas formas de explorar a natureza, o que representa uma ameaça à própria sobrevivência de toda a espécie humana neste planeta.

Na primeira parte deste texto, faremos um exercício analítico-dedutivo que consiste em esboçar, em linhas gerais, duas perspectivas teóricas possíveis, assentadas em premissas éticas, políticas e epistêmicas distintas, que podem ser utilizadas para analisar os desafios da democracia e dos direitos humanos inerentes à atual conjuntura política da América Latina e que conduzem a resultados antagônicos. O objetivo é demonstrar as insuficiências e contradições de uma concepção liberal, ainda hegemônica, e apontar para uma abordagem alternativa, coerente com outros horizontes éticos, políticos e epistêmicos pluriversais, críticos e decoloniais.

A partir dessa reflexão, na segunda parte do trabalho, apresentamos alguns elementos históricos e políticos que caracterizam a inserção dos países americanos no sistema-mundo. Argumentamos que a independência formal das nações latino-americanas não representou a conquista de uma soberania política plena, sobretudo em razão da emergência de uma nova potência imperialista e expansionista na região e, posteriormente, das novas configurações do poder decorrentes do advento da globalização neoliberal.

Em seguida, discorreremos sobre alguns dos principais desafios estruturais enfrentados atualmente pelos povos da América Latina para superar suas profundas desigualdades sociais e construir um caminho popular, soberano, democrático, solidário e ecologicamente sustentável para o futuro, diante do atual contexto,

³ VITÓRIA, Paulo Renato. A colonização das utopias e outras consequências da assimilação acrítica dos principais discursos ocidentais sobre democracia e direitos humanos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 23, p. 198-236, 2018.

⁴ AZCUY HENRÍQUEZ, Hugo. *Derechos humanos: una aproximación a la política*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1997. (contracapa).

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁶ Ver: VITÓRIA, Paulo Renato. A colonização das utopias e outras consequências da assimilação acrítica dos principais discursos ocidentais sobre democracia e direitos humanos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 23, p. 198-236, 2018; SILVA, Karine de Souza; BOFF, Ricardo. Nós, os povos das nações unidas: do eurocentrismo excludente à pluriversalidade da ONU. In: SCHMITZ, Guilherme de Oliveira; ROCHA, Rafael Assumpção. *Brasil e o Sistema das Nações Unidas: desafios e oportunidades na governança global*. Brasília: Ipea, 2017. p. 27-58; PÉREZ ALMEIDA, Gregorio. Los derechos humanos desde la colonialidad. In: GUILLEN, Mariluz. *Los derechos humanos desde el enfoque crítico*. Caracas: Fundación Juan Vives Suriá, 2011. p. 117-146; entre outros.

⁷ HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoría crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁸ MIGNOLO, Walter. *Historias locales/diseños globales: colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo*. Madrid: Akal, 2013.

marcado por uma ofensiva geopolítica imperial/conservadora contra os governos e as forças políticas que defendem projetos alternativos ao neoliberalismo na região. Tal investida está sendo articulada em torno da “reatualização da Doutrina Monroe”⁹, da implementação de distintos mecanismos de “guerra híbrida”¹⁰ e do conseqüente fenômeno da ascensão do conservadorismo e dos neofascismos na América Latina. A hipótese aqui suscitada é que a luta pela emancipação, diante do atual contexto, marcado por uma ofensiva geopolítica igualdade e justiça social na Nossa América deve passar pela conquista da soberania e independência plenas, o que demanda uma ruptura com determinadas estruturas consolidadas ao longo da nossa história, marcada pelo extermínio, pela exploração e pelo saqueio, em sucessivas modalidades: colonial, neocolonial, imperialista e neoliberal.

Diante desse cenário, e apesar dessas enormes dificuldades, reivindicamos a construção de solidariedades, empatia e unidade entre os distintos processos de luta contra o colonialismo, o imperialismo, o capitalismo, o neoliberalismo, o racismo, a xenofobia e o patriarcado, tanto dentro de cada país quanto no que concerne à integração latino-americana e ao fortalecimento das relações multilaterais, em especial com os povos do Sul global. Defendemos, igualmente, a necessidade de construção coletiva de novos sentidos comuns teóricos e práticos em matéria de direitos humanos e democracia, coerentes com a busca de um mundo onde caibam muitos mundos, plurais, diversos e ecologicamente sustentáveis.

2 De onde parte nossa análise?

Há perguntas a serem feitas insistentemente por todos nós e que nos fazem ver a impossibilidade de estudar por estudar. De estudar descomprometidamente como se misteriosamente de repente nada tivéssemos que ver com o mundo, um lá fora e distante mundo, alheado de nós e nós dele. Em favor de que estudo? Em favor de quem? Contra que estudo? Contra quem estudo? (FREIRE, 2002).

Nesta seção, desenvolveremos duas possibilidades de argumentação, que abrem caminhos de análise distintos: primeiramente, esboçaremos as implicações gerais de uma interpretação liberal, abstrata e eurocêntrica dos direitos humanos, a partir de uma exposição crítica das premissas que sustentam esse pensamento, que costumam ser pressupostas (de maneira expressa ou tácita) pelos estudiosos dos direitos humanos. Num segundo momento, em contraste, serão definidas algumas premissas éticas, políticas e epistêmicas de um outro paradigma, que pode ser caracterizado como pluriversal, crítico e decolonial, fundado em uma postura, tanto teórica quanto prática, de rechaço a todas as formas de exploração, dominação ou inferiorização humana e de exploração irresponsável da natureza.

Primeiramente, é preciso destacar que, a partir de uma interpretação liberal, abstrata e eurocêntrica dos direitos humanos, pressupõe-se a legitimidade — como um direito humano ou como uma liberdade fundamental — da particular concepção de propriedade privada burguesa (individual, acumulativa e excludente) e do Princípio da Igualdade Formal¹¹. Com base nessa premissa, as brutais desigualdades que assolam a América Latina poderiam ser explicadas — no todo ou em parte — como decorrentes dos méritos ou deméritos dos indivíduos e povos na caminhada linear em direção à prosperidade e ao desenvolvimento. Restam invisibilizadas as diversas relações históricas assimétricas¹² entre os países centrais e periféricos¹³, decorrentes

⁹ MORGENFELD, Leandro. Nuestra América frente a la reactualización de la doctrina Monroe. In: CASTORENA, Casandra; GANDÁSEGUI HIJO, Marco; MORGENFELD, Leandro. *Estados Unidos contra el mundo: Trump y la nueva geopolítica*. Buenos Aires: CLACSO, 2018. p. 217-236.

¹⁰ KORYBKO, Andrew. *Guerras híbridas: das revoluções coloridas aos golpes*. São Paulo: Expressão Popular, 2018.

¹¹ BARCELONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Valladolid: Trotta, 1996. p. 55.

¹² POLANYI, Karl. *A grande transformação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012; WALLERSTEIN, Immanuel. *El capitalismo histórico*. Madrid: Siglo XXI, 2012.

¹³ Conforme explica Wallerstein, “podemos chamar de «periferia» a zona perdedora e «centro» a ganhadora. Esses nomes refletem, de fato, a estrutura geográfica dos fluxos econômicos”. WALLERSTEIN, Immanuel. *El capitalismo histórico*. Madrid: Siglo XXI, 2012. p. 26.

da dominação colonial, que — como nos demonstram diversos autores que reivindicam um paradigma/giro decolonial¹⁴ — não se encerram com a independência formal das colônias e persistem na atual pilhagem neoliberal, que globaliza a concepção de mundo dos colonizadores.

Como produto da modernidade ocidental, o paradigma liberal dos direitos humanos omite a sua outra face, a da “colonialidade do poder”¹⁵, e acata a potencial compatibilidade entre o modo de produção capitalista e a preservação de direitos humanos¹⁶, relativizando diferentes formas de exploração e dominação que são inerentes a esse sistema histórico¹⁷. Não permite, portanto, entender de um modo mais amplo o caráter estruturalmente racista e patriarcal da divisão internacional (e no interior dos Estados-nacionais) do trabalho e dos recursos realmente existentes nesse sistema¹⁸. Ficam naturalizadas também as dívidas dos países pobres com os países ricos e com as organizações financeiras internacionais por eles controlados e não se coloca em questão a restituição dos recursos obtidos por meio do saqueio colonial ou a punição/reparação pela escravidão e por toda a violência do genocídio marcadamente racista e patriarcal desencadeado pela invasão europeia, que ainda é vigente em nossas sociedades latino-americanas (e periféricas, de um modo geral).

A partir da defesa liberal dos direitos humanos, benevolente com relação ao perdão e à reconciliação pela violência colonial, pois ancorada em um humanismo abstrato elaborado pelos maiores beneficiários (que

¹⁴ Nos referimos aqui às propostas desenvolvidas por autores como Aníbal Quijano, Enrique Dussel, Ramón Grosfoguel, Catherine Walsh, Arturo Escobar, Edgar Lander, Santiago Castro-Gómez, Walter Mignolo, María Lugones, Nelson Maldonado-Torres, Fernando Coronil, Boaventura de Sousa Santos, entre outros. Apesar das diferenças entre as perspectivas específicas de cada um desses autores, entendemos que o elemento que os identifica como uma matriz de pensamento “decolonial” é o reconhecimento, como premissa de análise, da existência de um padrão mundial de poder capitalista que tem como elemento constitutivo e específico a “colonialidade do poder”, proposta teórica originalmente formulada por Quijano. Ver: QUIJANO, Anibal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. *Revista Peru Indígena* v.13, p. 11-20 1992. Conforme explicam Castro-Gómez e Grosfoguel, “a primeira descolonização (iniciada no século XIX pelas colônias espanholas e seguida no XX pelas colônias inglesas e francesas) foi incompleta, já que se limitou à independência jurídico-política das periferias. Em contrapartida, a segunda descolonização – a qual nós aludimos com a categoria decolonialidade – terá que dirigir-se à heterarquia [sobre este conceito, ver a próxima nota de rodapé] das múltiplas relações raciais, étnicas, sexuais, epistêmicas, econômicas e de gênero que a primeira descolonização deixou intactas”. CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOQUEL, Ramón. Prólogo: Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOQUEL, Ramón. *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007. p. 17. Tradução nossa.

¹⁵ Nesse sentido, convém assinalar que o conceito de “colonialidade do poder” não se confunde com o de colonialismo. “Colonialismo denota uma relação política e econômica, na qual a soberania de um povo reside no poder de outro povo ou nação, o que constitui a tal nação em um império”. MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOQUEL, Ramón. *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007. p. 131. Tradução nossa. Por outra parte, a colonialidade do poder é um padrão de poder em escala mundial — que transcende as relações políticas e econômicas do colonialismo — supõe, naturaliza e justifica a “superioridade” dos povos europeus e de suas formas de ver, sentir e interpretar o mundo, também desde o ponto de vista subjetivo-ontológico. A “colonialidade do poder” supõe uma trama de “hierarquias globais imbricadas” (ver: GROSGOQUEL, 2006. La descolonización de la economía política y los estudios postcoloniales: Transmodernidad, pensamiento fronterizo y colonialidad global. *Revista Tabula Rasa*, v. 4, 2006. p. 25, tradução nossa) interdependentes e interseccionais (CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, v.14, p. 139-167, 1989; LUGONES, María. Colonialidad y género. *Revista Tabula Rasa*, v. 9, p. 73-101, 2008.), por isto, heterarquias (ver: KONTOPOULOS, Kyriakos. The Logics of Social Structures. Cambridge: Cambridge University Press, 1993; CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Decolonizar la universidad: La hybris del punto cero y el diálogo de saberes”. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOQUEL, Ramón. *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007, p. 79-92) em torno da superioridade étnico/racial, cultural, religiosa e epistêmica da Europa com relação ao resto do mundo, assim como também a superioridade da racionalidade capitalista, científica, patriarcal, heteronormativa, adultocêntrica, etc., tanto no centro como na periferia.

¹⁶ Segundo Norman José Solórzano Alfaro, “na medida em que as chamadas “democracias ocidentais” estão vinculadas a um sistema econômico específico, então podemos ver qual é o valor-interesse fundamental que pretende garantir todos os direitos humanos: as relações capitalistas de produção e, em última instância, o mercado capitalista”. SOLÓRZANO ALFARO, Norman José. Derecho moderno e inversión ideológica: una mirada desde los derechos humanos. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 44, tradução nossa.

¹⁷ WALLERSTEIN, Immanuel. *El capitalismo histórico*. Madrid: Siglo XXI, 2012.

¹⁸ VITÓRIA, Paulo Renato. Em que mundo vivemos? Notas sobre o reperto do trabalho e dos recursos em nosso planeta. *Revista TOMO*, v. 34, p. 37-80, 2019.

seguem beneficiando-se) da invasão colonial, da escravidão, do extermínio e do saqueio de nossas terras e recursos naturais, é possível reivindicar a inclusão de determinados grupos marginalizados no “sistema mundo europeu/euroamericano capitalista/patriarcal moderno/colonial”¹⁹, mas ao preço de abdicarmos de uma crítica mais radical a esse sistema. Como resultado, em nome da luta pelos direitos humanos, legitima-se um sistema que produz e reproduz, incessantemente, diferentes formas de opressão e violação.

As limitações e paradoxos de uma concepção liberal de direitos humanos também afetam nossa relação com o meio ambiente, na medida em que se demanda dos Estados nacionais uma incessante busca pelo desenvolvimento²⁰ econômico e, conseqüentemente, pela produção de novas mercadorias e necessidades²¹, como forma de sobreviver no competitivo mercado internacional e manter um mínimo de coesão social. Assim, ganham espaço ideias como “desenvolvimento sustentável”, “humano”, “capitalismo verde” ou similares²², que não enfrentam as raízes do problema ambiental na medida em que ignoram o caráter ecologicamente insustentável e humanamente suicida²³ do próprio paradigma economicista predominante no mundo, assentado na acumulação de capital e na ideia de crescimento econômico infinito.

Seguindo esse paradigma liberal e seu modo paralisante da crítica, a violência dos países latino-americanos pode ser interpretada como um problema estritamente interno e sem qualquer relação com a dominação colonial, com o imperialismo ou a globalização neoliberal. Os elevados índices de encarceramento e assassinatos de pessoas negras ou pardas em nossas sociedades, sobretudo por forças estatais, podem ser encarados como mera contingência e o racismo, quando reconhecido, ser tratado como um problema de índole predominantemente individual ou cultural. Por essa razão, é comum encontrar opiniões e indivíduos que, simultaneamente, defendam os direitos humanos e, também, mais encarceramento, presídios mais rígidos, maior criminalização de condutas e controle sobre os indivíduos. A corrupção, nessa perspectiva, é vista como um desvio individual ou mesmo cultural, mas não como algo estrutural, como se a interferência do poder econômico no poder político e a privatização do Estado pelas elites²⁴ fossem meras contingências evitáveis nesse modelo.

Segundo argumentam pensadores liberais como Norberto Bobbio²⁵, os direitos humanos somente podem ser concebidos desde uma perspectiva individualista. Há, neste paradigma, uma clara priorização dos direitos individuais sobre os demais (e uma interpretação individualista de todos os direitos), de forma que, mesmo as defesas da ampliação dos investimentos estatais em educação e em outros direitos sociais, econômicos e culturais, são contingenciadas em nome da “reserva do possível”, para não causar “distorções” no mercado. Dita concepção permite aceitar, em nome da “livre-iniciativa”, a mercantilização de praticamente tudo, inclusive saúde, educação, moradia, informação, cultura, transporte, entre outros, mesmo concebendo-os formalmente como direitos humanos universais.

Desde essa abordagem, hegemônica no Ocidente, não pode haver qualquer forma de democracia legítima para além da liberal, representativa e pluripartidária, fundada na preservação de liberdades fundamentais individuais, com ênfase na propriedade privada. Conforme afirma Grosfoguel²⁶, “a forma liberal da democracia é a única aceita e legitimada. (...) Se a população não europeia não aceita os termos euroamericanos da democracia liberal, então se lhes impõem pela força, em nome da civilização e do progresso”.

¹⁹ GROSFOGUEL, Ramón. La descolonización de la economía política y los estudios postcoloniales: Transmodernidad, pensamiento fronterizo y colonialidad global. *Revista Tabula Rasa*, v. 4, 2006. p. 41.

²⁰ RIST, Gilbert. *El desarrollo: historia de una creencia occidental*. Madrid: Catarata, 2002.

²¹ CABO, José María. *La economía como ideología: mitos, fantasías y creencias de la «ciencia económica»*. Hondarrribia: Editorial Hiru, 2004.

²² LATOUCHE, Serge. *Sobrevivir al desarrollo: de la descolonización del imaginario económico a la construcción de una sociedad alternativa*. Barcelona: Icaria, 2009.

²³ HINKELAMMERT, Franz. *Solidaridad o suicidio colectivo*. San José: Ambientico Ediciones, 2003.

²⁴ SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava-Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

²⁶ GROSFOGUEL, Ramón. La descolonización de la economía política y los estudios postcoloniales: Transmodernidad, pensamiento fronterizo y colonialidad global. *Revista Tabula Rasa*, v. 4, 2006. p. 41, tradução nossa.

Assim, os sistemas políticos dos países centrais do sistema mundo terminam sendo tautologicamente identificados com a própria ideia de “democracia” e os *direitos humanos realmente existentes*²⁷ — negociados em condições históricas extremamente assimétricas²⁸ — com a própria ideia de “direitos humanos”. Seguindo esse raciocínio, somos levados a catalogar todos os governos que contrariam os interesses do chamado “livre mercado”, ainda que seguindo as normas e procedimentos formais da democracia liberal, como “antidemocráticos”, “ditatoriais” ou “violadores de direitos humanos”²⁹.

Tanto os direitos humanos quanto a democracia se tornam a justificativa para as guerras, as invasões, a perpetração de golpes de Estado, a autoproclamação de governos paralelos, a imposição de bloqueios econômicos, comerciais e financeiros, a realização de guerras informativas, o congelamento de recursos, o treinamento e o financiamento estrangeiro de grupos opositores, o aliciamento de militares e a formação de milícias paramilitares, entre outras medidas “humanitárias”. Violam-se os direitos humanos e a democracia, paradoxalmente em nome dos direitos humanos e da democracia.

Portanto, com base nessa concepção (neo)liberal de direitos humanos, como se pode observar, segue-se uma posição ideológica clara — a do mercado —, se classificam atualmente países como Cuba, Venezuela ou Nicarágua como “ditaduras” e países como Colômbia, Estados Unidos, México e Brasil como “democracias”³⁰. Há, nos meios de comunicação corporativos ocidentais, uma evidente dupla moral³¹, que se percebe por meio da desproporcional repercussão midiática³² das violações de direitos humanos ocorridas naqueles países governados por projetos políticos que se opõem ao neoliberalismo em comparação com as violações ocorridas nos países capitalistas, mesmo que estes eventualmente sejam recordistas em assassinatos de ativistas e lideranças políticas populares por policiais, grupos (para)militares ou milicianos, e mesmo que nos países capitalistas os direitos sociais, econômicos e culturais sejam tratados como mercadorias, sujeitas às leis do mercado (e nem sempre sejam reconhecidos como direitos).

De maneira que, dentro dessa concepção liberal, é possível defender que todas as agressões impostas pelos países centrais, em especial pelo Governo dos Estados Unidos, contra a população daqueles países (as quais possuem a intenção declarada de provocar fome, miséria e desespero³³ até um nível insuportável, com vistas a induzir a mudança de regime por meio de golpes de Estado) são perpetradas em nome da democracia e dos direitos humanos. Do mesmo modo, é admissível atribuir a culpa por todos os efeitos dessas

²⁷ VITÓRIA, Paulo Renato. Por um mundo onde caibam muitos mundos: propostas para um debate em torno da descolonização dos direitos humanos. *Hendu – Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, v. 6, p. 103-123, 2015.

²⁸ Nesse sentido, ver: VITÓRIA, Paulo Renato. A colonização das utopias e outras consequências da assimilação acrítica dos principais discursos ocidentais sobre democracia e direitos humanos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 23, p. 198-236, 2018; SILVA, Karine de Souza; BOFF, Ricardo. Nós, os povos das nações unidas: do eurocentrismo excludente à pluriversalidade da ONU. In: SCHMITZ, Guilherme de Oliveira; ROCHA, Rafael Assumpção. *Brasil e o Sistema das Nações Unidas: desafios e oportunidades na governança global*. Brasília: Ipea, 2017. p. 27-58; PÉREZ ALMEIDA, Gregorio. Los derechos humanos desde la colonialidad. In: GUILLEN, Mariluz. *Los derechos humanos desde el enfoque crítico*. Caracas: Fundación Juan Vives Suriá, 2011. p. 117-146; entre outros.

²⁹ O teórico neoliberal Milton Friedman chega a afirmar que “a busca do lucro é a essência da democracia, todo governo que seguir uma política antimercado estará sendo antidemocrático, independentemente de quanto apoio popular informado seja capaz de granjear”. Apud CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e ordem global*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 4.

³⁰ VITÓRIA Paulo Renato. ¿Qué debemos entender cuando Obama afirma que pretende llevar a Cuba (y al mundo) la democracia y los derechos humanos? *Revista Ideação*, v. 35, p. 331-365 2017.

³¹ LAMRANI, Salim. *Doble moral: Cuba, la Unión Europea y los Derechos Humanos*. Hondarribia: Editorial Hiru, 2008.

³² SERRANO, Pascual. *Desinformación: cómo los medios ocultan el mundo*. Barcelona: Península, 2009.

³³ Os mecanismos de guerra econômica, comercial e financeira utilizados pelo Governo dos Estados Unidos para tentar derrubar o Governo venezuelano atualmente são os mesmos que vêm sendo utilizados contra o povo de Cuba desde 1960, cujos objetivos podem ser resumidos por meio da transcrição de um memorando discutido numa reunião dirigida pelo então presidente John Kennedy em 6 de abril de 1960, firmado pelo então subsecretário de Estado adjunto para os Assuntos Inter-Americanos, Lester Dewitt Mallory, que foi desclassificado em 1991. Diz o memorando (tradução nossa): “Não existe uma oposição política efetiva em Cuba; portanto, o único meio previsível que temos hoje para alienar o apoio interno à Revolução é por meio do desencantamento e do desânimo, baseados na insatisfação e nas dificuldades econômicas. Deve-se utilizar, prontamente, qualquer meio concebível para debilitar a vida econômica de Cuba. Negar dinheiro e abastecimentos a Cuba, para diminuir os salários reais e monetários, a fim de causar fome, desespero e a derrocada do governo”. Isso, sublinhe-se, um ano antes da invasão da Baía dos Porcos organizada pelos EUA contra Cuba. Disponível em: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1958-60v06/d499>. Acesso em: 26 abr. 2019.

agressões estrangeiras aos próprios governos dos países agredidos ou mesmo aos países vizinhos que se solidarizam³⁴ com sua resistência.

Em contraposição a essa perspectiva, seguindo a Aníbal Quijano³⁵, entre outros autores mencionados neste trabalho, compreendemos a violência da colonialidade como a outra cara da retórica da modernidade, sua condição mesma de existência. Entendemos que, mesmo na condição formal de Estados independentes, os países latino-americanos seguem ostentando uma soberania política limitada, não mais pela metrópole colonial, mas pelo mercado internacional³⁶ e pelos seus guardiães militarizados (notadamente, os Governos dos países centrais e suas alianças estratégicas), por meio da imposição de mecanismos que asseguram ao capital financeiro rentista a prioridade no acesso às nossas riquezas naturais, à nossa mão de obra barata e ao dinheiro arrecadado por nossos Governos por meio de impostos, como forma de pagamento do serviço de uma dívida pública que não para de crescer, mesmo que em muitos casos seu valor nominal já tenha sido pago diversas vezes³⁷.

Ainda, reivindicamos a necessidade de interpretar criticamente as diversas teorias, práticas e instituições políticas, econômicas e sociais que nos foram impostas pelos colonizadores e que perpetuamos por meio de nossas elites nacionais e das nossas “universidades ocidentalizadas globais”³⁸. Mesmo depois de termos nos tornarmos formalmente independentes, essas seguem obstaculizando qualquer processo de transformação radical soberano em favor das maiorias populares e contra os interesses do capitalismo internacional. E, mesmo que, em tese, seja possível — por meio dos mecanismos formais da democracia liberal — modificar, ampliar ou delimitar o conceito de propriedade liberal, não podemos esquecer que “em toda a história do século XX, não houve uma só vez em que uma opção eleitoral de esquerda tenha conseguido intervir nos assuntos do capital sem que o experimento tenha sido corrigido por um pinochetaço”³⁹. A América Latina constituiu, durante todo o século XX, e princípio do XXI, um exemplo dessa afirmação.

Reconhecemos, portanto, que o discurso dos *direitos humanos realmente existentes*, desde sua gênese histórica no Ocidente, possui um caráter intencionalmente ambivalente. Pode servir — e efetivamente tem servido ao longo dos últimos séculos — tanto para a emancipação de determinados grupos particulares (e proporcionar sua inserção dentro de um sistema estruturalmente excludente) quanto para a perpetuação das relações de dominação que se articulam em torno da mercantilização generalizada de praticamente todas as esferas da vida humana e natural, tanto no plano individual quanto coletivo e das múltiplas hierarquias interseccionais constitutivas da colonialidade do poder.

Nesse sentido, entendemos o discurso dominante sobre direitos humanos como um produto cultural⁴⁰, desenvolvido pelas classes dominantes do lado metropolitano do “sistema mundo europeu/euroamericano capitalista/patriarcal moderno/colonial”⁴¹ para legitimar e perpetuar as suas diferentes formas de dominação, tanto no âmbito intra como no intercultural, e promover os valores burgueses à condição abstrata de “universais”. Igualmente, percebemos os *direitos humanos realmente existentes* como “mecanismos que

³⁴ VILLALOBOS, Joaquín. *Cubanos go home*. 2019. Disponível em: https://elpais.com/internacional/2019/02/20/america/1550691005_971416.html. Acesso em: 28 abr. 2016.

³⁵ QUIJANO, Anibal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. *Revista Peru Indígena*, v. 13, p. 11-20, 1992.

³⁶ CORONIL, Fernando. Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo. In: LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p.105-132.

³⁷ OLIVERES, Arcadi. *¡En qué mundo vivimos! Infórmate, piensa y actúa*. Barcelona: Icaria, 2009.

³⁸ GROSFUGUEL, Ramón. Hacia la descolonización de las ciencias sociales (entrevista realizada por Alberto Arribas Lozano y Nayra García-González). In: ARRIBAS LOZANO, Alberto; GARCÍA-GONZÁLEZ, Nayra; ÁLVAREZ VEINGUER Aurora; ORTEGA SANTOS, Antonio. *Tentativas, contagios, desbordes: territorios del pensamiento*. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2012. p. 73-101.

³⁹ FERNÁNDEZ LIRIA, Carlos. *A quien corresponda, sobre Cuba, la Ilustración y el socialismo*. 2004. Disponível em: <http://www.rebellion.org/docs/7097.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2016.

⁴⁰ HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoría crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴¹ GROSFUGUEL, Ramón. La descolonización de la economía política y los estudios postcoloniales: Transmodernidad, pensamiento fronterizo y colonialidad global. *Revista Tabula Rasa*, v. 4, 2006. p. 41.

contribuem para colonizar o horizonte utópico dos indivíduos e coletivos e converter suas lutas *contra* o sistema em lutas fragmentárias *dentro* deste, balizadas pelos seus fundamentos teóricos e por suas exigências formais⁴². Por isso, a necessidade de uma nova poética, que ressignifique os direitos humanos e lhes permitam um outro horizonte de realização⁴³.

Vislumbramos, pois, a relação de dependência entre a riqueza de uma minoria da humanidade com a miséria da grande maioria e compreendemos o caráter ecologicamente destrutivo e humanamente genocida/suicida dos pilares que sustentam e legitimam as relações econômicas pautadas pela lógica capitalista. Por isso, defendemos a liberação dos povos de qualquer forma de neocolonialismo ou imperialismo, por meio da defesa de sua soberania plena e independência, como condição de existência da democracia e dos direitos humanos. Rechaçamos, portanto, como premissa de nossa análise, todas as formas de supremacia racial, nacional, étnica, de gênero, sexual ou de qualquer outra natureza, reivindicamos a construção de mecanismos de reparação às dívidas historicamente acumuladas e apostamos em uma ressignificação dos direitos humanos desde as premissas éticas, políticas e epistemológicas acima resumidas, coerentes com a busca de um mundo onde caibam muitos mundos⁴⁴.

3 Estados Unidos, América Latina e colonialidade do poder

Ao que parece, uma nova consciência se apoderou de nós — a consciência da força — e com ela um novo apetite, o desejo de mostrar a nossa força. (...) Seja como for, a ambição, o interesse, a avidez de terras, o orgulho, o mero prazer de combater, nos anima uma nova sensação. Enfrentamos um estranho destino. Nos apetece o sabor do Império na mesma medida que o sabor do sangue na selva. [...]. (Editorial do jornal *The Washington Post*, 1898).

Não podemos entender o atual contexto latino-americano sem uma reflexão histórica um pouco mais profunda sobre o papel dos Estados Unidos para a perpetuação da colonialidade do poder e para a limitação da soberania política dos demais países do continente. Conforme explicam Quijano e Wallerstein, a criação da América — enquanto entidade geossocial — “foi o ato constitutivo do moderno sistema mundial”⁴⁵. De acordo com eles, a América não foi incorporada a uma economia-mundo capitalista já existente, mas é a condição sem a qual não teria surgido uma economia-mundo capitalista. Um sistema, que como já foi dito no tópico anterior, está marcado desde a sua fundação pelo dualismo centro/periferia — metrópole/colônia e se caracteriza pela separação abissal⁴⁶ entre esses lados. Enquanto o mundo metropolitano se move sob os paradigmas emancipatórios/regulatórios da modernidade, o mundo colonial se funda sob os paradigmas de apropriação/violência da colonialidade. Um lado não existe sem o outro. Nas palavras de Mignolo: “se a colonialidade é constitutiva da modernidade, no sentido de que não pode haver modernidade sem colonialidade, então, a retórica da modernidade e a lógica da colonialidade são também dois lados da mesma moeda”⁴⁷.

⁴² VITÓRIA, Paulo Renato. A colonização das utopias e outras consequências da assimilação acrítica dos principais discursos ocidentais sobre democracia e direitos humanos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 23, p. 198-236, 2018.

⁴³ REBOUÇAS, Gabriela Maia. Por uma nova poética dos direitos humanos: em busca de outros caminhos de legitimação. In: BERTOLDI, Márcia; SPOSATO, Karina. *Direitos humanos: entre a utopia e a contemporaneidade*. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 115-131.

⁴⁴ VITÓRIA, Paulo Renato. Por um mundo onde caibam muitos mundos: propostas para um debate em torno da descolonização dos direitos humanos. *Hendu – Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, v.6, p. 103-123, 2015.

⁴⁵ QUIJANO, Anibal; WALLERSTEIN, Immanuel. La Americanidad como concepto, o América en el moderno sistema mundial. *RICS* v. 44, p. 583, 1992. Tradução nossa.

⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 23-71.

⁴⁷ MIGNOLO, Walter. Desobediência epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descoloni-

Desde a invasão europeia, as colônias ibero-americanas, que deram origem à maior parte do que hoje conhecemos como América Latina e o Caribe, foram constituídas como periferia do novo sistema que se consolidava. Os colonizadores discutiam se os nativos tinham alma, mas não colocavam em questão a “superioridade” da racionalidade europeia nem a necessidade de impor aos nativos as “revelações” da “verdadeira” religião cristã. Conforme explicam Quijano e Wallerstein⁴⁸, nessas sociedades coloniais coexistiam relações senhoriais semifeudais entre europeus e indígenas com algumas práticas mercantis. A estrutura produtiva se organizou em torno da produção e extração de bens primários, principalmente direcionados ao mercado externo, para benefício da metrópole.

Com as colônias britânicas do norte da América ocorreu algo distinto. Estas foram concebidas como “sociedade de europeus em terra americana”, sendo o caso “excepcional de uma sociedade que se configura diretamente, desde seus inícios, como sociedade capitalista, sem os agrupamentos e interesses sociais, instituições, normas e símbolos que na Inglaterra correspondiam ainda à história senhorial”⁴⁹. A “limpeza étnica” perpetrada pelos colonizadores britânicos — e justificada ideologicamente pela filosofia política de John Locke⁵⁰ — exterminou a grande maioria dos povos nativos do território que hoje chamamos de Estados Unidos, precisamente em nome dos direitos humanos, então chamados “direitos naturais”.

Além disso, diferentemente das colônias ibéricas, a produção nos domínios britânicos tinha a intenção de formar e fortalecer um mercado interno, e a mão de obra escrava não representava uma contradição ao sistema capitalista, dado que se configurava como uma mercadoria a mais. Desse modo, o Estado que nasce com a independência das Treze Colônias da América do Norte possuía a finalidade — que perdura até a atualidade — de preservar a propriedade privada e o conjunto de liberdades individuais abstratas que os “pais fundadores”, inspirados em Locke, buscaram deduzir de uma suposta “razão divina”, mas não era proprietário dos recursos nem os controlava.

É importante ressaltar que os Estados Unidos foram concebidos como “centro” e não como “periferia” no sistema-mundo moderno/colonial desde sua colonização. Sua expansão econômica e territorial⁵¹ — con-

alidad. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010. p. 46, tradução nossa.

⁴⁸ QUIJANO, Anibal; WALLERSTEIN, Immanuel. La Americanidad como concepto, o América en el moderno sistema mundial. *RICS* v. 44, p. 583-591, 1992. Tradução nossa.

⁴⁹ QUIJANO, Anibal; WALLERSTEIN, Immanuel. La Americanidad como concepto, o América en el moderno sistema mundial. *RICS* v. 44, p. 589, 1992. Tradução nossa.

⁵⁰ Em um artigo publicado em 1999, intitulado “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke”, Franz Hinkelammert expôs didaticamente o processo de construção ideológica do discurso dos direitos humanos na filosofia de John Locke — considerado por Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992) como o “pai dos direitos humanos” modernos —, especialmente em seu “Segundo tratado sobre o governo civil”, de 1689. Conforme demonstra Hinkelammert, o procedimento desenvolvido pela obra de Locke segue a seguinte lógica: proclamam-se direitos humanos “naturais”, que seriam abstratamente universais, entre os quais se destaca o direito de propriedade (em sua interpretação particularmente burguesa), e se garante aos detentores deste direito a possibilidade de aniquilar — tal qual uma “besta selvagem” — aqueles seres humanos que “violarem” os direitos humanos, ou simplesmente tiverem uma concepção de mundo diferente daquela defendida por Locke como “universal”. Assim, o nascimento do discurso dos direitos humanos modernos seculares é simultâneo ao nascimento da justificação filosófica, também secular, para a violação dos direitos humanos em nome da proteção dos direitos humanos. A teoria de Locke atendia as necessidades dos colonos ingleses de justificarem — desde argumentos supostamente racionais, em substituição às tradicionais teorias do mandato divino — seu direito de “propriedade” sobre as terras das Treze Colônias e a aniquilação dos indígenas que se opusessem a este desígnio, identificando-os como violadores de direitos humanos, ou seja, como culpados pela própria aniquilação (tal qual nos contam os filmes hollywoodianos sobre a conquista do “velho oeste”). Justificava também a escravidão dos seres humanos que não se subordinavam à concepção de propriedade burguesa, como um ato de generosidade do proprietário branco ofendido, uma vez que este possuía, segundo Locke, o direito de tirar-lhe a vida. Para mais aprofundamentos, ver: HINKELAMMERT, Franz. La inversión de los derechos humanos: El caso de John Locke. *Revista Pasos*, v. 85, p. 28-47, 1999; LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 2006.

⁵¹ Uma cronologia (detalhada em um mapa) do processo de expansão territorial das Treze Colônias Unidas da América do Norte pode ser encontrada em Suárez Salazar e García Lorenzo (2008). Entre os eventos mais importantes deste processo de expansão, podemos destacar a compra da Louisiana junto à França (1803), a tomada pela força da Flórida Ocidental, que pertencia à Espanha (parte em 1810, parte em 1813), a compra de a Flórida Oriental junto à Espanha (1819), a tomada pela força do Texas, que pertencia ao México (1845), a conquista de Oregon diante da Espanha (1846), a tomada pela força da Califórnia, que pertencia ao México

seqüência do desenvolvimento da primeira experiência humana assentada em instituições, práticas e valores originalmente capitalistas, justificados ideologicamente pelo asceticismo puritano dos colonos britânicos⁵² em sua busca pela construção de uma “cidade sobre a colina” e pela filosofia política de Locke, e favorecidos pela abundância de recursos naturais e terras, em comparação com a Europa — os permitirá entrar no século XIX, já como um Estado independente, em condições de disputar com as metrópoles europeias o controle das demais colônias do continente, fortalecendo a consolidação do mito do “excepcionalismo estadunidense”⁵³.

Conforme explica Leandro Morgenfeld⁵⁴, “depois de quase uma década de guerras de independência na América hispânica, e logo de haver-se mantido prescindível, o Governo dos Estados Unidos decidiu que havia chegado a hora de romper a velha hegemonia europeia no continente”. Em 2 de dezembro de 1823, o então presidente estadunidense, James Monroe, propôs, no Congresso, a doutrina que levaria seu nome e cujo lema/síntese é *América para os Americanos*⁵⁵, estabelecendo que qualquer interferência política dos Estados europeus no território americano seria vista como um ato de agressão contra a segurança de Washington e, por isto, requereria a intervenção dos Estados Unidos. Segundo Morgenfeld⁵⁶: “a *doutrina Monroe* era uma das manifestações do novo expansionismo que os Estados Unidos exerceriam na América nas décadas seguintes, construindo uma área de influência própria, sob seu estrito controle. Durante quase duzentos anos, foi reatualizada e reinterpretada em diversas ocasiões”.

Com algumas exceções, como a independência negociada do Brasil, fundada em um pacto — a partir da chegada da família real portuguesa, em 1808 — entre as oligarquias locais e a monarquia, as lutas independentistas latino-americanas tiveram como objetivo não apenas a independência política com relação à metrópole europeia, mas também a composição de uma unidade dos povos latino-americanos em defesa dos interesses regionais diante do crescente intervencionismo de outras potências estrangeiras, especialmente os Estados Unidos. Simón Bolívar, em 1829, afirmou que: “os Estados Unidos parecem destinados pela Providência para inundar a América de misérias em nome da liberdade”. O “libertador” tinha a consciência dos interesses expansionistas estadunidenses e defendia a unidade dos povos latino-americanos — por meio da construção de uma Pátria Grande — como forma de resistir ao colonialismo e ao subsequente imperialismo e de proporcionar condições mais igualitárias e soberanas para negociar, com o império inglês, as metrópoles europeias e o vizinho do norte, a inserção da região no sistema mundo que se consolidava.

A formação histórica da América Latina, atravessada pelo colonialismo, está permanentemente pautada por uma tensão: de um lado, as ideias de unidade dos povos, integração regional e defesa da independência e da soberania, sintetizadas nas ideias de Bolívar no âmbito dos processos de luta independentistas; do outro, o isolamento dos povos, a fragmentação política e o consequente controle intervencionista estadunidense, em consonância com a Doutrina Monroe. Conforme explica Theotônio dos Santos⁵⁷, “a América Latina

(1848) e a compra do Alaska junto à Rússia (1867), entre outros.

⁵² WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

⁵³ Segundo Max Paul Friedman, o mito do “excepcionalismo” estadunidense se baseia “na firme crença de que os Estados Unidos representam a encarnação dos princípios mais sagrados da sociedade humana: a liberdade, a democracia e o progresso”, um povo escolhido para liderar o mundo. FRIEDMAN, Max Paul. La construcción del “antiamericanismo en los Estados Unidos y la Revolución Cubana. (*Material fornecido aos estudantes do Seminario 1512 do Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales*), 2015.

⁵⁴ MORGENFELD, Leandro. Nuestra América frente a la reactualización de la doctrina Monroe. In: CASTORENA, Casandra; GANDÁSEGUI HIJO, Marco; MORGENFELD, Leandro. *Estados Unidos contra el mundo: Trump y la nueva geopolítica*. Buenos Aires, CLACSO, 2018. p. 217, tradução nossa.

⁵⁵ O idioma inglês não tem uma palavra própria para designar as pessoas nascidas nos Estados Unidos, motivo pelo qual se consolidou o equivocado uso da palavra *american* (americano) para referir aos cidadãos estadunidenses. A apropriação do gentílico de todo um continente por uma só nação não deixa de refletir uma atitude de desprezo e arrogância.

⁵⁶ MORGENFELD, Leandro. Nuestra América frente a la reactualización de la doctrina Monroe. In: CASTORENA, Casandra; GANDÁSEGUI HIJO, Marco; MORGENFELD, Leandro. *Estados Unidos contra el mundo: Trump y la nueva geopolítica*. Buenos Aires, CLACSO, 2018. p. 217, tradução nossa.

⁵⁷ SANTOS, Theotônio dos. *Integração e longa duração*. 2013. Disponível em: <https://www.cartamaior.cobr/?/Coluna/Integracao-e-longa-duracao/27463>. Acesso em: 26 abr. 2019.

surgiu unida, mas deixou-se dividir pelos interesses das oligarquias exportadoras locais, da expansão britânica sobre o comércio da região e em função dos interesses dos Estados Unidos recém formados”.

Portanto, devemos considerar que o processo de independência formal das colônias ibéricas terminou — não apenas do ponto de vista político, mas também econômico, comercial, financeiro, militar e cultural — tutelado e incompleto⁵⁸, dado que, sob o argumento de defender a independência da América diante do colonialismo europeu, os Estados Unidos terminaram convertendo-se na nova metrópole neocolonial da região. Desde então, a América Latina e o Caribe são tratados pelos sucessivos Governos dos Estados Unidos, com diferentes nuances espaço/temporais, como sua área de influência, ou, em outras palavras, como seu “pátio traseiro”. Conforme explicam Luís Suárez Salazar e Tania García Lorenzo⁵⁹, a política estadunidense para (ou contra) a região tem se alternado entre momentos de intervencionismo direto (*el garrote*), mediante o uso da força e da violência (militar, comercial, financeira ou propagandística) e momentos de intervenção indireta (*la zanahoria*), com o emprego de meios menos visíveis de ingerência, com aproximações políticas, culturais, comerciais, financeiras, propagandísticas e até mesmo militares, destinadas a assegurar a manutenção de governos locais subservientes. Conforme explica Moniz Bandeira,

esse desprezo dos Estados Unidos pela soberania dos outros povos, o unilateralismo de sua política internacional, o militarismo, a pretensão de reformar o mundo à sua imagem e semelhança, o pretexto de promover a democracia como rationale para a deflagração ou para a participação em guerras não afloraram como consequência dos atentados de 11 de setembro de 2001. Não surgiram repentinamente. São tendências que remontam não a mais de meio século, como alegou Robert Kagan, associado sênior da Carnegie Endowment for International Peace e um dos ideólogos da extrema-direita americana, mas aos primórdios da fundação dos Estados Unidos⁶⁰.

A partir do final da Segunda Guerra Mundial, já no contexto da Guerra Fria, os Estados Unidos assumiram o posto de potência hegemônica mundial, substituindo o colonialismo europeu como poder limitante da soberania política dos povos em favor de seus interesses imperialistas. Nesse sentido, há de se ressaltar também o papel da retórica do desenvolvimento⁶¹, posta em marcha por Truman (o único a utilizar bombas atômicas contra seres humanos até hoje) no pós-guerra, que serviu para legitimar “uma relação de subordinação entre nações formalmente independentes, em cujo marco as relações de produção das nações subordinadas são modificadas ou recriadas para assegurar a reprodução ampliada da dependência”⁶². Por isso, mesmo formalmente independentes e soberanos e sem a necessidade de viver sob a condição formal de colônias, na América Latina, mantivemos o nosso papel histórico de depósito de mão de obra e recursos

⁵⁸ Um bom exemplo, que ilustra essa afirmação, é a intervenção dos Estados Unidos na Guerra de Independência de Cuba (1895-1898). Caso os Estados Unidos simplesmente apoiassem a independência de Cuba, não poderiam enviar um exército próprio e tomar parte na disputa. A estratégia estadunidense consistiu, então, em não reconhecer os insurrectos cubanos oficialmente como “beligerantes” e esperar até o momento em que as tropas espanholas estivessem quase derrotadas pela resistência cubana, que já durava três anos (lembrando que a Espanha vivia uma guerra igualmente desgastante nas Filipinas). Para justificar sua declaração de guerra contra a Espanha, os Estados Unidos explodem (nunca se soube se intencional ou acidentalmente) seu próprio navio de guerra Maine, colocando a culpa nos espanhóis. Em apenas três meses, a debilitada Espanha sucumbe, havendo somente 379 baixas estadunidenses no campo de batalha (5462 soldados morreram devido à ingestão de alimentos malconservados). Assim, o Governo dos Estados Unidos impõe aos cubanos “formalmente” independentes, como condição para a retirada de suas tropas da ilha, a introdução no texto constitucional cubano da “Emenda Platt” — que obrigava, juridicamente, o governo cubano independente a preservar os interesses econômicos e políticos das corporações estadunidenses (ZINN, Howard. *Las raíces de la política de los Estados Unidos hacia Cuba*. In: LAMRANI, Salim. *EEUU contra Cuba: la guerra contra el terrorismo y el caso de los cinco*. Barcelona: El Viejo Topo, 2005.), além da cessão do território da base naval de Guantánamo, que perdura até hoje ilegalmente em poder dos Estados Unidos, onde se praticam, impunemente, diversos crimes contra a humanidade. MONTTOYA, Roberto. *La impunidad imperial: cómo Estados Unidos legalizó la tortura y “blindó” ante la justicia a sus militares, agentes y mercenarios*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 2006.

⁵⁹ SUÁREZ SALAZAR, Luis; GARCÍA LORENZO, Tania. *Las relaciones interamericanas: continuidades y cambios*. Buenos Aires: CLACSO, 2008.

⁶⁰ MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *Formação do império americano: da guerra contra a Espanha à guerra no Iraque*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 31.

⁶¹ RIST, Gilbert. *El desarrollo: historia de una creencia occidental*. Madrid: Catarata, 2002.

⁶² MARINI, Ruy Mauro. *Dialéctica de la dependencia (1973)*. In: MARTINS, Carlos Eduardo. *América Latina, dependencia y globalización. Fundamentos conceptuales Ruy Mauro Marini*. Bogotá: Siglo del Hombre – CLACSO, 2008. p. 111.

naturais baratos e bons pagadores de dívidas e(x)ternas, assumidas pelos nossos governos oligárquicos. E às vezes que buscamos modificar esse cenário, fomos duramente reprimidos.

Ao longo da segunda metade do século XX e início do XXI, sobretudo após o término da Guerra Fria, há uma mudança no *locus* do poder metropolitano. Conforme argumenta Joaquín Herrera Flores⁶³, “não são mais diretamente os estados que funcionam como metrópoles. Agora é toda uma constelação transnacional de grandes empresas e de interesses difusos as que dominam a nova concepção do espaço”. Nesse sentido, conforme aponta Suárez Salazar⁶⁴, os Governos dos países centrais, em especial os sucessivos Governos dos Estados Unidos, tanto democratas quanto republicanos, têm atuado invariavelmente como representantes militarizados desses interesses corporativos transnacionais, em prol da sua expansão.

Fernando Coronil explica essa transição a partir do conceito de *globocentrismo*, que seria uma versão do eurocentrismo em que o poder central é invisibilizado — e, ao mesmo tempo, legitimado — pelo Princípio da Igualdade Formal, tanto entre indivíduos (meritocracia) quanto entre estados-nação (desenvolvimento). Para o autor, a “globalização neoliberal esconde a presença do Ocidente e oculta a forma pela qual este continua dependendo da submissão tanto de seus outros quanto da natureza”⁶⁵. Nesse caso, a submissão dos países periféricos (assim como a submissão de setores subordinados dentro do Ocidente) “aparece como um efeito do mercado, em vez de aparecer como consequência de um projeto político (ocidental) deliberado”⁶⁶. Ainda segundo o autor:

desde a conquista das Américas, os projetos de cristianização, colonização, civilização, modernização e o desenvolvimento configuraram as relações entre a Europa e suas colônias em termos de uma oposição nítida entre um Ocidente superior e seus outros inferiores. Em contraste, a globalização neoliberal evoca a imagem de um processo indiferenciado, sem agentes geopolíticos claramente demarcados ou populações definidas como subordinadas por sua localização geográfica ou sua posição cultural; oculta as fontes de poder altamente concentradas das quais emerge e fragmenta as maiorias que atinge⁶⁷.

Por essa razão, ao longo de toda a história da América Latina independente, cada vez que um país da região ousou contrariar os interesses de Washington, construindo políticas em favor da igualdade, da justiça social e da democracia, foi severamente punido e/ou derrocado e diferentes violações de direitos humanos e democracia foram financiadas ou mesmo perpetradas diretamente pelo Governo dos Estados Unidos para restaurar seus interesses imperiais⁶⁸. Mencionaremos aqui apenas alguns exemplos mais recentes, correspondentes ao período posterior à Segunda Guerra Mundial: Venezuela (1948, 2002 e 2019); Guatemala (1954); Paraguai (1954 e 2011); República Dominicana (1963); Brasil (1964 e 2016); Argentina (1966 e 1976); Bolívia (1971); Uruguai (1973); Chile (1973); El Salvador (1979); Panamá (1989); Peru (1992); Haiti (2004); Honduras (2009). Ainda, cumpre destacar a presença militar dos Estados Unidos na Colômbia, sob o pretexto da “guerra às drogas”, o apoio militar e financeiro à “Contra” nicaraguense na década de 1980, a invasão de Playa Girón em Cuba, em 1961, e as múltiplas agressões perpetradas contra a população dessa ilha desde a Revolução de 1959.

O que chama atenção, entretanto, é o fato de que, seguindo a lógica da filosofia de Locke, exposta mais acima, tais agressões invariavelmente se realizam para “restaurar” a democracia e os direitos humanos. Como expusemos anteriormente, esse paradoxo não é acidental, tampouco fruto de uma distorção mal-intencionada dos direitos humanos. Se entendemos as lógicas de apropriação e violência típicas da colonia-

⁶³ HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinvencción de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2007. p. 128, tradução nossa.

⁶⁴ SUÁREZ SALAZAR, Luis. Obama contra nuestra América: lo nuevo y lo viejo. In: CASTILLO FERNÁNDEZ Dídimo; GANDÁSEGUI HIJO Marco. *Estados Unidos: más allá de la crisis*. México DF: Siglo XXI Editores, 2012. p. 384-415.

⁶⁵ CORONIL, Fernando. Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo. In: LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 56.

⁶⁶ CORONIL, Fernando. Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo. In: LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 64.

⁶⁷ CORONIL, Fernando. Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo. In: LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 64.

⁶⁸ ROITMANN, Marcos. *Tiempos de oscuridad: historia de los golpes de Estado en América Latina*. Madrid: Akal, 2013.

lidade como outro lado e condição de existência⁶⁹ das retóricas de emancipação da modernidade, podemos afirmar que a violação dos direitos humanos em nome dos direitos humanos⁷⁰ é parte constitutiva do próprio humanismo moderno/colonial. Conforme explica Hinkelammert,

O Ocidente conquistou o mundo, destruiu culturas e civilizações, cometeu genocídios nunca vistos, porém fez tudo isso para salvar os direitos humanos. Por isso, o sangue derramado pelo Ocidente não deixa manchas. O transforma, na realidade, no grande garante dos direitos humanos no mundo⁷¹.

Essa breve contextualização histórica serve para situar e enfatizar o papel de nossos países latino-americanos no sistema mundial moderno/colonial capitalista, cujos termos gerais, estabelecidos há vários séculos, seguem vigentes. E, para situar também os Estados Unidos, que — apesar do seu passado colonial — se incorporaram a tal sistema na condição de centro desde o início. Passaremos agora à análise sobre os principais avanços e desafios dos direitos humanos na América Latina diante do atual cenário político.

4 Avanços e desafios dos direitos humanos na América Latina inerentes à atual conjuntura política: para além da retórica da modernidade e das lógicas da colonialidade

A América Latina é o nosso pátio traseiro [...] temos que nos aproximar de maneira vigorosa. (KERRY, 2013).

Hoje proclamamos com orgulho para que todos ouçam: a Doutrina Monroe está viva e de boa saúde. (BOLTON, 2019).

Com os ataques de 11 de setembro de 2001 e as subsequentes guerras imperialistas no Oriente Médio, houve uma mudança no enfoque de política externa dos Estados Unidos. A prioridade estratégica do Governo estadunidense deslocava-se para o dispendioso embate geopolítico pelo controle do petróleo, do transporte marítimo e do comércio naquela distante região e o domínio do seu pretendido “pátio traseiro” passava a ocupar um segundo plano na lista de prioridades, inclusive porque, após a queda do Muro de Berlim e a desapareição do campo (e da “ameaça” real) socialista, a América Latina se encontrava sob a hegemonia de governos neoliberais submissos a Washington e aos interesses corporativos dominantes.

Com isso, e diante do aumento das desigualdades sociais e da violência, decorrentes da expansão das políticas neoliberais no continente durante a década de 1990, abriu-se o caminho para a ascensão eleitoral de projetos políticos populares alternativos ao neoliberalismo, mesmo que ainda vinculados ao modelo de democracia liberal (e, inclusive, aprofundando-o), às relações de produção capitalistas e ao paradigma desenvolvimentista (acomodados ao papel subalterno de exportadores de *commodities*), porém com um projeto de inclusão social, controle soberano dos recursos naturais, integração regional e combate às desigualdades⁷².

⁶⁹ MIGNOLO, Walter. *Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad*. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.

⁷⁰ Evidentemente, não é qualquer país ou civilização que possui o poder para, legitimamente, violar os direitos humanos em nome dos direitos humanos. Conforme explica Hinkelammert: “É óbvio que este tipo de política de direitos humanos só pode ser praticada por um país que tem o poder para tanto. Com efeito, se necessita tanto do poder militar correspondente quanto do poder sobre os meios de comunicação. Possuindo esses poderes, a política de direitos humanos e a imposição do poder se identificam. Os poderosos podem fazer tudo o que quiserem, e tudo isso será a imposição legítima dos direitos humanos a seus adversários”. HINKELAMMERT, Franz. La inversión de los derechos humanos: El caso de John Locke. *Revista Pasos* (85), 1999, p. 28-29, tradução nossa.

⁷¹ HINKELAMMERT, Franz. La inversión de los derechos humanos: El caso de John Locke. *Revista Pasos*, v. 85, p. 29, 1999. p. 29, tradução nossa.

⁷² Com relação ao impacto de alguns programas sociais sobre a pobreza, a desigualdade e o desenvolvimento, especificamente no caso brasileiro, ver a interessante discussão proposta em: ROCHA, Miriam Aparecida; FONTES, Rosa Maria Olivera; MATTOS; Leonardo Bornacki de; CIRINO, Jader Fernandes. Programas Sociais Brasileiros e sua Relação com a Pobreza, a Desigualdade e o Desenvolvimento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 1, p. 138-153, 2014. No mesmo sentido, ver também: STRAPASSON, Karoline; PAMPLONA, Danielle Anne. A escolha pública econômica para erradicar a pobreza extrema no Brasil. *Revista Brasileira*

As sucessivas eleições de Hugo Chávez na Venezuela (1999), Lula da Silva no Brasil (2002), Néstor Kirchner na Argentina (2003), Evo Morales na Bolívia (2006), Manuel Zelaya em Honduras (2006), Rafael Correa no Equador (2007), Daniel Ortega na Nicarágua (2007), Fernando Lugo no Paraguai (2008), José Mujica no Uruguai (2010), somadas à longeva Revolução Cubana, ilustram essa transição de uma política até então hegemônica pelo paradigma de atomização monroísta a um paradigma de integração bolivariana. Iniciava-se na região um novo ciclo que, apesar das suas contradições e dilemas, proporcionou a retomada de um projeto de soberania, independência e integração dos países da América Latina, ampliou o acesso das camadas populares a direitos que historicamente lhe foram negados e reposicionou a América Latina na geopolítica mundial.

Como resultado desse processo, consolidaram-se na região distintos mecanismos de integração econômica e, sobretudo, de concertação política soberana (UNASUR, CELAC, ALBA-TCP, Petrocaribe, por exemplo), além do fortalecimento das relações multilaterais com outros países do Sul global e com outras potências emergentes, como a China, a Rússia, a Índia e o Irã (em especial, a criação do Banco dos BRICS), extremamente desafiadoras à hegemonia do dólar e das organizações financeiras internacionais subordinadas ao poder imperial/corporativo, ou globocêntrico, se se preferir. É óbvio que não houve um abandono completo da Doutrina Monroe por parte dos Estados Unidos nesse período, e a prova disto é o constante acosso sofrido pelos governos antes mencionados, merecendo especial destaque às sucessivas tentativas de derrocada do Governo bolivariano na Venezuela, a manutenção e recrudescimento do bloqueio econômico, comercial e financeiro contra Cuba e as crescentes campanhas de desestabilização perpetradas contra todas as lideranças populares progressistas importantes da região.

Houve, porém, uma clara mudança de estratégia por parte do poder imperial, em reação ao fortalecimento desse “ciclo progressista”, para uma abordagem muito mais sutil e complexa, que começará a surtir efeito a partir do golpe parlamentar contra Manuel Zelaya em 2009, articulado pelo Governo dos Estados Unidos e imediatamente reconhecido por Washington. Dos tradicionais golpes de Estado militares contra governos acusados de “comunistas”, que caracterizaram a segunda metade do século XX, extremamente impopulares — apesar do respaldo da imprensa corporativa internacional —, passamos a um novo tipo de golpe de Estado institucional, em que a vontade soberana dos eleitores é subvertida por meio da manipulação das instituições parlamentares, judiciárias e midiáticas e a mudança de regime se dá dentro dos requisitos formais estabelecidos por lei.

Assim, nasce um novo tipo de golpe de Estado, menos sangrento, mas capaz de torcer a direção dos acontecimentos históricos e políticos, encabeçado pelo poder legislativo e pelo poder judiciário. São golpes de luva branca. Igualmente, empresas transnacionais, bancos de investimento, Goldman Sachs ou Agências de Qualificação, “os mercados”, ajustam suas estratégias para dar golpes de Estado que alteram o rumo das decisões, sendo os artífices de uma nova arquitetura da política conspirativa⁷³.

A via militar permanece como uma última opção, para ser usada em casos extremos (como demonstram os atuais intentos de sublevação militar contra o Governo da República Bolivariana da Venezuela). Tais estratégias de subversão institucional se combinam com outras formas extremamente complexas de “guerra não convencional”⁷⁴, já utilizadas durante a Guerra Fria⁷⁵, e de manipulação social massiva por meio de

de *Políticas Públicas*, v. 4, n. 2, p. 46-64, 2014.

⁷³ ROITMANN, Marcos. *Tiempos de oscuridad: historia de los golpes de Estado en América Latina*. Madrid: Akal, 2013. p. 25, tradução nossa.

⁷⁴ Conforme definição de Lieutenant Colonel Brian Petit (2012, apud KORYBKO, Andrew. *Guerras híbridas: das revoluções coloridas aos golpes*. São Paulo: Expressão Popular, 2018. p. 71), as guerras não convencionais são “atividades conduzidas para viabilizar um movimento de resistência ou insurgência a coagir, abalar ou derrubar um governo ou poder ocupante por operação por meio de ou com uma força clandestina, auxiliar e guerrilheira em uma área renegada. [A Guerra Não Convencional] não é um mecanismo que atua com vistas a criar as condições para uma revolução — em vez disso, ela apodera-se de uma infraestrutura política, militar e social pré-existente e a apoia com vistas a acelerar, estimular e incentivar ações decisivas baseadas em ganho político calculado e nos interesses nacionais dos EUA”.

⁷⁵ O uso de operações encobertas de guerra psicológica para atingir objetivos políticos por parte dos governos dos Estados Unidos não é propriamente uma novidade atual. O que é verdadeiramente novo são as novas ferramentas proporcionadas pelas novas tecnologias da informação, e a quantidade (e qualidade) das informações disponíveis, que podem ser filtradas por complexos algoritmos, além da possibilidade de individualização de conteúdo, que permite a formação de lideranças e movimentos “espontâneos”

mecanismos de “guerra neocortical”⁷⁶, baseados no controle das tecnologias de vigilância, tratamento da informação e uso direcionado de propaganda (não apenas comercial, mas também política), sobretudo a partir das redes sociais⁷⁷ e dos meios de comunicação corporativos tradicionais, fragmentando a resistência e as lutas populares e promovendo — por meio de discursos genéricos como o “combate à corrupção” (Souza, 2017) — a deslegitimação da atividade política e a estigmatização e perseguição judicial (por meio de *lanfare*) de lideranças populares, para restaurar o projeto neoliberal e submeter novamente a política regional aos interesses estratégicos imperialistas/corporativos. O complexo conjunto desses novos métodos de intervencionismo pode ser compreendido por meio do conceito de “guerra híbrida”, proposto por Andrew Korybko. Segundo o autor:

Como parte da estratégia oficial do Pentágono, as forças armadas dos EUA vêm trabalhando com vistas a dominar toda e qualquer faceta dos recursos de guerra que existem. A Guerra Híbrida apresenta-se como um pacote híbrido excepcional de dominação intangível e tangível das variáveis do campo de batalha que se manifesta de maneira largamente indireta. Em suma, ela é o paradoxal “caos estruturado” (na medida em que assim podemos chamá-lo) que está sendo armatizado para satisfazer objetivos de política externa específicos. Isso faz dela tanto uma estratégia como uma arma, dobrando sua eficiência no combate por procuração e igualmente desestabilizando seu alvo⁷⁸.

Um dos elementos mais visíveis desse fenômeno é a imersão dos sujeitos em verdadeiras “bolhas” de informações autoreferenciadas e psicologicamente dirigidas, que reforçam as ideias preconcebidas e levam à negação da política e do diálogo, fermentando a ascensão do conservadorismo e dos neofascismos, que — no caso atual da América Latina — pode ser entendida, em parte, como uma reação de alguns setores sociais tradicionalmente conservadores, diante dos avanços em termos de reconhecimento de direitos de diferentes grupos subalternizados, como a população LGBT+, as mulheres, os povos originários, os afrodescendentes, e da inclusão social de milhões de pessoas que viviam na miséria, por diferentes políticas públicas promovidas pelos governos progressistas da região. Por outra parte, pode-se compreender esse fenômeno também como uma consequência da atual crise estrutural do capitalismo, que impede o sistema de expandir-se por meio de empregos produtivos⁷⁹. No nosso caso específico, esse problema se acentua com a baixa dos preços de nossas *commodities*, que altera a correlação de forças entre capital e trabalho para um patamar extremo, de modo a acentuar a precarização laboral, a supressão de direitos, o individualismo e a fragmentação da força de trabalho — que, ademais, sob o efeito do moralismo anticorrupção e do discurso maniqueísta sobre a violência, fragmenta as classes sociais mais desfavorecidas. Desse modo, a corrupção que resulta da privati-

com muito mais velocidade e precisão, gerando um “caos dirigido”, por meio da formação de “enxames” e a “fabricação de mentes de colmeia”. KORYBKO, Andrew. *Guerras híbridas: das revoluções coloridas aos golpes*. São Paulo: Expressão Popular, 2018. Conforme recorda Moniz Bandeira, já em 1947, o National Security Council emitiu a NSC4-A, lançando as operações encobertas em tempos de paz, encarregando o diretor da CIA de promover a guerra psicológica no âmbito da Guerra Fria que se avizinhava. “O propósito das *covert actions* consistia em manipular os acontecimentos e a sua percepção, de tal modo que o resultado fosse alcançado sem que seus participantes soubessem que tinham sido manipulados e, caso suspeitassem, a verdade pudesse ser plausivelmente negada”. MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *Formação do império americano: da guerra contra a Espanha à guerra no Iraque*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 163.

⁷⁶ Segundo Richard Szafranski (1994, apud KORYBKO, Andrew. *Guerras híbridas: das revoluções coloridas aos golpes*. São Paulo: Expressão Popular, 2018, p. 49): “A guerra neocortical é uma guerra que esforça-se por controlar ou moldar o comportamento dos organismos inimigos sem destruí-los. Para tanto, ela influencia, até o ponto de regular, a consciência, as percepções e a vontade da liderança do adversário: o sistema neocortical do inimigo. Dito de maneira mais simples, a guerra neocortical tenta penetrar nos ciclos recorrentes e simultâneos de “observação, orientação, decisão e ação” dos adversários. De maneiras complexas, ela esforça-se por munir os líderes do adversário – seu cérebro coletivo – de percepções, dados sensoriais e dados cognitivos projetados para resultar em uma gama de cálculos e avaliações estreita e controlada (ou predominantemente grande e desorientadora). O produto dessas avaliações e cálculos são escolhas do adversário que correspondem às escolhas e resultados que desejamos. Influenciar os líderes a não lutar é imprescindível”.

⁷⁷ ZUAZO, Natalia. *Guerras de internet*. Buenos Aires: Debate, 2015.

⁷⁸ KORYBKO, Andrew. *Guerras híbridas: das revoluções coloridas aos golpes*. São Paulo: Expressão Popular, 2018. p. 42.

⁷⁹ MENEGAT, Marildo. *Impacto destrutivo do capitalismo já é maior do que todas as destruições anteriores da vida no planeta* (entrevista a João Vitor Santos), 2019. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/580882-impacto-destrutivo-do-capitalismo-ja-e-maior-do-que-todas-as-destruicoes-antiores-da-vida-no-planeta-entrevista-especial-com-marildo-menegat>. Acesso em: 30 abr. 2019.

zação do Estado pelas elites escravocratas (quantitativamente muito maior do que a corrupção política), que se manifesta por meio da drenagem dos recursos do Estado em direção aos agentes privados, assim como a violência estrutural que dela resulta, seguem invisibilizadas e, inclusive, legalizadas, como demonstra Jessé Souza⁸⁰, cuja reflexão sobre o Brasil pode ser em parte estendida ao restante do continente.

A partir dessas ferramentas teóricas de análise, podemos contextualizar e compreender os distintos processos destituíntes que estão em marcha na nossa região. Além do já mencionado golpe contra Zelaya, a deposição parlamentar de Fernando Lugo no Paraguai em 2011, o golpe institucional de 2016 contra Dilma Rousseff no Brasil, o *lanfave* contra Lula⁸¹, Cristina Fernández e Rafael Correa, o estelionato eleitoral de Lenín Moreno no Equador e o recrudescimento das agressões contra a soberania de países como Venezuela, Cuba e Nicarágua formam parte dessa “guerra híbrida” pelo controle imperialista/corporativo da nossa região, mediado pelas elites locais, que também possuem complexas diferenças e contradições internas, mas se articulam em torno do combate às políticas de inclusão social e à integração regional, do controle dos meios de comunicação, da narrativa moralista anticorrupção e da legitimação da apropriação privada dos recursos públicos. Em todos esses casos, há uma evidente combinação de complexas estratégias institucionais e extra-institucionais, mediante um “caos organizado”⁸². Nesse sentido, conforme argumenta Ricardo Arturo Salgado Bonilla (2017, tradução nossa),

podemos concluir que toda nossa América Latina está em guerra, involuntariamente, mas está; e que está sendo perigosamente arrastada até uma conflagração maior, sem dar-se conta. Mas não estamos enfrentados à fatalidade; nossa maior debilidade radica na falta de pensamento organizado, permanente, coletivo, regional, que nos permita reivindicarmos uma defesa coerente e sólida frente à agressão.

Se, durante o auge do mencionado “ciclo progressista”, os desafios da Nossa América para superar as heranças e consequências da dependência estrutural narrada anteriormente já eram imensos⁸³, na atualidade sobrepõem-se a estes alguns outros, tão importantes como urgentes: 1) compreender o contexto atual (a partir de uma apropriação crítica e decolonial da nossa história) em sua complexidade e traçar estratégias para o enfrentamento em um terreno completamente novo e desigual, que é o mundo das novas tecnologias e das novas táticas de “guerra híbrida”; 2) defender a soberania das nações diretamente agredidas e ameaçadas pelo intervencionismo estadunidense; 3) defender a soberania de todos os países da região sobre seu território nacional⁸⁴, suas riquezas naturais e empresas estratégicas; 4) defender a normalidade institucional

⁸⁰ SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava-Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

⁸¹ Nesse sentido, ver o livro coletivo organizado por Carol Proner, Gisele Cittadino, Gisele Ricobom e João Ricardo Dornelles (2017), intitulado “*Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*”, que reúne trabalhos de dezenas de juristas que apontam as inúmeras arbitrariedades e inconsistências da sentença (e do processo como um todo) que impediu a candidatura do ex-Presidente da República nas últimas eleições presidenciais, abrindo o caminho para a eleição de Jair Bolsonaro e para a subsequente nomeação de Sergio Moro (o juiz responsável pela condenação) para o cargo de Ministro da Justiça, tornando-se este, ademais, beneficiário direto da própria decisão. PRONER, Carol; CITTADINNO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (ed.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Baurur: Canal 6 Editora, 2017.

⁸² Pois combina ações orquestradas intencionalmente por agentes infiltrados nas instituições, a atuação de movimentos financiados por organizações governamentais e não-governamentais, e ações “espontâneas” de agentes sociais indeterminados, submetidos a operações psicológicas dirigidas.

⁸³ Podemos elencar, resumidamente: 1) a desigual distribuição da propriedade urbana e rural; 2) o modelo produtivo dominante, baseado na monocultura de alimentos nocivos à saúde humana, em nome da elevação dos lucros, que tende a despojar os camponeses e povos do acesso à terra, às sementes, aos recursos naturais e à vida em comunidade, ao passo que enche as grandes cidades de mão de obra barata, desarticulada e indefesa e converte os cidadãos em consumidores passivos, compulsivos e endividados, incapazes de viver à margem do mercado e obrigados a competir entre si, até mesmo para sobreviver; 3) a dependência econômica com relação à exportação de *commodities*; 4) a concentração dos meios de comunicação, que impede o direito à informação e a liberdade de expressão, em favor dos interesses das oligarquias e do imperialismo; 5) as desigualdades sociais resultantes de mais de cinco séculos de exploração colonial, neocolonial, imperial e global; 6) a violência urbana; 7) a fracassada “guerra às drogas”, que somente nos trouxe mais violência e serviu para justificar a ampliação da presença estadunidense em nosso território; 8) o desemprego; 9) o modelo institucional liberal, que possibilita a interferência do poder econômico na atividade política; 10) o acesso da população à educação, saúde, cultura, moradia, transporte, assistência social, entre outros bens materiais e imateriais necessários a uma vida digna; 11) o capitalismo, o racismo e o patriarcado estruturais, que herdamos da dominação colonial etc.

⁸⁴ Atualmente, os Estados Unidos possuem mais de 80 bases militares na América Latina (TELESUR. *¿Cuántas veces ha violado EE.UU. el espacio aéreo venezolano?* 2015. Disponível em: <http://www.telesurtv.net/news/Cuántas-veces-ha-violado-EE.UU.-el-espacio>

republicana, ameaçada pelas forças conservadoras que flertam com a retomada do autoritarismo; 5) frear, mediante mobilização popular, os retrocessos sociais propostos pelos governos conservadores em áreas como saúde, educação, trabalho, previdência social e moradia, que afetam, sobretudo, as camadas mais desfavorecidas da população; 6) combater a ascensão do neofascismo e dos discursos de ódio; 7) reivindicar a unidade entre os indivíduos e movimentos sociais que se opõem, desde diferentes trincheiras e dentro de suas especificidades, às mais variadas opressões derivadas da colonialidade do poder (capitalismo, racismo, patriarcado, homofobia, colonialismo, imperialismo, neoliberalismo etc.); 8) defender e ampliar o que permanece das instituições e iniciativas em prol da integração regional e com outros povos do Sul global; 9) formular estratégias para a viabilização eleitoral de forças progressistas que permitam reverter os retrocessos impostos aos povos submetidos à atual “restauração conservadora”; 10) irromper radicalmente na batalha semântica pelas palavras e conceitos, para contrapor o nihilismo capitalista e construir um novo futuro possível, em que caibamos todas e todos.

5 Considerações finais

Os povos da América são mais livres na medida em que se apartam dos Estados Unidos... Chegou para a América espanhola a hora de declarar a segunda independência (MARTÍ, 1895).

Em primeiro lugar, por meio da análise realizada neste artigo, é possível concluir que a narrativa hegemônica, que aponta para um suposto e espontâneo fim do “ciclo progressista” na América Latina, até o presente momento não se confirma, considerando que as únicas derrotas eleitorais significativas das forças “progressistas” até a elaboração deste texto ocorreram na Argentina em 2015 (que pode ser revertida ainda em 2019, em razão da profunda crise provocada pela restauração do neoliberalismo pelo Governo de Mauricio Macri) e no Brasil em 2018 (que foi facilitada pela prisão política do candidato que liderava todas as pesquisas de intenção de voto e pela realização do processo eleitoral em um contexto duvidoso, marcado por inúmeras irregularidades). Em ambos casos, os meios de comunicação, tanto tradicionais quanto digitais, tiveram um protagonismo extraordinário (sobretudo através da incidência ultradirigida e psicologicamente personalizada de campanhas de desinformação). No caso do Equador, a vitória do opositor Lenín Moreno, que atuou como um verdadeiro “cavalo de Tróia”, ocorreu mediante uma subversão fraudulenta da vontade dos seus eleitores, pois Moreno foi eleito para dar continuidade ao projeto da Revolução Cidadã iniciada por Rafael Correa, porém assumiu o projeto neoliberal/conservador derrotado nas urnas.

Entretanto, desde a eleição do magnata estadunidense Donald Trump em 2016, nos Estados Unidos, em campanha também protagonizada pelas mídias digitais e pela propagação massiva de notícias falsas, há uma evidente mudança no cenário. Não se pode negar a existência de uma “onda conservadora” em escala mundial, mas cumpre levantar a hipótese (que poderá ser verificada em futuros trabalhos) de que esta onda esteja intimamente relacionada — sobretudo na América Latina — com a tensão geopolítica entre a emergência de um mundo multipolar e a manutenção do imperialismo unipolar, que (em razão da decadência das “receitas” neoliberais tradicionais, que fracassaram aqui durante os anos 1990) requer a radicalização das estratégias de “guerra híbrida”, “guerra não convencional” e das operações psicológicas anteriormente explicadas para obter vitórias eleitorais (ou institucionais).

Tais mecanismos, por sua vez, levam ao esvaziamento da discussão política, na medida em que eliminam qualquer referência a uma realidade comum e compartilhada, e colocam em uma posição de potencial igualdade moral todos os tipos particulares de “verdade”, inclusive a dos discursos de ódio. Da mesma forma que

cio-aereo-venezolano-20151108-0032.html. Acesso em: 28 abr. 2016.) e mais de 865 ao redor do mundo – a lista oficial do Pentágono é de 865, mas desconsidera as bases no Iraque e no Afeganistão, que podem elevar este número a mais de 1.000. AROUND the Globe, US Military Bases Generate Resentment, Not Security. 2011. Disponível em: <http://www.thenation.com/article/around-globe-us-military-bases-generate-resentment-not-security/>. Acesso em: 28 abr. 2016.

promovem, por meio dos meios de comunicação tradicionais e digitais, a construção maniqueísta do outro (neste caso, o outro “comunista”, “esquerdista”, “chavista”, “petista”, “imigrante”) como inimigo a ser eliminado. Como afirma o cientista político Juan Carlos Monedero⁸⁵, o fascismo tem se apresentado como o plano B do capitalismo, quando este se torna indefensável.

Isso não quer dizer que esses processos, aqui genericamente denominados “progressistas”, sejam livres de erros e graves contradições internas. Não se tratou neste trabalho de defender incondicionalmente ou assumir qualquer compromisso com os governos dos países atualmente ameaçados pela ingerência estadunidense ou sob outras formas de violação imperialista à sua soberania. No entanto, é possível concluir, por meio dos argumentos desenvolvidos neste trabalho, que não são os eventuais erros e contradições dos referidos processos a motivação do constante intervencionismo imperialista na nossa região, mas precisamente seus logros em matéria de soberania e justiça social, como demonstra inequivocamente a história dos golpes de Estado na Nossa América⁸⁶. Seguimos, desde a invasão europeia, em uma permanente e inconclusa luta pela independência.

Nos parece possível concluir também que estamos diante de uma guerra não convencional e permanente do capital contra os povos, e não lograremos vencê-la enquanto não reconhecemos nem sequer a sua existência. É preciso forjar arranjos para enfrentá-la, que sejam capazes de superar algumas diferenças, mas, ao mesmo tempo, conservar a diversidade de perspectivas. É preciso produzir e reproduzir resistências, ativando corpos em luta, ativando uma semântica dos direitos humanos que seja capaz de promover, para além daqueles realmente existentes, formas de vidas dignas e emancipadas⁸⁷.

Por tudo isso, entendemos que a Venezuela bolivariana e chavista se encontra hoje no epicentro do tabuleiro geopolítico mundial, uma vez que se trata de um ponto de inflexão, que pode determinar os próximos rumos do mundo contemporâneo: seja no sentido da multipolaridade e do fortalecimento do “ciclo progressista” bolivariano e da integração regional soberana, assim como das relações Sul-Sul e da consolidação de novas potências como a China e a Rússia, seja aprofundando um mundo colonizado e unipolar, com nossos países latino-americanos subalternizados, atomizados e esmagados pelos novos desdobramentos da Doutrina Monroe. As múltiplas e severas agressões perpetradas pelo Governo dos Estados Unidos e seus apoiadores contra a população venezuelana não possuem qualquer propósito nobre, como afirma o discurso que ecoa nos principais meios de comunicação corporativos do Ocidente⁸⁸. Como vem ocorrendo desde 1492, por meio da retórica da modernidade, perpetuam-se as lógicas da colonialidade.

Portanto, para superar os atuais desafios dos direitos humanos na América Latina na atual conjuntura política, é preciso denunciar e deslegitimar a retórica da modernidade, combater a lógica da colonialidade e fomentar a construção de alternativas. Superar os *direitos humanos realmente existentes* e cantá-los em nova poética, resistente, múltipla, independente, soberana, indígena, feminista, negra, em valorização da natureza, da alegria, do prazer e da dignidade de bem viver.

Referências

⁸⁵ MONEDERO, Juan Carlos. *El fascismo es el 'plan B' del capitalismo en crisis*. 2018. Disponível em: <https://cronicon.net/wp/el-fascismo-es-el-plan-b-del-capitalismo-en-crisis-juan-carlos-monedero/>. Acesso em: 30 abr. 2019.

⁸⁶ ROITMANN, Marcos. *Tiempos de oscuridad: historia de los golpes de Estado en América Latina*. Madrid: Akal, 2013.

⁸⁷ REBOUÇAS, Gabriela Maia; OLIVEIRA NETO, Antonio. Direitos Humanos, subjetividades e resistências: enfrentamentos cotidianos. In: SANCHEZ RUBIO, David et al (ed.). *Teorias críticas e direitos humanos: contra o sofrimento e a injustiça social*. Curitiba: CRV, 2016. p.157-170.

⁸⁸ Ou seja, não se trata de promover, defender ou resgatar a democracia e os direitos humanos naquele país, mas de submeter o controle da soberania política e econômica às elites nacionais e transnacionais e assegurar aos Estados Unidos o controle do seu pretenso “pátio traseiro”, que, por sua vez, lhes permitiria preservar sua decadente e agonizante hegemonia mundial.

- ARDAO, Arturo. *Génesis de la idea y el nombre de América Latina*. Caracas: Centro de Estudios Latinoamericanos Romulo Gallegos, 1980.
- AROUND the Globe, US Military Bases Generate Resentment, not Security. 2011. Disponível em: <http://www.thenation.com/article/around-globe-us-military-bases-generate-resentment-not-security/>. Acesso em: 28 abr. 2016.
- AZCUY HENRÍQUEZ, Hugo. *Derechos humanos: una aproximación a la política*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1997.
- BARCELONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Valladolid: Trotta, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CABO, José María. *La economía como ideología: Mitos, fantasías y creencias de la «ciencia económica»*. Hondarribia: Editorial Hiru, 2004.
- CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Decolonizar la universidad: La hybris del punto cero y el diálogo de saberes”. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón. *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007. p. 79-92.
- CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón. Prólogo: Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón. *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007. p. 9-24.
- CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e ordem global*, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- CORONIL, Fernando. Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo. In: LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p.105-132.
- CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*, v. 14, p. 139-167, 1989.
- FARRET, Rafael Leporace; PINTO, Simone Rodrigues. América Latina: da construção do nome à consolidação da ideia. *Topoi*, v. 12, p. 30-42, 2011.
- FERNÁNDEZ LIRIA, Carlos. *A quien corresponda, sobre Cuba, la Ilustración y el socialismo*. 2004. Disponível em: <http://www.rebellion.org/docs/7097.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2016.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- FRIEDMAN, Max Paul. La construcción del “antiamericanismo en los Estados Unidos y la Revolución Cubana. In: SEMINARIO 1512 DO CONSEJO LATINOAMERICANO DE CIENCIAS SOCIALES, 2015. (Material fornecido aos estudantes).
- GROSGOUEL, Ramón. La descolonización de la economía política y los estudios postcoloniales: transmodernidad, pensamiento fronterizo y colonialidad global. *Revista Tabula Rasa*, v. 4, p, 17-48, 2006.
- GROSGOUEL, Ramón. Hacia la descolonización de las ciencias sociales. In: ARRIBAS LOZANO, Alberto; GARCÍA-GONZÁLEZ, Nayra; ÁLVAREZ VEINGUER Aurora; ORTEGA SANTOS, Antonio. *Tentativas, contagios, desbordes: territorios del pensamiento*. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2012. p. 73-101.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinvenção de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2007.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- HINKELAMMERT, Franz. La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke. *Revista Pasos*, v. 85, p. 28-47, 1999.
- HINKELAMMERT, Franz. *Solidaridad o suicidio colectivo*. San José: Ambientico Ediciones, 2003.
- KONTOPOULOS, Kyriakos. *The Logics of Social Structures*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- KORYBKO, Andrew. *Guerras híbridas: das revoluções coloridas aos golpes*. São Paulo: Expressão Popular, 2018.
- LAMRANI, Salim. *Doble moral: Cuba, la Unión Europea y los Derechos Humanos*. Hondarribia: Editorial Hiru, 2008.
- LATOUCHE, Serge. *Sobrevivir al desarrollo: de la descolonización del imaginario económico a la construcción de una sociedad alternativa*. Barcelona: Icaria, 2009.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 2006.
- LUGONES, María. Colonialidad y género. *Revista Tabula Rasa*, v.9, p. 73-101, 2008.
- MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUET, Ramón. *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007. p. 127-168.
- MARINI, Ruy Mauro. Dialéctica de la dependencia (1973), In: MARTINS, Carlos Eduardo. *América Latina, dependencia y globalización. Fundamentos conceptuales Ruy Mauro Marini*. Bogotá: Siglo del Hombre – CLACSO, 2008, p.107-150.
- MENEGAT, Marildo. *Impacto destrutivo do capitalismo já é maior do que todas as destruições anteriores da vida no planeta*. 2019. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/580882-impacto-destrutivo-do-capitalismo-ja-e-maior-do-que-todas-as-destruicoes-antteriores-da-vida-no-planeta-entrevista-especial-com-marildo-menegat>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- MIGNOLO, Walter. *Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad*. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.
- MIGNOLO, Walter. *Historias locales/ diseños globales: colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo*. Madrid: Akal, 2013.
- MIGNOLO, Walter. *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005.
- MONEDERO, Juan Carlos. *El fascismo es el 'plan B' del capitalismo en crisis*. 2018. Disponível em: <https://cronicon.net/wp/el-fascismo-es-el-plan-b-del-capitalismo-en-crisis-juan-carlos-moneder/>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- MONEDERO, Juan Carlos. *El gobierno de las palabras: política para tiempos de confusión*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *Formação do império americano: da guerra contra a Espanha à guerra no Iraque*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- MONTOYA, Roberto. *La impunidad imperial: cómo Estados Unidos legalizó la tortura y “blindó” ante la justicia a sus militares, agentes y mercenarios*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 2006.
- MORGENFELD, Leandro. Nuestra América frente a la reactualización de la doctrina Monroe. In: CASTORENA, Casandra; GANDÁSEGUI HIJO, Marco; MORGENFELD, Leandro. *Estados Unidos contra el mundo: Trump y la nueva geopolítica*. Buenos Aires, CLACSO, 2018, p. 217-236.

- OLIVERES, Arcadi. *¡En qué mundo vivimos! Infórmate, piensa y actúa*. Barcelona: Icaria, 2009.
- PÉREZ ALMEIDA, Gregorio. Los derechos humanos desde la colonialidad. In: GUILLEN, Mariluz. *Los derechos humanos desde el enfoque crítico*. Caracas: Fundación Juan Vives Suriá, 2011. p. 117-146.
- POLANYI, Karl. *A grande transformação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- PRONER, Carol; CITTADINNO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (ed.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6 Editora, 2017.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidad y modernidad/razionalidad. *Revista Peru Indígena*, v. 13, p. 11-20 1992.
- QUIJANO, Anibal; WALLERSTEIN, Immanuel. La Americanidad como concepto, o América en el moderno sistema mundial. *RICS*, v. 44, p. 583-591, 1992.
- REBOUÇAS, Gabriela Maia. Por uma nova poética dos direitos humanos: em busca de outros caminhos de legitimação. In: BERTOLDI, Márcia; SPOSATO, Karina. *Direitos humanos: entre a utopia e a contemporaneidade*. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 115-131.
- REBOUÇAS, Gabriela Maia; OLIVEIRA NETO, Antonio. Direitos Humanos, subjetividades e resistências: enfrentamentos cotidianos. In: SANCHEZ RUBIO, David *et al* (ed.). *Teorias críticas e direitos humanos: contra o sofrimento e a injustiça social*. Curitiba: CRV, 2016. p.157-170.
- RIST, Gilbert. *El desarrollo: historia de una creencia occidental*. Madrid: Catarata, 2002.
- ROCHA, Miriam Aparecida; FONTES, Rosa Maria Olivera; MATTOS, Leonardo Bornacki de; CIRINO, Jader Fernandes. Programas Sociais Brasileiros e sua Relação com a Pobreza, a Desigualdade e o Desenvolvimento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 1, p. 138-153, 2014.
- ROITMANN, Marcos. *Democracia sin democratas y otras invenciones*. Madrid: Sequitur, 2011.
- ROITMANN, Marcos. *Tiempos de oscuridad: historia de los golpes de Estado en América Latina*. Madrid: Akal, 2013.
- SALGADO BONILLA, Ricardo Arturo. *Guerra No convencional o la guerra permanente contra los pueblos*. 2017. Disponível em: <http://www.telesurtv.net/bloggers/Guerra-No-convencional-o-la-guerra-permanente-contra-los-pueblos-20170410-0004.html>. Acesso em: 03 maio 2017.
- SANTOS, Boaventura de Sousa Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 23-71.
- SANTOS, Theotônio dos. *Integração e longa duração*. 2013. Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Coluna/Integracao-e-longa-duracao/27463>. Acesso em: 26 abr. 2019.
- SERRANO, Pascual. *Desinformación: cómo los medios ocultan el mundo*. Barcelona: Península, 2009.
- SILVA, Karine de Souza; BOFF, Ricardo. Nós, os povos das nações unidas: do eurocentrismo excludente à pluriversalidade da ONU. In: SCHMITZ, Guilherme de Oliveira; ROCHA, Rafael Assumpção. *Brasil e o Sistema das Nações Unidas: desafios e oportunidades na governança global*. Brasília: Ipea, 2017. p. 27-58.
- SOLÓRZANO ALFARO, Norman José. Derecho moderno e inversión ideológica: una mirada desde los derechos humanos. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 30-54.
- SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava-Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.
- STRAPASSON, Karoline; PAMPLONA, Danielle Anne. A escolha pública econômica para erradicar a pobreza extrema no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 2, p. 46-64, 2014.

SUÁREZ SALAZAR, Luis. Obama contra nuestra América: lo nuevo y lo viejo. In: CASTILLO FERNÁNDEZ Dídimo; GANDÁSEGUI HIJO Marco. *Estados Unidos: más allá de la crisis*. México DF: Siglo XXI Editores, 2012. p. 384-415.

SUÁREZ SALAZAR, Luis; GARCÍA LORENZO, Tania. *Las relaciones interamericanas: continuidades y cambios*. Buenos Aires: CLACSO, 2008.

TELESUR. *¿Cuántas veces ha violado EE.UU. el espacio aéreo venezolano?* 2015. Disponível em: <http://www.telesurtv.net/news/Cuantas-veces-ha-violado-EE.UU.-el-espacio-aereo-venezolano-20151108-0032.html>. Acesso em: 28 abr. 2016.

VILLALOBOS, Joaquín. *Cubanos go home*. 2019. Disponível em: https://elpais.com/internacional/2019/02/20/america/1550691005_971416.html. Acesso em: 28 abr. 2016.

VITÓRIA, Paulo Renato. ¿Qué debemos entender cuando Obama afirma que pretende llevar a Cuba (y al mundo) la democracia y los derechos humanos? *Revista Ideação*, v. 35, p. 331-365, 2017.

VITÓRIA, Paulo Renato. A colonização das utopias e outras consequências da assimilação acrítica dos principais discursos ocidentais sobre democracia e direitos humanos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 23, p. 198-236, 2018.

VITÓRIA, Paulo Renato. Em que mundo vivemos? Notas sobre o reparto do trabalho e dos recursos em nosso planeta. *Revista TOMO*, v. 34, p. 37-80, 2019.

VITÓRIA, Paulo Renato. Por um mundo onde caibam muitos mundos: propostas para um debate em torno da descolonização dos direitos humanos. *Hendu - Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, v. 6, p. 103-123, 2015.

WALLERSTEIN, Immanuel. *El capitalismo histórico*. Madrid: Siglo XXI, 2012.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ZINN, Howard. Las raíces de la política de los Estados Unidos hacia Cuba. In: LAMRANI, Salim. *EEUU contra Cuba: la guerra contra el terrorismo y el caso de los cinco*. Barcelona: El Viejo Topo, 2005.

ZUAZO, Natalia. *Guerras de internet*. Buenos Aires: Debate, 2015.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

O Novo Constitucionalismo na América Latina e Caribe, e a construção do direito à saúde
The New Constitutionalism in Latin America and the Caribbean and the construction of the right to health

Alethele de Oliveira Santos

Maria Célia Delduque

Moacyr Rey Filho

O Novo Constitucionalismo na América Latina e Caribe, e a construção do direito à saúde*

The New Constitutionalism in Latin America and the Caribbean and the construction of the right to health

Alethele de Oliveira Santos**

Maria Célia Delduque***

Moacyr Rey Filho****

Resumo

O artigo analisa o Novo Constitucionalismo na América Latina e Caribe e suas influências para a consecução de diferentes sistemas de saúde. Para tanto, recorreu-se a temas relacionados aos subsistemas jurídico e sanitário, em especial, dos países mencionados. Relaciona as formas de institucionalização e de efetivação do direito à saúde, no contexto do chamado ‘novo constitucionalismo’, com a pretensão de sua ruptura com o princípio universalista, a partir da interpretação do conceito de cobertura universal. Utilizou a revisão bibliográfica, com ênfase em estudo exploratório do arcabouço conceitual da área de saúde, bem como do ‘Novo Constitucionalismo’ na América Latina e Caribe, com vistas a possibilitar a descrição das diferentes formas de conferir exequibilidade às prestações positivas do direito à saúde. Em virtude de as normas que tratam da efetivação dos direitos sociais serem prospectivas e se irradiarem pelo sistema jurídico, condicionam a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização dos programas constitucionais necessários à garantia das condições de existência humana digna. Uma vez que as normas regentes do direito à saúde geram expectativas e promovem o processo evolutivo das sociedades, devem ser cumpridas de forma a garantir o acesso universal aos serviços de saúde, respeitados os interesses sanitários. Ao final, considerou que a aplicação dos conceitos de ‘universalidade do direito à saúde’ ou ‘cobertura universal em saúde’ nos sistemas sanitários alcançados pelo “novo constitucionalismo”, na América Latina e Caribe, não permite atuações desarrazoadas e socialmente descompromissadas dos poderes constituídos, uma vez que podem levar à desestruturação dos sistemas de saúde.

Palavras-chave: Novo constitucionalismo. Direito à Saúde. Cobertura Universal.

* Recebido em 31/05/2019

Aprovado em 16/08/2019

** Advogada. Assessora Jurídica do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS). Doutra e Mestre em Saúde Coletiva - UnB. E-mail: alethele.santos@conass.org.br.

*** Doutora em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo. Pós-doutora em Direito na Universidade de Cantábria, Espanha. Mestre em Planejamento e Gestão Ambiental pela Universidade Católica de Brasília. E-mail: mcdelduque@gmail.com.

**** Mestre em Direito e Políticas Públicas - Uni-CEUB. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Professor de Direito da Saúde e Direito Penal e Penal Econômico. Promotor de Justiça do MPDF. E-mail: moacyr.rey.filho@gmail.com.

Abstract

The article analyzes the New Constitutionalism in Latin America and the Caribbean and its influences on the achievement of different health systems. To this end, themes related to the legal and health subsystems were used, especially from the mentioned countries. The forms of institutionalization and implementation of the right to health, in the context of the so-called ‘new constitutionalism’, are related to the claim of its rupture with the universalist principle, based on the interpretation of the concept of universal coverage. The bibliographic review was used, with emphasis on an exploratory study of the conceptual framework of the health area, as well as the ‘New Constitutionalism’ in Latin America and the Caribbean, with a view to enabling the description of the different ways to give positive benefits to the right to health. Because the norms that deal with the enforcement of social rights are forward-looking and radiate through the legal system, they constrain the interpretation and application of infraconstitutional law to the realization and realization of the constitutional programs necessary to guarantee the conditions of dignified human existence. Since the rules governing the right to health generate expectations and promote the evolutionary process of societies, they must be met in order to ensure universal access to health services, respecting health interests. In the end, it was considered that the application of the concepts of ‘universality of the right to health’ or ‘universal health coverage’ in the sanitary systems achieved by the ‘new constitutionalism’ in Latin America and the Caribbean does not allow unreasonable and socially uncompromising actions of the constituted powers, because they can lead to the disruption of health systems.

Key-words: New constitutionalism. Right to Health. Universal Coverage.

1 Introdução

O Direito Constitucional dos Estados latino-americanos sofreu profundas transformações nas últimas décadas. Houve uma mudança que promoveu uma ruptura com o direito europeu, tido como superior e universal e fez emergir um novo sistema de valores, que restringe a imposição do poderio econômico ou militar sobre os direitos e necessidades humanas. O novo sistema constitucional pleiteia valores mais democráticos, dialógicos e plurais. Apresenta um Estado Plurinacional com vistas a transformar a diversidade cultural e permitir que o direito seja visto como instrumento de emancipação e transformação.

O constitucionalismo plurinacional diferencia-se e supera o constitucionalismo europeu para ser, nas palavras de Santos¹, um novo padrão epistemológico, político e social.

Uma das características do neoconstitucionalismo é a maneira como as cartas políticas são redigidas e promulgadas considerando-se a realidade social dos países latino-americanos, em especial os países andinos, com a defesa incontestada dos direitos humanos, na medida em que as constituições dão voz e vez aos povos historicamente colonizados na defesa de suas necessidades. Outro elemento é a descentralização do poder, por considerar a participação social como fundamento da “democracia de alta intensidade”², capaz de revelar e institucionalizar interesses.

Para Wolkmer há inovações no constitucionalismo latino-americano na medida em que rompe com a habitualidade do direito: controle central, burocrático, com democracias excludentes; sistema representativo clientelista; experiências de participação elitista; e especialmente, caracterizados pelas ausências históricas

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010. p. 44-46.

² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

das grandes massas campesinas e populares.³

O novo constitucionalismo, portanto, configura-se como a compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia, da incorporação nos textos constitucionais contemporâneos de valores e opções políticas fundamentais, associados à promoção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do bem-estar social, assim como de diversos temas do direito infraconstitucional e da eficácia expansiva dos valores constitucionais que se irradiam pelo sistema jurídico, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização dos programas constitucionais necessários à garantia das condições de existência humana digna. Sua gênese aconteceu na Europa com a Constituição da Alemanha de 1949, e na América Latina, a partir da Constituição de 1988, no Brasil, e 1991, na Colômbia.

Enquanto condição para a dignidade humana, o direito à saúde encontrou acolhimento na constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), caracterizando-se como fundamental, na medida em que sua literalidade expressou: “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”.⁴

Portanto, a saúde é, conforme definição clássica da OMS, um completo estado de bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença⁵, construído no contexto de rechaçar a barbárie exposta pela Segunda Guerra Mundial, a partir de padrões de coesão e convivência, minimamente adequados.

Tão logo considerado o direito à saúde como fundamental, a cobertura universal estava a cargo dos Estados, donde derivou a inscrição desse direito na carta brasileira de 1988. Com isso, surgiu o sistema nacional de saúde, que o texto constitucional batizou de Sistema Único de Saúde (SUS).

Desde os anos 1970, os sistemas universais de saúde, em países do hemisfério norte (Inglaterra, Canadá, dentre outros), considerados exemplos na organização e na garantia do acesso, passaram a influenciar a América Latina, especialmente no desenvolvimento da estratégia da Atenção Primária à Saúde (APS), que ganhou notoriedade na Conferência Internacional para os Cuidados Primários em Saúde, de Alma-Ata, corroborando a responsabilidade estatal na provisão de bens e serviços para o atendimento de necessidades sociais, em especial, na saúde.⁶

No entanto, a crise das últimas décadas do século XX revelou o encolhimento do mercado de trabalho e a retração do Estado⁷. Os ajustes estruturais provocaram custos sociais elevados e forçaram a alteração do modelo da seguridade na América Latina.⁸

A adoção do chamado estado mínimo e a resposta à chamada crise fiscal do estado, instaurada nos anos 1980, fragilizou sobremaneira os esforços em prol do direito fundamental à saúde. Ainda assim, a saúde se fez prioritária no Brasil, com sua positivação na carta política como direito de todos e dever do Estado, que deve ser garantido por políticas públicas.

Do final dos anos 2000 até a década seguinte, a trajetória histórica dos governos latino-americanos guar-

³ WOLKMER, A. C.; FAGUNDES, L. M. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico*. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158/1759>. Acesso em: 11. jan. 2018.

⁴ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Constitution of the World Health Organization*. Basic Documents. Genebra: WHO, 1946. Disponível em: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf. Acesso em: 20 jan. 2019.

⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Constitution of the World Health Organization*. Basic Documents. Genebra: WHO, 1946. Disponível em: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf. Acesso em: 20 jan. 2019.

⁶ PAIM, J. S.; ALMEIDA FILHO, N. Saúde Coletiva: uma “nova saúde pública” ou campo aberto a novos paradigmas? *Rev. Saúde Pública*, v. 32, n. 4, p. 299-316, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v32n4/a2593>. Acesso em: 11. jan. 2018.

⁷ FONSECA, A. M. M.; VIANA, A. L. D. *Direito à saúde, atenção básica e transferências condicionadas de renda na América Latina*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v12n6/v12n6a10>. Acesso em: 11. jan. 2018.

⁸ MACEDO, C. G. El contexto. Organización Panamericana de la Salud. La crisis de la salud pública: reflexiones para el debate. *OPS - Publicación Científica*, Washington, p. 237- 43, 1992.

da características importantes. Contudo, podem ser agrupadas, apenas para fins didáticos em dois grupos. De um lado, estão os países que derrotaram a ditadura e elegeram governos que simbolizavam um descontentamento ou até mesmo um antagonismo às premissas da política econômica até então praticada, e, de outro lado, países que aprovaram novas constituições, impulsionados por ‘levantes’ populares. Em ambos os casos, a adoção de políticas sociais redistributivas, em especial no que diz respeito ao direito à saúde, apresentam no decorrer das décadas, impacto sobre a dignidade humana.

Desde a primeira década do século XXI, o direito fundamental à saúde vem sendo acompanhado por uma interpretação mais abrangente do termo ‘Cobertura Universal’, implicado mais com a proteção do risco financeiro e os mecanismos alternativos do financiamento dos sistemas, que ocasionam uma métrica e precificação da saúde humana em detrimento daquele princípio norteado pela satisfação das necessidades de saúde, protegido pela universalização do acesso.

Esse texto apresenta conceitos dos subsistemas jurídico e sanitário, na América Latina e Caribe, buscando correlação com suas formas de institucionalização e de efetivação, no contexto do chamado ‘novo constitucionalismo’ e a pretensão de sua ruptura com o Princípio Universalista, a partir da interpretação do conceito de cobertura universal.

2 Métodos

O ensaio foi escrito a partir de revisão bibliográfica, com ênfase em estudo exploratório da retórica do campo da saúde, bem como relacionado ao ‘Novo Constitucionalismo’ na América Latina e Caribe. Apresenta conceitos que relacionam o subsistema jurídico e sanitário, como forma de apresentar a exequibilidade das prestações positivas do direito à saúde, resultando em análises de tais elementos.

3 A inserção constitucional da saúde como direito

Os discursos sobre saúde e, por conseguinte, suas bases doutrinárias vieram da Europa do Século XVIII, a partir do estudo dos corpos e sua constituição como sujeitos.⁹

Interessa que as propostas sanitárias, em certa medida restritas à polícia médica, passaram a estabelecer a responsabilidade do Estado, na definição, na legislação e regulamentação, e, sobretudo, na fiscalização de práticas nas instâncias políticas e jurídicas já regulamentadas.¹⁰

A atribuição estatal foi incrementada na Revolução Industrial, que alterou, de forma considerável, as condições de vida, de concentração e organização de territórios e da saúde das populações. Os temas de saúde foram alvo das movimentações sociais dos países que se industrializaram e, já no Século XIX, objeto de plano de atuação sobre a crise sanitária, denominada de medicina social¹¹. Desse movimento, destaca-se que a participação política se constituiu como principal elemento de transformação social, incluído o direito à saúde, além de propiciar elevadas expectativas no que diz respeito aos ideais de solidariedade, justiça e democracia¹².

⁹ FOUCAULT, M. *Surveiller et punir*. Paris: Gallimard, 1979.

¹⁰ ROSEN, G. *Da polícia médica à medicina social*. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 77-141, 213-42.

¹¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Constitution of the World Health Organization*. Basic Documents. Genebra: WHO, 1946. Silva, G.R. Origens da medicina preventiva como disciplina do ensino médico. *Rev. Hosp. Clin. Fac. Med. S. Paulo*, 28(2):31-5, 1973.

¹² PAIM, J. S e ALMEIDA FILHO, N. *Saúde Coletiva: uma “nova saúde pública” ou campo aberto a novos paradigmas?* *Rev. Saúde Pública*, 32 (4): 299-316, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v32n4/a2593>. Acesso em: 11. Jan. 2019.

A medicina social foi capaz de alavancar posicionamentos importantes nos diferentes países¹³ propiciando, concomitante, formação de ação estatal em prol da saúde, na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, em modelos reconhecidamente diferentes, num movimento conhecido como sanitarismo.

Os sanitaristas utilizaram de discurso racional, fundamentado cientificamente e na tecnologia para a execução e expansão de ações de saúde de natureza profilática (saneamento, imunização, controle de vetores), em um primeiro momento, com foco em populações mais vulneráveis.¹⁴

Com o advento do relatório Flexner, houve o *input* para a reavaliação dos fundamentos científicos de modo a reforçar a organização entre individual e coletivo, biológico e social, curativo e preventivo, fazendo surgir organismos como a Fundação Rockefeller, nos Estados Unidos da América, fortemente expandida para a América Latina, especialmente pela instalação das escolas de saúde pública.¹⁵

Na década de 1960, os currículos acadêmicos das escolas de saúde da América Latina¹⁶ sofreram alterações decorrentes desse movimento e programas de saúde comunitária foram implantados no Brasil, na Colômbia e no Chile, sob o aval da Organização Panamericana da Saúde (OPS).¹⁷

A década de 1970 consignou, na Assembleia Mundial da Saúde, no ano 1977, o tema: “Saúde para todos no ano 2000”, com a assunção inequívoca de expansão de cobertura dos serviços (básicos) de saúde¹⁸. Em 1978, a Conferência Internacional sobre Atenção Primária à Saúde (Alma Ata) reafirmou que, sob a responsabilidade dos governos, está o direito à saúde dos cidadãos, iniciando reformas setoriais significativas nos países da América Latina e do Caribe.^{19,20}

Na década de 1980, a garantia do “bem-estar social”, no qual figura a saúde, pode ter levado às cartas políticas dos países a adoção de normativas ou até mesmo a interpretação dada a elas, com efeitos jurídicos com maior ou menor incidência.

No início da década de 1990, a OMS, juntamente ao Banco Mundial, apresentou questionamentos acerca do desenvolvimento econômico e social como pauta de impacto para o campo da saúde²¹ especialmente nas relações entre a sociedade e o Estado, consideradas as práticas de saúde.²²

¹³ SILVA, G. R. Origens da medicina preventiva como disciplina do ensino médico. *Rev. Hosp. Clin. Fac. Med.*, São Paulo, v. 28, n. 2, p. 31-5, 1973. AROUCA, A. S. O *dilema preventivista*: contribuição para a compreensão e crítica da medicina preventiva. 1975. Tese (Doutorado) – Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 1975.

¹⁴ DONNANGELO, M. C. F. *Saúde e sociedade*. São Paulo: Duas Cidades, 1976. RODRIGUES NETO, E. *Integração docente-assistencial em saúde*. 1979. Dissertação (Mestrado em Medicina Preventiva) - Faculdade de Medicina, USP, São Paulo, 1979.

¹⁵ FEE, E. *Disease and discovery: a history of the John Hopkins School of Hygiene and Public Health - 1916-1939*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1987.

¹⁶ SILVA, G. R. Origens da medicina preventiva como disciplina do ensino médico. *Rev. Hosp. Clin. Fac. Med.*, São Paulo, v. 28, n. 2, p. 31-5, 1973.

¹⁷ PAIM, J. S. Medicina comunitária: introdução a uma análise crítica. *Saúde debate*, v. 1, p. 9-12, 1976. AROUCA, A. S. O *dilema preventivista*: contribuição para a compreensão e crítica da medicina preventiva. 1975. Tese (Doutorado) – Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 1975.

¹⁸ BARRETO, M. L. A epidemiologia, sua história e crises: notas para pensar o futuro. In: Costa, D. C. (org). *Epidemiologia, teoria e objeto*. São Paulo: HUCITEC/ ABRASCO, 1990. p. 19-38. PAIM, J. S. *Saúde, crises, reformas*. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1992.

¹⁹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *New public health and WHO's Ninth General Programme of Work: a discussion paper*. Geneva: WHO, 1995. Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/New_Public_Health_and_WHO_s_Ninth_Genera.html?id=j2XKSAACA&redir_esc=y. Acesso em: 25 fev. 2019. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Renewing the healthfor-all strategy: elaboration of a policy for equity, solidarity and health*. Geneva, 1995. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/62764/56672_eng.pdf?sequence=1. Acesso em: 25 fev. 2019.

²⁰ PAIM, J. S. *Pan American Health Organization The crisis of public health: reflections for the debate*. Washington, 1992. p. 136-50.

²¹ BARRETO, M. L. A epidemiologia, sua história e crises: notas para pensar o futuro. In: Costa, D. C. (org). *Epidemiologia, teoria e objeto*. São Paulo: HUCITEC/ ABRASCO, 1990. p. 19-38. *World Bank. Priorities in health research & development. [Report of Ad-hoc committee, 6th. draft], Cape Town, 1996*. FERREIRA, J. R. La crisis. La crisis de la salud pública: reflexiones para el debate. OPS - *Publicación Científica*. Washington, p. 233-36, 1992.

²² ORGANIZACION PANAMERICANA DE LA SALUD. *Desarrollo de la teoría y práctica de la salud pública en la Región de las Américas (1990-1995)*. Washington, s/d. ORGANIZACION PANAMERICANA DE LA SALUD. *Orientações estratégicas e programáticas: 1995-1998*. Washington, 1995. (Documento Oficial, 269).

Do final dos anos 2000 até a década seguinte, os governos latino-americanos adotaram a política social assecuratória redistributiva, abrangente e socialmente solidária, que incluiu políticas de salário, emprego e renda, com definição explícita sobre o direito do cidadão e as responsabilidades do Estado.

O século XXI vem apresentando alterações legislativas significativas na América Latina, com a assunção de políticas sociais de seguridade, contudo, sob forte crise fiscal. A saúde não passou incólume às alterações sociais e de mercado que atingiram o continente e que permitiram o retorno das teorias e práticas de austeridade fiscal.

Cabe, ainda em sede de historiografia, lembrar que a América Latina teve sua cultura jurídica imposta pela derivação da tradição europeia, quer das metrópoles ou de outras influências, que incluem a burguesia, o iluminismo e o capitalismo, dentre outros tantos elementos. Nesse sentido, as constituições podem ser consideradas geradoras de processos políticos, resultantes do ‘cabo de guerra’ estabelecido entre as forças, num dado momento histórico de uma nação.

Por essas razões, as constituições não podem ser lidas e consideradas como mero formalismo estrutural do ordenamento jurídico²³ posto que elas são a pluralidade, a forma como o poder é legitimado pela existência e convivência de opiniões divergentes, que se dá pela participação. As sociedades revelam, por suas cartas políticas, sua concepção de mundo, seus princípios e valores, tradições, sua ordem e, notadamente, como se dão as relações de poder.

3.1 Do Direito à Saúde no Novo Constitucionalismo Latino Americano

O modelo de proteção social existente na América Latina e no Caribe, desde os anos 1930, referiu tipos básicos de proteção, sendo o primeiro referente à assistência à saúde, individual e curativa (reconhecida no jargão sanitário como ‘hospitalocêntrica’) e o segundo, relacionado à previdência social, portanto, às aposentadorias, pensões e benefícios. É crível afirmar que esse modelo não é redistributivo, na medida em que valoriza as posições no mercado de trabalho e, em consequência, os desníveis produzidos pela hierarquia e diferenças salariais.

O cenário exposto pelo final do século XX provocou alteração do modelo da seguridade e, em alguma medida, na América Latina, a alteração foi acompanhada e/ou motivada por processos de redemocratização²⁴ e trouxe consigo o que foi denominado de primeira reforma administrativa afeta à saúde, que efetivou uma separação entre funções: o Estado regula e a prestação assistencial pode dar-se pelo Estado e pelo Mercado. A separação das competências, idealmente, seria capaz de estimular a competição e contrabalançar as forças do setor produtivo.²⁵

O ‘novo constitucionalismo’ na América Latina apresenta, em suas cartas políticas, maior complexidade, seja em face da necessidade de alcance da diversidade, ou ainda, como forma de oferecer garantias à positividade constitucional. Bom exemplo dessa afirmativa é a constituição boliviana que traz referências aos “povos indígenas originários campesinos”, “pachamama”, “sumac kawsay”, o “sumac kamaña”.²⁶

Credencia a descentralização do poder, especialmente pela participação social, retratada no conteúdo das

²³ WOLKMER, A. C.; FAGUNDES, L. M. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano*: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158/1759>. Acesso em: 11. jan. 2018.

²⁴ FONSECA, A. M. M.; VIANA, A. L. D. *Direito à saúde, atenção básica e transferências condicionadas de renda na América Latina*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v12n6/v12n6a10>. Acesso em: 11. jan. 2018. MACEDO, C. G. El contexto. Organización Panamericana de la Salud. La crisis de la salud pública: reflexiones para el debate. *OPS - Publicación Científica*, Washington, p. 237- 43, 1992.

²⁵ MADUREIRA, P. *O Sistema de Saúde Cubano*. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/19944/1/Sistema%20de%20Sa%C3%BAde%20Cubano%20-%20final.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²⁶ WOLKMER, A. C.; FAGUNDES, L. M. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano*: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158/1759>. Acesso em: 11 jan. 2018.

constituições do Equador e da Bolívia, na medida em que revelam a coexistência de sociedades multiculturais e a admissão de pluralismo jurisdicional, como a jurisdição indígena.

Para Wolkmer, a tradição latino-americana veio marcada por instituições jurídicas de controle central, burocrático, com democracias excludentes; sistema representativo clientelista; experiências de participação elitista; e especialmente, por ausências históricas das grandes massas camponesas e populares. Contudo, o mesmo autor indica que, nos últimos anos, há inovações no constitucionalismo latino-americano, “que parecem romper com velhos paradigmas do direito e mesmo do direito constitucional”.²⁷

A participação social está fortemente relacionada à situação da ‘rigidez’ constitucional, materializada na forma de imposição de processos que dificultam a modificação da carta política pelo parlamento. Se promover mudanças constitucionais concretizadoras do direito à saúde é difícil até mesmo para o parlamento, que detém as técnicas legistas e procedimentais, torna-se ainda mais difícil à sociedade, por meio da participação direta ou por representação não partidária.

Para tal análise, importa considerar duas possibilidades. A primeira diz respeito às possibilidades de ingerência popular sobre o ordenamento constitucional, de forma a não restringir o poder somente aos representantes eleitos ou poderes constituintes originários. A segunda diz respeito à descentralização, inclusive normativa, que pode alcançar representações sociais e/ou indivíduos, diretamente. Tal análise faz recorrer novamente à lição de Wolkmer e Fagundes para quem “é essencial que a Teoria do Direito e do Estado Constitucional tome em consideração o exame do Pluralismo Jurídico, para compreender a nova realidade constitucional latino-americana”.²⁸

Tais debates uma vez enfrentados ganham legalidade e estão expressos, muitas vezes, nas próprias constituições dos países. As constituições têm, em seu âmago, a pluralidade, a forma como o poder é legitimado pela existência e convivência de opiniões divergentes, que se dá pela participação. Não podem ser lidas e consideradas como mero formalismo estrutural do ordenamento jurídico.²⁹ Nesse contexto, os conceitos de universalidade e cobertura universal em saúde ganham maior importância ainda, tanto para as constituições que asseguraram sistemas de saúde universais, quanto para as que não o fizeram.

Dos Estados da América Latina e Caribe apenas o Brasil, Costa Rica e Cuba são países nos quais a saúde é um direito universal. Noutros, é tratado como item relacionado às ações e serviços de responsabilidade dos indivíduos e famílias, em relação direta com o mercado ou ainda subsidiada pelo Estado, dando guarida aos fundamentos da cobertura universal.

A implementação de dispositivo constitucional referente ao acesso às ações e serviços de saúde, a serem providos pelo Estado Cubano, conta com a estratégia de medicina de família, em prol da atenção primária à saúde, desde 1976.³⁰

No início da década de 1990, a Colômbia alterou a conformação de seu sistema de saúde, por meio da Lei n.100 de 1993 e da Lei n. 508 de 1999³¹, assemelhando-se ao Chile e ao México no que diz respeito à cobertura universal, a partir do incremento dos seguros de saúde. Pode-se dizer que as mudanças na Colômbia e no Chile tiveram como objetivo uma reforma mais ampliada de seus sistemas de seguridade social. Já o México, que contava com seguros públicos, adicionou subsídio financiado pelo Estado à segurança social. A

²⁷ WOLKMER, A. C.; FAGUNDES, L. M. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano*: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158/1759>. Acesso em: 12 jan. 2018.

²⁸ WOLKMER, A. C.; FAGUNDES, L. M. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano*: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158/1759>. Acesso em: 12 jan. 2018.

²⁹ WOLKMER, A. C.; FAGUNDES, L. M. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano*: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158/1759>. Acesso em: 11 jan. 2018.

³⁰ MADUREIRA, P. *O Sistema de Saúde Cubano*. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/19944/1/Sistema%20de%20Sa%C3%BAde%20Cubano%20-%20final.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

³¹ COLOMBIA. Ley 100, de 23 de diciembre de 1993. Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 41.148*, Bogotá, 23 dic. 1993.

semelhança dos três países é que a legislação alcança tanto a regulação dos fundos “compradores” de ações e serviços de saúde como a escolha dos segurados.

A partir da adoção “público e privado” praticada na chamada primeira reforma administrativa da saúde, o Chile passou a contar com dois sistemas paralelos, mantendo significativa segmentação: um privado, que conta com as Instituições de Saúde Previdenciária composta por prestadores privados, e outro, público, composto pelo Fundo Nacional de Saúde (Fonasa), com prestadores públicos. O direito à saúde está no artigo 19 da Constituição Política do ano de 1980, em que o Estado se compromete a garantir o direito de proteção à saúde. Cabe apresentar o debate interpretativo sobre tal ponto.

O dito constitucional não garante o direito à saúde, que seria em termos efetivos, a prestação positiva assistencial, mas sim o direito à proteção à saúde, inclusive com a possibilidade de escolha a qual sistema acolher. Tal compreensão é derivada de posicionamento do Tribunal Constitucional: “que este dever do Estado está associado a que a Constituição não garante o direito à saúde, sina que o direito ‘à proteção da saúde’³². No mesmo artigo 19 da Constituição chilena, há o direito à integridade física e psíquica da pessoa, bem como é assegurado o direito das pessoas a eleger o sistema de saúde, ou seja, se público, ou o sistema privado. Inclusive, o chamado “Recurso de Proteção” somente diz respeito à eleição de qualquer dos sistemas, não abrangendo a escolha dos tipos de ações e serviços de saúde, constantes dos sistemas público ou privado.

Sobre a Colômbia, o Fundo de Solidariedade e de Garantia (Fosyga) recebe contribuições dos segurados e um ‘subsídio’ para os beneficiários não contribuintes, sendo que o montante financeiro é transferido às administradoras de seguros (em geral – privadas), conforme o número de segurados. É da responsabilidade das administradoras o pagamento aos prestadores das ações e serviços de saúde, tais ações e serviços são divididas em dois grupos: (i) para segurados, e; (ii) para segurados subsidiados pelo Estado. Esse modelo não pareceu guardar compatibilidade com a progressão dos direitos humanos fundamentais, tanto que sofreu reformas nos anos de 2007, 2009 e 2011, e não obstante tivessem natureza incremental, não foram capazes de romper com a estrutura vigente de participação do setor privado na administração dos recursos do seguro social e na prestação de serviços de saúde, bem como a ênfase no Estado regulador e contratual. Contudo, merece destaque que, num contexto de defesa dos direitos humanos, de políticas sociais assecuratórias, a Sentença T – 760 de 2008, exarada pela Corte Constitucional, trouxe mudanças importantes ao cenário do setor saúde na Colômbia. Mesmo que tenha havido a declaração oficial de emergência em saúde (2009), passou-se a reconhecer o direito constitucional à saúde, com equiparação entre o regime contributivo e subsidiado, com aprovação de Lei Fundamental – Lei Estatutária da Saúde, em 2015. Mas, ainda assim, foi mantida a segmentação.³³

Por sua vez, o México tem três formas de seguro: (i) para trabalhadores formais; (ii) o seguro popular para os trabalhadores desempregados; e, (iii) privado, com pacotes de serviços diferentes. É adequado inferir que, nas últimas três décadas, as desigualdades em saúde, ainda que geradoras de iniquidades, têm se encaminhado para uma agenda política e para a organização administrativa e burocrática. Os procedimentos de reforma fragilizaram o seguro popular, que, mesmo assim, resiste às disputas de mercado privado.³⁴

Acerca da proposta de criação de um “Sistema Nacional de Saúde Universal” (SNSU), interessa em especial sua relação com o reconhecimento da saúde como direito humano e não somente restrito às classes trabalhadoras. A declaração de Mercedes, representante do Estado Mexicano em reunião promovida pela Organização Panamericana de Saúde (OPAS), é emblemática: “*El camino para avanzar inicia con el reconocimiento*

³² CÁRDENAS, W. I. L.; PEREIRA, A. M. M.; MACHADO, C. V. *Trajetória das relações público-privadas no sistema de saúde da Colômbia de 1991 a 2015*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v33s2/1678-4464-csp-33-s2-e00114016.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

³³ WOLKMER, A. C.; FAGUNDES, L. M. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano*. Estado plurinacional e pluralismo jurídico. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158/1759>. Acesso em: 11. jan. 2018.

³⁴ LAURELL, A. C. *The Mexican popular health insurance*. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v24/p/pt_0104-1169-rlae-02668.pdf. Acesso em: 13 jan. 2019.

de que el acceso equitativo es un derecho humano, no un privilegio para los que trabajan en el sector formal o tienen mayores recursos económicos”³⁵. Mesmo que a proposta tenha premissas refutáveis ou aceitáveis, a depender do fundamento e das opiniões individuais, não há previsão de um serviço único e público de saúde, com acesso e garantias e sobre a proposta apresentada, não se registrou avanço.

As recentes constituições da Venezuela, Bolívia e Equador, mesmo que adiram ao multiculturalismo e ao *welfare state* não foram claras quanto à regulamentação e garantia do direito à saúde. Outros países, como El Salvador, Paraguai e Argentina, conseguiram impor programas ou leis que apontassem na direção do acesso e garantia ao direito à saúde, contudo, sem qualquer alteração em suas cartas políticas, medida também adotada pela Venezuela, o Equador e o Uruguai.

Outro elemento a ser considerando diz respeito à participação popular e social. Os meios pelos quais ocorrem tal participação não podem ocupar lugar de maior importância que seus próprios efeitos. A institucionalização da participação social está legalmente prevista no Brasil, na Venezuela, na Bolívia e no Equador, com importância notória para a concepção e implementação de políticas públicas.

Na América Latina, há uma diversidade da chamada “materialidade institucional”, definida por Linera³⁶ como conjunto de regras, normas, orçamentos e exigências burocráticas essenciais para o diagnóstico e a tomada de decisão. Tal materialidade foi impulsionada pelos processos constituintes e alterações constitucionais cuja efetividade deve ser de perto acompanhada pelos cidadãos e, por métrica avaliativa adequada, pela ciência.

O destaque dado para países como Bolívia, Colômbia, Equador e Venezuela, como emergentes de um novo constitucionalismo, tem desafiado estudiosos a manifestarem-se juridicamente sobre as novas “nuances”, cuja contextualização teórica faz surgir nova doutrina, comprometida com a participação democrática, cujas características e formas de atuação vêm sendo analisadas.

3.2 Do Direito à Saúde no Brasil

O Brasil consagrou o direito à saúde na Constituição Federal de 1988 (CRB/88), qualificando-o como social e fundamental. Tal garantia está contemplada nos artigos 196 a 200, conferindo ao Estado a responsabilidade da prestação positiva, por meio de política pública social e econômica, bem como a admissibilidade da atuação do público e do privado.³⁷

A CRB/88 pode ter servido de inspiração para as cartas políticas que se dispõem ao enfrentamento do que diz respeito ao direito à saúde, na América Latina e além dela. Na saúde, tanto a gestão quanto o financiamento da prestação positiva pública dá-se pelos entes federados, que podem ou não contar com o setor privado para garanti-la (o que recebe o nome de saúde complementar). O setor privado, financiado pelos indivíduos, famílias e empresas, atua sob a oferta de planos e seguros (e recebe o nome de saúde suplementar).

Assim, a oferta universal da prestação positiva de saúde pelo ente público, no caso brasileiro, encontra barreiras na própria opção constitucional pela segmentação. Para além do mercado concorrencial estabelecido na CRB/88, a oferta pública é, atualmente, conformada num modelo de atenção voltado para doenças não crônicas e que, por sua vez, não é suficientemente resolutivo na medida em que desconsidera as características populacionais em rápida alteração; a necessária qualificação dos meios da participação social; as dificuldades referentes à gestão do trabalho; e, especialmente, a busca por financiamento sustentável e a

³⁵ MERCEDES, José. *Conferencia Internacional “Hacia la Cobertura Universal en Salud”*. Disponível em: http://www.paho.org/ecu/index.php?option=com_content&view=article&id=1141:conferencia-internacional-hacia-cobertura-universal-salud-lima-peru-20-21-febrero&Itemid=360. Acesso em: 13 jan. 2019.

³⁶ LINERA, A. *Estado multinacional*. La Paz: Malatesta, 2005.

³⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

crescente judicialização.

Ao se ter em mente que o conjunto de dificuldades está atrelado ao financiamento, faz-se necessário desconfiar de análises generalistas que podem revelar aumentos dos orçamentos destinados à saúde, contudo, sem se preocuparem com o que se refere aos investimentos e custeio estatal e aqueles que se referem ao segmento privado. É sempre um fator a ser considerado, que os países, em que pese apresentarem aumento percentual dos orçamentos na setorial saúde, possam revelar incremento financeiro praticado por indivíduos e familiares, não pelo Estado.

No caso brasileiro, é consenso acadêmico, fartamente reconhecido na tarefa diuturna da gestão, que o sistema público brasileiro é subfinanciado, o que provoca longos tempos de espera para o acesso às ações e serviços de saúde, o que faz da economia da saúde e do realinhamento de dispositivos orçamentários elementos essenciais a serem considerados na institucionalização do direito à saúde.

A ênfase dada pelo ‘novo constitucionalismo’ na América Latina à participação democrática, conforme destacado por Wolkmer³⁸, Dalmau e Pastor³⁹, Carbonell, Orozco e Vasquez⁴⁰ está expressa na CF/88 do Brasil, em relação ao direito à saúde. Contudo, a exigência da participação social para reformulação e incremento do sistema público de saúde do Brasil, pelo menos até os dias de hoje, em que pese ter altíssima significância, não foi o suficiente para lhe garantir financiamento adequado e proteção contra os interesses do mercado.

Outro ponto de destaque acerca das relações do “Novo Constitucionalismo na América Latina” e da participação social diz respeito aos meios pelos quais ocorrem tal participação e os resultados que deles reverberam. No caso brasileiro, as estratégias de audiências e consultas públicas, bem como a atuação dos conselhos e conferências de saúde, legalmente institucionalizadas, tem importância notória para a concepção e implementação de políticas públicas de saúde, contudo são bem-vindas ações de avaliação e de aperfeiçoamento.

Sociólogos brasileiros têm denominado de “neodesenvolvimentismo” a resistência do Estado em preservar direitos de cidadania em detrimento dos direitos de consumo e os debates no Brasil referem, atualmente, a existência ou não desse movimento em território nacional.⁴¹

A análise acerca da preservação do Princípio da Solidariedade no direito à saúde impõe o debate acerca dos conceitos de universalização *versus* os riscos da adoção dos parâmetros estabelecidos pela cobertura universal.

4 Da Universalidade e da cobertura universal em saúde

Há que se considerar a existência de dois blocos na organização de sistemas de saúde: o modelo público universal e o modelo segmentado. Contudo, a ação estatal revela-se, para além das leis, nas políticas públicas, direta ou indiretamente, relacionadas ao direito à saúde.

³⁸ WOLKMER, A. C.; FAGUNDES, L. M. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano*: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158/1759>. Acesso em: 11. jan. 2018. WOLKMER, Antonio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989. WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*: fundamentos de uma nova cultura do direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

³⁹ DALMAU, R. Martínez; PASTOR, R. Viciano. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: EL NUEVO constitucionalismo en América Latina: memorias del encuentro internacional el nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010. p. 9-44.

⁴⁰ CARBONELL, M.; OROZCO, W.; VAZQUEZ, R. (org.). *Estado de derecho*: concepto, fundamentos y democratización em América Latina. México: Siglo Veintiuno, 2002.

⁴¹ BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p.1-49. BOITO JR, A. *As bases políticas do neodesenvolvimentismo*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000300004. Acesso em: 10 jan. 2018.

Em suma, qualquer opção por distribuição de responsabilidades carece da análise do ponto em que o Estado é colocado: seja na centralidade da geração dos bens, ações e serviços, que seriam, portanto, públicos, seja na subsidiariedade ao mercado, fomentando a geração de bens, ações e serviços, que seriam, portanto, privados.

Esse debate é atualíssimo na esfera da saúde, na medida em que se discute, no jargão sanitário, o tipo de cobertura assistencial, ou seja, o tipo de prestação positiva que será disponibilizada para o acesso dos seres humanos, em diferentes pontos do globo terrestre e influencia a forma pela qual os Estados atuam na salvaguarda do direito à saúde.⁴²

A setorial saúde refere um âmbito coletivo, social e público e justamente por lhe serem intrínsecas tais características, passa por ‘recomposições’ históricas e práticas, consoantes aos movimentos da sociedade e do Estado. Isto porque são a sociedade e o Estado que definem, em cada território e conforme conjunturas, as respostas que se devem dar para as questões relacionadas à saúde.

Em termos do direito à saúde, tal debate e posicionamento alcançam os sistemas públicos universais e a chamada “saúde mercantilizada”, para quem o mercado é o melhor distribuidor dos recursos. Consequentemente, a regulação do direito à saúde alcança as responsabilidades dos Estados, do mercado, do indivíduo e sua família e na esfera sanitária recebe o nome de Cobertura em Saúde.

Se, numa primeira análise, a cobertura universal de saúde esteve relacionada a sistemas públicos de acesso universal, a partir da primeira década do século XXI, mais fortemente, tal interpretação desloca-se para a compreensão de que o acesso de todos aos serviços de saúde dos quais precisam as populações não deve acarretar à determinada classe de usuários risco de empobrecimento. A restrição ao caráter universal afeta, mais diretamente, a população hipossuficiente.⁴³

Acerca do alargamento da interpretação conceitual, há diferentes estudos que apresentam, de forma didática, a cronologia da compreensão do conceito de cobertura universal e sua atual consideração à “proteção do risco financeiro” e “mecanismos alternativos de financiamento para o setor”. Sobre o assunto, a conclusão de Noronha é da transformação da saúde humana em “mercadoria” cuja precificação ganha valor maior que o próprio Princípio da Satisfação das Necessidades Humanas Primárias.⁴⁴

Essa compreensão demonstra um deslocamento da proteção estatal ao direito à saúde para a necessidade de uma reorientação na área da saúde num momento de recessão econômica, custos crescentes para a atenção à saúde, envelhecimento da população, aumentos das doenças crônicas e utilização de novas e onerosas tecnologias⁴⁵, apontando para a necessidade de obtenção de mecanismo alternativo de financiamento para os sistemas de saúde, de modo a atingir a cobertura universal.

A segunda reforma administrativa da setorial saúde é mais complexa, na medida em que lida com sistemas universais já estabelecidos e socialmente assumidos, bem como com as forças do mercado cada vez mais ávido pela saúde vista como bem de consumo. Nesse modelo, há semelhança com a lógica do seguro, com os “pacotes de serviços”, com o pagamento por serviços prestados seja a fornecedor público ou privado. Dessa modelagem têm se observado a terceirização, a subcontratação de serviços e o aumento da

⁴² LAURELL, A. C. *The Mexican popular health insurance*. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v24/pt_0104-1169-rlae-02668.pdf. Acesso em: 10 jan. 2018. LAURELL, A. C.; HERRERA, J. La segunda reforma de salud. Aseguramiento y compra-venta de servicios. *Salud Colectiva*, v. 6 n. 2, p. 137-48, 2010. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73115020002>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁴³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *O Financiamento dos sistemas de saúde: o caminho para a cobertura universal*, 2010. Disponível em: http://www.who.int/whr/2010/10_summary_es.pdf?ua=1. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁴⁴ SOUSA, A. M. C. Universalidade da saúde no Brasil e as contradições da sua negação como direito de todos. R. *Katálysis*, Florianópolis, v. 17, n. 2, p. 227-234, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/download/32679/28074>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁴⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

precarização, em especial, do emprego do setor.⁴⁶

Enquanto sistemas públicos universais de saúde, tais como do Canadá, Espanha, Reino Unido e Portugal, experimentaram mudanças, reformas e ajustes ao longo de suas existências, com maior ou menor grau de garantia efetiva de universalidade, integralidade e de financiamento público, sem, entretanto, alterarem sua concepção de sistemas públicos de acesso universal⁴⁷, na América Latina e Caribe, os ganhos constitucionais andam *pari passo* com os riscos de retrocesso.

No caso brasileiro, a lógica de proteção dos riscos financeiros e da busca de mecanismos alternativos para o historicamente insuficiente financiamento setorial está em conflito com o conceito jurídico cunhado em 1988 de acesso universal e igualitário aos serviços de saúde, razão de ser do sistema público de saúde (SUS).⁴⁸

5 Considerações finais

Afirma-se que a concepção do direito à saúde e as formas para garanti-lo têm sido um debate constante. As chamadas ‘primeira’ e ‘segunda’ reformas do setor fragilizaram sobremaneira os esforços em prol do direito fundamental à saúde. Seja a chamada “nova ordem mundial”, instaurada idos de 1980, com a adoção do chamado “estado mínimo” e as respostas à chamada “crise fiscal do estado”; sejam as chamadas “políticas de austeridade” implementadas, em especial, a partir do *crack* americano de 2009.

No intervalo entre uma e outra reforma, precedidas de crises fiscais, houve o incremento dos direitos sociais na América Latina, a partir no ‘novo constitucionalismo’ que propiciou a inserção de grupos sociais aliados da institucionalização anterior, admissibilidade e meios para a participação popular, numa defesa do processo transformador da sociedade, seja para vedar o retrocesso social, seja para ampliar o rol de direitos. Essa nova tendência do direito constitucional na América Latina e Caribe também afetou a Constituição brasileira, de tal modo que promoveu uma recomposição do ordenamento jurídico pátrio, em prol dos direitos fundamentais.

As normas que tratam da efetivação dos direitos sociais são prospectivas e progressivas e o fato de não estarem sendo cumpridas *in totum* não significa que não expressem direitos. Ao contrário, ao expressarem direitos, tornam-se expectativas e provocam o processo evolutivo das sociedades.

As mudanças constitucionais, observadas nas últimas décadas, na América Latina e no Caribe, não foram suficientes para a garantia do direito à saúde aos povos. E, também, as políticas garantidoras do direito à saúde são forjadas a partir de instituições e modelos já existentes, considerando-se os diferentes processos históricos dos Estados.

Assim, ao compreender que as Constituições refletem os acordos sociais a serem implementados nos Estados, decorre o entendimento de que a sociedade deve definir a manutenção ou alteração de rumos. Portanto, a aplicação dos conceitos de universalidade do direito à saúde ou cobertura universal em saúde, nos sistemas sanitários apresentados pelo “novo constitucionalismo” na América Latina e Caribe, não admite

⁴⁶ LAURELL, A. C. *The Mexican popular health insurance*. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v24/pt_0104-1169-rlae-02668.pdf. Acesso em: 10 jan. 2018. LAURELL, A. C.; HERRERA, J. La segunda reforma de salud. Aseguramiento y compra-venta de servicios. *Salud Colectiva*, v. 6 n. 2, p. 137-48, 2010. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73115020002>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁴⁷ SOUSA, A. M. C. Universalidade da saúde no Brasil e as contradições da sua negação como direito de todos. R. *Katálysis*, Florianópolis, v. 17, n. 2, p. 227-234, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/download/32679/28074>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁴⁸ NORONHA, J. C. *Cobertura universal de saúde: como misturar conceitos, confundir objetivos, abandonar princípios*. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/9693/1/NORONHA_COBERTURA_UNIVERSAL_SAUDE_2013.pdf. Acesso em: 10 jan. 2018.

atuações desarrazoadas e socialmente descompromissadas de qualquer dos poderes constituídos, na medida em que tanto podem comprometer os sistemas de saúde quanto agravar situação de esgarçamento do tecido social.

Por fim, as cartas políticas determinaram a forma da prestação positiva em saúde e a sua alteração deve ser precedida pelo fiel entendimento dos anseios dos latino-americanos, dos caribenhos e em especial, dos brasileiros, assim como o tipo de sistema de saúde que desejam para os dias atuais e para o futuro, e o quanto estão dispostos a pagar por suas escolhas.

Referências

- AROUCA, A. S. *O dilema preventivista: contribuição para a compreensão e crítica da medicina preventiva*. 1975. Tese (Doutorado) – Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 1975.
- BARRETO, M. L. A epidemiologia, sua história e crises: notas para pensar o futuro. In: Costa, D. C. (org). *Epidemiologia, teoria e objeto*. São Paulo: HUCITEC/ ABRASCO, 1990.
- BOTTO JR, A. *As bases políticas do neodesenvolvimentismo*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000300004. Acesso em: 10 jan. 2018.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.
- BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARBONELL, M.; OROZCO, W.; VAZQUEZ, R. (org.). *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización em América Latina*. México: Siglo Veintiuno, 2002.
- CÁRDENAS, W. I. L.; PEREIRA, A. M. M.; MACHADO, C. V. *Trajetória das relações público-privadas no sistema de saúde da Colômbia de 1991 a 2015*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v33s2/1678-4464-csp-33-s2-e00114016.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- COLOMBIA. Ley 100, de 23 de diciembre de 1993. Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 41.148*, Bogotá, 23 dic. 1993.
- DALMAU, R. Martínez; PASTOR, R. Viciano. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: EL NUEVO constitucionalismo en América Latina: memorias del encuentro internacional el nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010.
- DONNANGELO, M. C. F. *Saúde e sociedade*. São Paulo: Duas Cidades, 1976.
- FEE, E. *Disease and discovery: a history of the John Hopkins School of Hygiene and Public Health - 1916-1939*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1987.
- FERREIRA, J. R. La crisis. La crisis de la salud pública: reflexiones para el debate. *OPS - Publicación Científica*. Washington, p. 233-36, 1992.
- FONSECA, A. M. M.; VIANA, A. L. D. *Direito à saúde, atenção básica e transferências condicionadas de renda na América Latina*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v12n6/v12n6a10>. Acesso em: 11. jan. 2018.
- FOUCAULT, M. *Surveiller et punir*. Paris: Gallimard, 1979.
- LAURELL, A. C. *The Mexican popular health insurance*. Disponível em: [Ihttp://www.scielo.br/pdf/rlae/v24/pt_0104-1169-rlae-02668.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rlae/v24/pt_0104-1169-rlae-02668.pdf). Acesso em: 10 jan. 2018.

LAURELL, A. C.; HERRERA, J. La segunda reforma de salud. Aseguramiento y compra-venta de servicios. *Salud Colectiva*, v. 6 n. 2, p. 137-48, 2010. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73115020002>. Acesso em: 10 jan. 2018.

LINERA, A. *Estado multinacional*. La Paz: Malatesta, 2005.

MACEDO, C. G. El contexto. Organización Panamericana de la Salud. La crisis de la salud pública: reflexiones para el debate. *OPS - Publicación Científica*, Washington, p. 237- 43, 1992.

MADUREIRA. P. O *Sistema de Saúde Cubano*. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/19944/1/Sistema%20de%20Sa%C3%BAde%20Cubano%20-%20final.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

MERCEDES, José. Conferencia Internacional “Hacia la Cobertura Universal en Salud”. Disponível em: http://www.paho.org/ecu/index.php?option=com_content&view=article&id=1141:conferencia-internacional-hacia-cobertura-universal-salud-lima-peru-20-21-febrero&Itemid=360. Acesso em: 12 jan. 2018.

NORONHA, J. C. *Cobertura universal de saúde: como misturar conceitos, confundir objetivos, abandonar princípios*. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/9693/1/NORONHA_COBERTURA_UNIVERSAL_SAUDE_2013.pdf. Acesso em: 10 jan. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *O Financiamento dos sistemas de saúde: o caminho para a cobertura universal*, 2010. Disponível em: http://www.who.int/whr/2010/10_summary_es.pdf?ua=1. Acesso em: 10 jan. 2018.

ORGANIZACION PANAMERICANA DE LA SALUD. *Desarrollo de la teoría y práctica de la salud pública en la Región de las Américas (1990-1995)*. Washington, s/d.

ORGANIZACION PANAMERICANA DE LA SALUD. *Orientações estratégicas e programáticas: 1995-1998*. Washington, 1995.

ORGANIZACION PANAMERICANA DE LA SALUD. *Recursos humanos y sistemas locales de salud*. Washington, 1994. Serie Desarrollo de Recursos Humanos, 99, Desarrollo y fortalecimiento de Sistemas Locales de Salud - HSS/SILOS, 31.

PAIM, J. S. In: *Pan American Health Organization The crisis of public health: reflections for the debate*. Washington, 1992.

PAIM, J. S. *Saúde, crises, reformas*. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1992.

PAIM, J. S; ALMEIDA FILHO, N. Saúde Coletiva: uma “nova saúde pública” ou campo aberto a novos paradigmas? *Rev. Saúde Pública*, v. 32, n. 4, p. 299-316, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v32n4/a2593>. Acesso em :11. jan. 2018.

PAIM, J.S. Medicina comunitária: introdução a uma análise crítica. *Saúde debate*, v. 1, p. 9-12, 1976.

RODRIGUES NETO, E. *Integração docente-assistencial em saúde*. 1979. Dissertação (Mestrado em Medicina Preventiva) - Faculdade de Medicina, USP, São Paulo, 1979.

ROSEN, G. *Da polícia médica à medicina social*. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SILVA, G. R. Origens da medicina preventiva como disciplina do ensino médico. *Rev. Hosp. Clin. Fac. Med.*, São Paulo, v. 28, n. 2, p. 31-5, 1973.

SOUSA, A. M. C. Universalidade da saúde no Brasil e as contradições da sua negação como direito de todos. R. *Katálysis*, Florianópolis, v. 17, n. 2, p. 227-234, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/download/32679/28074>. Acesso em: 10 jan. 2018

WOLKMER, A. C.; FAGUNDES, L. M. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico*. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158/1759>. Acesso em: 11 jan. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

WORLD BANK. *Priorities in health research & development*. Cape Town, 1996.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Constitution of the World Health Organization*. Basic Documents. Genebra: WHO, 1946. Disponível em: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf. Acesso em: 20 jan. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *New public health and WHO's Ninth General Programme of Work: a discussion paper*. Geneva: WHO, 1995. Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/New_Public_Health_and_WHO_s_Ninth_Genera.html?id=j2XKSAAACAAJ&redir_esc=y. Acesso em: 25 fev. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Renewing the healthfor-all strategy: elaboration of a policy for equity, solidarity and health*. Geneva, 1995. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/62764/56672_eng.pdf?sequence=1. Acesso em: 25 fev. 2019.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

A qualidade da educação para a efetivação e consolidação do novo constitucionalismo latino-americano no Equador e na Bolívia

Quality of education for the effectiveness and consolidation of the new latin american constitutionalism in Ecuador and Bolivia

Manuel Rodrigues de Sousa Junior

Luigi Bonizzato

A qualidade da educação para a efetivação e consolidação do novo constitucionalismo latino-americano no Equador e na Bolívia*

Quality of education for the effectiveness and consolidation of the new latin american constitutionalism in Ecuador and Bolivia

Manuel Rodrigues de Sousa Junior**

Luigi Bonizzato***

Resumo

O objetivo desse artigo de como a educação está inserida no constitucionalismo latino-americano equatoriano e boliviano, bem como ocorre a participação do Estado, sociedade e família na busca da sua efetivação e da sua qualidade. Metodologicamente, reuniram-se fontes doutrinárias, documentais e bibliográficas, identificando as nuances existentes em cada ordenamento jurídico, os relatórios internacionais e as informações nas respectivas mídias nacionais. Justifica-se esta pesquisa pelos relatórios de organismos internacionais que apresentam a educação equatoriana e boliviana como preocupante, ineficiente e ineficaz. Como problema é o déficit de concretude das propostas educacionais equatoriana e boliviana. Assim, questiona-se: como o novo constitucionalismo latino-americano no Equador e na Bolívia inserem e efetivam a educação? Esses processos estão obtendo êxito? O referencial teórico é a colonialidade do ser, desenvolvido por Walter D. Mignolo. Delimita-se a pesquisa na identificação em como os conteúdos culturais e tradicionais dos povos originários integram-se com o “bem viver”, na apresentação da visão não governamental e o que é veiculado nas respectivas mídias nacionais. A originalidade da pesquisa perpassa a origem e a situação política, econômica e social daqueles dois países, os quais dificultam o estabelecimento das melhores condições de vida e a consolidação do processo educacional. Contudo, o valor do novo constitucionalismo latino-americano traz uma nova visão de mundo florescendo na América Latina.

Palavras-Chave: Educação. Interculturalidade. Constitucionalismo Latino-americano.

Abstract

This paper has as its object to analyze how education is embedded in Ecuadorian and Bolivian Latin American constitutionalism, as well as the participation of the State, society and the family in the search for its effectiveness and quality. Methodologically, doctrinal, documentary and bibliographical sources were gathered, identifying the nuances existing in each legal order,

* Recebido em 29/05/2019
Aprovado em 21/08/2019

** Doutorando e Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ). Pesquisador e integrante do LETACI/FND/UFRJ (Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições), que se encontra vinculado à linha de pesquisa do PPGD/UFRJ. Email: sousajunior95@outlook.com

*** Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Associado de Direito e do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Coordenador e Integrante do LETACI/FND/UFRJ (Laboratório de Estudos Institucionais). Sub-chefe do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da UFRJ. Criador do APP “Constituição para Leigos” (disponível em IOS e Android). Email: luigiboniz@gmail.com

the international reports and the information the respective national media. This research is justified by the reports of international organizations that present Ecuadorian and Bolivian education as worrying, inefficient and ineffective. As a problem is the deficit of concreteness of the Ecuadorian and Bolivian educational proposals, and so, how the new Latin American constitutionalism in Ecuador and Bolivia insert and effect education? Are these processes successful? The theoretical reference is the coloniality of being, developed by Walter D. Mignolo. The research is delineated in the identification of how the cultural and traditional contents of the original people are integrated with the “well live”, in the presentation of the non-governmental vision and what is transmitted in the respective national media. The originality of the research pervades the origin and the political, economic and social situation of these two countries, which take difficult the establishment of better living conditions and the consolidation of the educational process. However, the value of the new Latin American constitutionalism brings a new vision of the flourishing world in Latin America.

Keywords: Education. Interculturality. Latin American Constitutionalism.

1 Introdução

O novo constitucionalismo latino-americano procura realizar uma quebra de paradigma por meio de um pensamento descolonizador, em relação à cultura do Norte global, buscando um resgate das culturas e tradições dos povos originários que muito têm a contribuir para o desenvolvimento, particularmente do Equador e da Bolívia. Caracteriza-se por ser uma corrente de pensamento que implementou processos participativos no exercício do processo constituinte, os quais permeiam negociações interculturais das diversas identidades e tradições dos diferentes povos que residem naqueles países.

Nos atuais ordenamentos jurídicos equatoriano e boliviano, os direitos sociais são essenciais para a consecução dos objetivos nacionais, em que esses Estados têm um explícito caráter intervencionista na economia para efetivar a distribuição de riquezas, igualdade e justiça sociais e o desenvolvimento integral das pessoas. Nesse último, há uma ferramenta capaz de muito contribuir para o aumento da qualidade de vida da população, e que, às vezes, é relegada a segundo, plano, que é a educação.

Por si só, a educação é mais importante do que qualquer tipo de mecanismo ou política econômica no combate à desigualdade e injustiça sociais. Justifica-se esta pesquisa, assim, pelo fato de que, na América Latina, a qualidade educacional, a qual envolve o acesso, permanência, aprendizagem e conclusão, é questionada e apresentada nos diversos relatórios de organismos internacionais que estudam o tema, colocando-a sempre de maneira preocupante, ineficiente e ineficaz, seja por falta de investimentos, desvios de verba pública, falta de valorização do profissional, alta evasão e desinteresse dos alunos, dentre outros aspectos. O déficit de concretude das propostas educacionais dos países latino-americanos para uma melhor qualidade de vida, inclusão e igualdade de oportunidades é, nesse sentido, um dos pontos centrais de análise deste artigo, conforme adiante se verá.

Nesse enfoque do novo constitucionalismo latino-americano, em que há um rompimento com o pensamento do Norte global, buscando-se uma nova perspectiva de resgate da cultura e tradição dos povos originários, uma maior participação popular e o “bem viver”,¹ aqui se apresentam as seguintes questões: como o novo constitucionalismo latino-americano nas constituições do Equador e da Bolívia inserem e efetivam a educação no contexto nacional? Esses processos estão obtendo êxito?

Por conseguinte, a análise de como a educação está inserida nas Constituições do Equador e da Bolívia,

¹ Afirmam os ora autores, desde logo, que, ao longo do presente artigo, tal expressão será preferencialmente invocada sem o uso das aspas.

assim como qual a importância da participação da população na sua efetivação mostram-se como importantes elementos de estudo, juntamente a alguns outros objetivos, mais específicos, tais como: 1) identificar como estão sendo inseridos os conteúdos culturais e tradicionais dos povos originários para a sua integração com o “bem viver”; 2) apresentar a visão não governamental a respeito do tema, a partir de relatórios de organismos internacionais e do que é veiculado nas mídias nacionais respectivas.

Haja vista que o pensamento latino-americano tem caráter decolonial, e buscando-se uma quebra de paradigma com a visão eurocêntrica, por tornar invisíveis e desumanizados os povos originários, utilizou-se como referencial teórico a colonialidade do ser, de acordo, sobretudo, com o desenvolvido por Walter D. Mignolo. O estudo foi realizado pela reunião de fontes doutrinárias, documentais e bibliográficas, procurando identificar as nuances existentes em cada ordenamento jurídico, os dados existentes dos relatórios internacionais, bem como as informações disponíveis nas respectivas mídias nacionais.

Neste trabalho, entende-se que a história que constrói a origem e a situação política, econômica e social daqueles dois países, às vezes, pode dificultar o estabelecimento das melhores condições de vida das suas populações e a consolidação do processo educacional. Contudo, com a perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano, é possível que, com o passar dos anos, uma nova visão de mundo possa florescer na América Latina pelo resgate da identidade dos povos originários. É o que se tentará explorar, nos capítulos que se seguem.

2 O resgate dos povos originários pela educação

Os parâmetros inovadores das constituições equatoriana (2008) e boliviana (2009) demonstram que há uma disposição em se desprender do pensamento colonial e eurocêntrico para um entendimento plurinacional, reconhecendo a diversidade cultural e tradicional dos povos originários no intuito de construir um ideal constitucionalista decolonizador.

Para esses países, o modelo do Norte global deixa de ser utilizado para resgatar todas as contribuições do próprio continente latino-americano antes então esquecidas propositalmente de forma seletiva e variável em cada um desses países.

Conforme Benno Sander², com a globalização no mundo neoliberal, o pensamento latino-americano preocupou-se com a busca incessante pela identidade, a qual sempre esteve ameaçada por uma intervenção política e cultural externa, incluindo nesse diapasão a Teoria da Dependência.³

Essa dependência foi descrita por Quijano⁴ como um novo padrão de dominação e exploração, envol-

² SANDER, Benno. Educação na América Latina: identidade e globalização. *Educação*, Porto Alegre, v. 31, n. 2, p. 157-165, maio/ago. 2008. p. 158.

³ Theotônio dos Santos aduz que a teoria da dependência busca “compreender as limitações de um desenvolvimento iniciado em um período em que a economia mundial já estava constituída sob a hegemonia de enormes grupos econômicos e poderosas forças imperialistas.” SANTOS, Theotônio dos. *Teoria da dependência: balanço e perspectivas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. p. 26.

⁴ O professor Quijano considera que “com a América inicia-se, assim, todo um universo de novas relações materiais e intersubjetivas. É pertinente, por tudo isso, admitir que o conceito de modernidade não se refere, somente, ao que ocorre com a subjetividade, não obstante toda a tremenda importância desse processo, seja pela emergência do ego individual, ou de um novo universo de relações intersubjetivas entre os indivíduos e entre os povos integrados ou que se integram no novo sistema-mundo e seu específico padrão de poder mundial. O conceito de modernidade dá conta, do mesmo modo, das alterações na dimensão material das relações sociais. Quer dizer, as mudanças ocorrem em todos os âmbitos da existência social dos povos, e, portanto, de seus membros individuais, tanto na dimensão material como na dimensão subjetiva dessas relações. E como se trata de processos que se iniciam com a constituição da América, de um novo padrão de poder mundial e da integração dos povos de todo o mundo nesse processo, de todo um complexo sistema-mundo, é também imprescindível admitir que se trata de um período histórico inteiro. Em outras palavras, a partir da América um novo espaço/tempo se constitui, material e subjetivamente: essa é a mentira do conceito de modernidade.” QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: A COLONIALIDADE do saber: eurocentrismo

vendo uma articulação entre raça e capitalismo para criação e crescente expansão da rota comercial atlântica, sendo traduzida por uma complexa matriz que resultava em uma colonialidade do poder. Maldonado-Torres⁵ esclarece que a colonialidade do poder se refere à interrelação das formas modernas de exploração e dominação, e que esta não se pode afastar da ideia de colonialidade do saber, a qual relaciona-se à epistemologia e às tarefas gerais da produção do conhecimento em respeito da reprodução dos pensamentos coloniais. Da relação entre poder e conhecimento chegou-se à colonialidade do ser, cujo idealizador foi Mignolo,

De acordo com Mignolo⁶, a ideia da América não pode ser separada da colonialidade, pois o continente latino surgiu como tal e “a colonialidade consiste em revelar a lógica encoberta que impõe o controle, a dominação e a exploração, uma lógica oculta após o discurso de salvação, o progresso, a modernização e o bem comum.” A colonialidade do ser moldou a subjetividade dos povos, conectando-se à genética, à existência e à história dos povos, sendo, na atualidade, a América Latina um subcontinente dependente e subalterno de uma totalidade continental, o que gerou o entendimento de que certos povos não formam parte da história continental latino-americana. Maldonado-Torres,⁷ por sua vez, também, esclarece que a diferença ontológica colonial é produto da colonialidade do ser, tornando invisíveis e desumanizando os povos originários, relacionando a cor nas suas diferentes expressões e dimensões em um sem número de características essenciais fundamentais e imaginários simbólicos.

Como esse próprio e último autor citado aduz, a modernidade⁸ e a colonialidade são duas faces da mesma moeda, sendo esta o complemento lógico daquela.⁹ O pensamento político que surge no contexto latino-americano busca um projeto de libertação da colonialidade do saber, do poder e do ser. A colonialidade do ser opera por convenção, seja pelos ideais do cristianismo, de civilização, do progresso, da modernização, do desenvolvimento, da democracia e do mercado. Pode ser, também, por adaptação e assimilação, a partir dos interesses das elites das colônias em abraçar os valores imperiais que levaram à formação do sujeito colonial.

Segue-se, então, que a América Latina busca o ressurgimento da identidade dos povos originários, os quais foram responsáveis pela formação plural da região durante todo o processo histórico de consolidação dos diversos países como verdadeiras nações independentes. Segundo Dussel,¹⁰ os povos indígenas de países como México, Peru, Equador, Bolívia ou Guatemala guardam, em sua história de evolução, toda uma

e ciências sociais: perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005. p. 124-125. Para outras informações, ver também: QUIJANO, Anibal. Globalización, colonialidad y democracia. In: INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS DIPLOMÁTICOS ‘PEDRO GUAL’ (org). *Tendencias básicas de nuestra época: globalización y democracia*. Caracas: Instituto de Altos Estudios Diplomáticos ‘Pedro Gual’, 2001. p. 25-28.

⁵ MALDONADO-TORRES, Nelson. *Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto*. p. 130. Disponível em: <http://ram-wan.net/restrepo/decolonial/17-maldonado-colonialidad%20del%20ser.pdf> Acesso em: 10 jul. 2018. p. 130.

⁶ “... entiende el «colonialismo» como la posesión de «colónias» en cuyo territorio se establecen instituciones y se mantienen administradores y ejércitos. También confunde «colonialismo» con «colonialidad». La colonialidad es la lógica del dominio en el mundo moderno/colonial que trasciende el hecho de que el país imperial colonial sea España, Inglaterra o Estados Unidos. A lo largo del período de reestructuración política y económica de la segunda mitad del siglo xx, la tecnología moderna vuelve innecesaria la colonización a la vieja usanza.” MIGNOLO, Walter D. *La idea de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 2007. p. 32-33.

⁷ MALDONADO-TORRES, Nelson. *Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto*. p. 147. Disponível em: <http://ram-wan.net/restrepo/decolonial/17-maldonado-colonialidad%20del%20ser.pdf> Acesso em: 10 jul. 2018. Ver também: HEIDEGGER, Martin. *Being and Time: a translation of Sein und Zeit*. Albany: State University of New York Press, 1996; LEVINAS, Emmanuel. *Otherwise than Being or Beyond Essence*. Pittsburgh: Duquesne University Press, 1998; FANON; FRANTZ. *Los condenados de la tierra*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2001.

⁸ De acordo com Maldonado-Torres, “la modernidad se caracteriza por una ambigüedad entre cierto ímpetu humanista secular y la traición radical de ciertas dimensiones de esse mismo ímpetu, por su relación con la ética de la guerra y su naturalización a través de la idea de raza. La idea de raza legitima la no-ética del guerrero, mucho después que la guerra termina, lo que indica que la modernidad es, entre otras cosas, un proceso perpetuo de conquista, a través de la ética que es característica de la misma. MALDONADO-TORRES, Nelson. *Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto*. p. 139. Disponível em: <http://ram-wan.net/restrepo/decolonial/17-maldonado-colonialidad%20del%20ser.pdf> Acesso em: 10 jul. 2018.

⁹ MALDONADO-TORRES, Nelson. *Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto*. p. 106. Disponível em: <http://ram-wan.net/restrepo/decolonial/17-maldonado-colonialidad%20del%20ser.pdf> Acesso em: 10 jul. 2018.

¹⁰ DUSSEL, Enrique. *20 Tesis de política*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007. p. 145.

cultura, tradições e valores que permitem uma possível mudança em suas constituições, em seu direito, no exercício judicial, na educação escolar, no tratamento da enfermidade e no exercício municipal delegado do poder político.

Uma educação básica de qualidade¹¹ envolve o acesso, permanência, aprendizagem e conclusão e, em qualquer país ou cultura, tem influência direta na vida política, econômica e social, sendo um dos temas de maior preocupação seja para a comunidade, para a sociedade civil, seja para o Estado.

O reconhecimento da identidade dos povos originários decorre de uma série de fatos importantes relacionados não apenas ao crescimento econômico na região, à gestão prudente da política macroeconômica e à ampliação de políticas sociais eficazes, mas também a processos de longo alcance, como a melhoria do acesso a serviços de saúde e educação, a transição demográfica, urbanização e outros desenvolvimentos.

Duryea e Robles destacam que “a questão crítica no ensino fundamental em toda a região não é a cobertura, mas a qualidade da educação, que não tem permitido melhorias na aprendizagem.”¹² Ao analisarem o processo educacional da região em relação ao ensino médio, constata-se uma possível equiparação com a maneira como é conduzido o ensino fundamental, que Ao analisarem o processo educacional da região constata, fazendo menção ao ensino médio, mas com manifesta possibilidade de equiparação com o fundamental, que, “além do abandono, da idade excessiva para o ano e das disparidades educacionais nos países, a qualidade é uma questão crucial no ensino médio, pois tem um efeito direto nos resultados de aprendizagem.”¹³

Há de se ressaltar que a ONU mede o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), o qual retrata o progresso de uma nação a partir da renda, saúde e educação.¹⁴ No ano de 2016,¹⁵ o Equador está na 89ª posição e a Bolívia, na 118ª posição. Outro indicador é o Índice de Pobreza Multidimensional (IPM) que identifica privações múltiplas em educação, saúde e padrão de vida nos mesmos domicílios. Na América Latina, mais especificamente e, exemplificando o caso da Amazônia, em razão de ali se concentrar a maior população indígena, ressalte-se que apresenta a maior deficiência na prestação dos serviços básicos e sociais; contudo, considerando as condições culturais e tradicionais desses povos, não necessariamente estão enquadrados nos índices de pobreza estabelecidos pela ONU. Mesmo assim, é uma região carente desses serviços essenciais.

Com essas considerações calcadas no referencial teórico da colonialidade do ser, e no que se propôs

¹¹ Entende-se como educação básica de qualidade os aspectos relacionados ao acesso, permanência, aprendizagem e conclusão, conforme se vem já repetido neste Artigo. Em menção ao ordenamento jurídico brasileiro, tais aspectos restam insculpidos na Constituição de 1988 (CRFB 88), pela Lei nº 9.394/96 e pela Lei nº 13.005/14. A qualidade da educação tem o envolvimento de vários atores e fatores para a sua plena execução destacando-se os profissionais educadores pela motivação, valorização, capacidade e competência para atuar na atividade de ensino; plataformas atualizadas que permitam estimular os discentes e docentes a aprender e a ensinar; currículos bem planejados que possibilitem uma aprendizagem eficiente e eficaz; o contexto familiar; os recursos pedagógicos empregados; uma gestão escolar de acordo com a realidade nacional, dentre outros que promovam e incentivem o ensino-aprendizagem para todos os envolvidos.

¹² DURYEA, Suzanne; ROBLES, Marcos. *Pulso social de América Latina y el Caribe 2016: realidades y perspectivas*. 2016. p. 43. Disponível em: <https://publications.iadb.org/handle/11319/7863?locale-attribute=es&locale-attribute=en#sthash.s5Ogvspy.dpuf>. Acesso em: 30 jun. 2018.

¹³ DURYEA, Suzanne; ROBLES, Marcos. *Pulso social de América Latina y el Caribe 2016: realidades y perspectivas*. 2016. p. 43. Disponível em: <https://publications.iadb.org/handle/11319/7863?locale-attribute=es&locale-attribute=en#sthash.s5Ogvspy.dpuf>. Acesso em: 30 jun. 2018.

¹⁴ Esses 3 (três) pilares são medidos da seguinte forma: 1) Uma vida longa e saudável (saúde) é medida pela expectativa de vida; 2) O acesso ao conhecimento (educação) é medido por: i) média de anos de educação de adultos, que é o número médio de anos de educação recebidos durante a vida por pessoas a partir de 25 anos; e ii) a expectativa de anos de escolaridade para crianças na idade de iniciar a vida escolar, que é o número total de anos de escolaridade que um criança na idade de iniciar a vida escolar pode esperar receber se os padrões prevaletentes de taxas de matrículas específicas por idade permanecerem os mesmos durante a vida da criança; 3) E o padrão de vida (renda) é medido pela Renda Nacional Bruta (RNB) per capita expressa em poder de paridade de compra (PPP) constante, em dólar, tendo 2005 como ano de referência. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *O que é IDH?* Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-o-idh.html> Acesso em: 18 jul. 2018.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Informe sobre desarrollo humano 2016: desarrollo humano para todas las personas*. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2016_report_spanish_web.pdf Acesso em: 18 jul. 2018.

neste Artigo, discorrer-se-á, de modo mais específico, sobre uma excelente ferramenta para o resgate da dignidade dos povos originários, que é a educação. Nela, a cultura, as tradições, os saberes e conhecimentos podem ser socializados e difundidos para toda a sociedade, especialmente às sociedades equatoriana e boliviana, já que são duas nações que reformularam suas constituições e seus ordenamentos jurídicos, para que houvesse o sentimento decolonial, a busca pela igualdade dos povos e a justiça social.

3 A educação nas constituições do Equador e da Bolívia

Desse sentimento de resgate de identidade dos povos originários de Equador e Bolívia, a educação consiste no elo de suas tradições e culturas para o desenvolvimento de um sentimento latino-americano decolonizador e liberto das amarras do Norte global.

Conforme Edgar Isch López,¹⁶ na Constituição equatoriana de 2008, o direito fundamental à educação foi inserido com artigos que reúnem diversas demandas reprimidas, há muito tempo, pelas diversas classes de profissionais da educação, por famílias e por estudantes, embora a luta por esse direito tenha possuído uma maior conotação voltada para o caráter laboral e sindical dos envolvidos e interessados na causa. Essas questões envolvem o ensino gratuito, o acesso e a permanência dos estudantes, as condições de trabalho, a avaliação dos docentes, a valorização profissional, a aplicação de padrões qualitativos, dentre outros aspectos.

No Equador, a educação é uma área prioritária de política pública e de investimentos pelo poder estatal, estando inserida na Constituição nos direitos de “buen vivir”,¹⁷ e que deve ser garantida pelo Estado¹⁸ ao longo da vida das pessoas, permitindo a igualdade de condições e a inclusão. É condição indispensável para o bem viver, dentro do qual as pessoas, as famílias e a sociedade têm a responsabilidade de participar do processo educativo.

¹⁶ ISCH LÓPEZ, E. Las actuales propuestas y desafíos en educación: el caso ecuatoriano. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 32, n. 115, p. 373-391, abr.-jun. 2011. p. 381. Disponível em: <http://www.cedes.unicamp.br>. Acesso em: 23 jun. 2018.

¹⁷ “El Buen Vivir es un principio constitucional basado en el ‘Sumak Kawsay’, que recoge una visión del mundo centrada en el ser humano, como parte de un entorno natural y social. En concreto el Buen Vivir es:

La satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, el florecimiento saludable de todos y todas, en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas. El Buen Vivir supone tener tiempo libre para la contemplación y la emancipación, y que las libertades, oportunidades, capacidades y potencialidades reales de los individuos se amplíen y florezcan de modo que permitan lograr simultáneamente aquello que la sociedad, los territorios, las diversas identidades colectivas y cada uno -visto como un ser humano universal y particular a la vez- valora como objetivo de vida deseable (tanto material como subjetivamente y sin producir ningún tipo de dominación a un otro)”. EQUADOR. Ministerio de Educación. *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*. Disponível em: <https://educacion.gob.ec/que-es-el-buen-vivir/>. Acesso em: 23 jun. 2018.

¹⁸ “Art. 347.- Será responsabilidad del Estado: 1. Fortalecer la educación pública y la coeducación; asegurar el mejoramiento permanente de la calidad, la ampliación de la cobertura, la infraestructura física y el equipamiento necesario de las instituciones educativas públicas. 2. Garantizar que los centros educativos sean espacios democráticos de ejercicio de derechos y convivencia pacífica. Los centros educativos serán espacios de detección temprana de requerimientos especiales. 3. Garantizar modalidades formales y no formales de educación. 4. Asegurar que todas las entidades educativas impartan una educación en ciudadanía, sexualidad y ambiente, desde el enfoque de derechos. 5. Garantizar el respeto del desarrollo psicoevolutivo de los niños, niñas y adolescentes, en todo el proceso educativo. 6. Erradicar todas las formas de violencia en el sistema educativo y velar por la integridad física, psicológica y sexual de las estudiantes y los estudiantes. 7. Erradicar el analfabetismo puro, funcional y digital, y apoyar los procesos de post-alfabetización y educación permanente para personas adultas, y la superación del rezago educativo. 8. Incorporar las tecnologías de la información y comunicación en el proceso educativo y propiciar el enlace de la enseñanza con las actividades productivas o sociales. 9. Garantizar el sistema de educación intercultural bilingüe, en el cual se utilizará como lengua principal de educación la de la nacionalidad respectiva y el castellano como idioma de relación intercultural, bajo la rectoría de las políticas públicas del Estado y con total respeto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades. 10. Asegurar que se incluya en los currículos de estudio, de manera progresiva, la enseñanza de al menos una lengua ancestral. 11. Garantizar la participación activa de estudiantes, familias y docentes en los procesos educativos. 12. Garantizar, bajo los principios de equidad social, territorial y regional que todas las personas tengan acceso a la educación pública.” EQUADOR. *Constitución Del Ecuador*. Disponível em: <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Constitucion.pdf> Acesso em: 23 jun. 2018.

O bem viver¹⁹ relaciona-se com a educação por ser diretamente essencial ao desenvolvimento das potencialidades humanas, garantindo a igualdade de oportunidades para todas as pessoas. Torna-se, também, um fio condutor na medida em que o processo educativo deve preparar os futuros cidadãos com valores, conhecimentos, competências e capacidades para fomentar o desenvolvimento do país.

Partindo do Princípio da Centralidade do ser humano e do desenvolvimento holístico, utiliza como pilares os direitos humanos, um meio ambiente sustentável e a democracia, estimulando o espírito crítico e o desenvolvimento de competências e capacidades para criação e trabalho, permitindo a construção de um país soberano. E a educação é uma das formas de impulsionar a produtividade e a competitividade, de maneira sistêmica, por meio do fortalecimento de uma cidadania informada, consciente e responsável pelos processos de gestão dos diversos setores econômicos, produtivos, sociais e políticos, potencializando o papel e as funcionalidades de todo território.

Também preza pela participação dos cidadãos, sendo obrigatória, intercultural, inclusiva, promovendo a igualdade de gênero, a justiça, a solidariedade e a paz. Todo o sistema educacional é voltado para uma visão intercultural da sociedade equatoriana nas perspectivas geográfica, cultural e linguística, respeitando os direitos das comunidades, povos e nacionalidades ali residentes.

Em vista da importância da educação infantil, a maioria dos países latino-americanos determinou a obrigatoriedade de, pelo menos, um ano de educação infantil. Equador, Guatemala, México, Peru, El Salvador e Venezuela aumentaram essa exigência para três anos.²⁰ Já a educação de nível básico até o *bachillerato*, ou equivalente, é compulsória.

A educação de nível básico (primária) possui duração de 7 anos com as crianças iniciando os estudos por volta dos 5 anos de idade, e a secundária, que possui duração de 3 anos (8ª à 10ª série), é obrigatória dos 5 aos 14 anos, e gratuita até o *bachillerato*²¹ ou equivalente. Tendo passado pelo *bachillerato*, o discente poderá ingressar no nível superior, após ser aprovado nos exames de admissão à Universidade.

De caráter universal e laico em todos os níveis, e gratuito até o terceiro nível do ensino superior, tem por objetivo incluir todas as pessoas e a comunidade, interagindo com culturas distintas e promovendo o diálogo intercultural em suas múltiplas dimensões perante toda a sociedade. Proporciona a liberdade de aprendizagem e de cátedra, possibilitando às famílias escolher uma educação para seus filhos de acordo com as suas crenças, princípios e opções pedagógicas.

Conforme o artigo 3º, número 5, da Constituição do Equador, são deveres primordiais do Estado o planejamento do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a promoção do desenvolvimento sustentável, a redistribuição igualitária dos recursos e da riqueza, tudo isso para atingir o bem viver. Esses objetivos guiam o Plano Nacional de Desenvolvimento (2017-2021), o qual considera que a educação²² é

¹⁹ EQUADOR. Ministerio de Educación. *Educación para la Democracia y el Buen Vivir*. Disponível em: <https://educacion.gob.ec/educacion-para-la-democracia-y-buen-vivir/>. Acesso em: 23 jun. 2018.

²⁰ DURYEY, Suzanne; ROBLES, Marcos. *Pulso social de América Latina y el Caribe 2016: realidades y perspectivas*. 2016. p. 43. Disponível em: <https://publications.iadb.org/handle/11319/7863?locale-attribute=es&locale-attribute=en#sthash.s5Ogvspy.dpuf>. Acesso em: 30 jun. 2018. “Los lactantes son niños de entre 0 y 11 meses de edad; los niños pequeños tienen entre 12 y 35 meses, y los preescolares entre 36 y 59 meses.” BERLINSKY, S.; SCHADY, N. R. (ed.). *Los primeros años: el bienestar infantil el papel de las políticas públicas: desarrollo en las Américas (DIA)*. Washington, D.C.: BID, 2015. p. 121. Disponível em: <https://eldocenteprofesional.blogspot.com/2017/04/los-primeros-anos-el-bienestar-infantil.html>. Acesso em: 23 maio 2019.

²¹ O *bachillerato* é uma especialização que se realiza após os 10 anos de educação básica e antes da educação de nível superior. Essa especialização pode ser escolhida entre físico-matemática, químico-biológica, sociais ou técnicas e possui duração de 3 anos.

²² “Para el caso de la educación se señala que el acceso a los diferentes niveles (inicial, básica, bachillerato y superior) debe garantizarse de manera inclusiva, participativa y pertinente, con disponibilidad para la población en su propio territorio. Se debe implementar modalidades alternativas de educación para la construcción de una sociedad educadora en los niveles que mayor atención requieren: el bachillerato y la educación superior. Las mesas de diálogo por la plurinacionalidad, la cultura, la educación, entre otras, destacan la importancia de la profesionalización de la ciudadanía (oficios, artesanos, artistas, otros), para lo cual es prioritario fortalecer la educación técnica y tecnológica al considerarla como de tercer nivel. Además, plantea que la oferta académica debe tener pertinencia productiva (según sus diferentes entornos y territorios) y vinculación con el mundo laboral.” EQUADOR. Secretaría

a base para o desenvolvimento da sociedade, sendo uma necessidade essencial, haja vista que as pessoas alfabetizadas estão habilitadas e têm melhores chances de entender os seus direitos. Dessa forma, a garantia dos direitos à educação e, em necessário acréscimo, à saúde, alimentação, água e proteção social estão englobados em um Estado intercultural e plurinacional que reconhece as diferenças. O alcance dessas garantias fortalece a identidade dos povos, prevenindo contra quaisquer formas de discriminação e exclusão sociais de discriminação e exclusão sociais.

Já na Bolívia, por sua vez e, após as considerações sobre o Equador e sua Constituição, o novo ordenamento jurídico considera que os povos indígenas originários campesinos têm o direito a uma educação intracultural, intercultural e plurilíngue,²³ cabendo ao Estado a obrigação indeclinável de garantir o desenvolvimento de processos de maneira harmônica e coordenada com instituições públicas, privadas e de convênio.

Ato contínuo à construção de um Estado Plurinacional pela nova Constituição, surgiu a Lei de Educação Avelino Siñani-Elizardo Pérez, reconhecendo esta como um direito fundamental a todos os nacionais bolivianos. Esse diploma legal buscou promover uma Revolução Educativa²⁴ com a implementação de um Sistema Educativo Plurinacional, no qual se busca uma transformação das estruturas coloniais que originaram a exclusão dos setores populares e indígenas de todo o país, e que considera como fatores que contribuíram para essa situação a condição colonial e neocolonial da realidade boliviana; a condição de dependência econômica em nível mundial; a ausência de valorização dos saberes e conhecimentos dos povos indígenas; e uma educação cognitiva e descontextualizada.²⁵

Com relação à condição colonial e neocolonial da realidade boliviana, há de se ter em mente que, embora não haja mais a subordinação direta metrópole-colônia, existe uma concepção de dominação econômica, o que conduz ao aumento da desigualdade e de domínio internacional nas nações subdesenvolvidas. Sob o ponto de vista interno do país, no que concerne ao pensamento colonizador da elite nacional sobre a população mais pobre, entende-se que produz uma estratificação social cada vez mais consolidada na sociedade nacional. Quando se considera o conhecimento indígena como saberes meramente locais ou folclóricos, e uma imposição da língua castelhana, há uma predisposição de colonialidade sobre os povos originais, caracterizando uma subordinação sobre esses ensinamentos.

No que diz respeito à condição de dependência econômica de uns países sobre outros, a América Latina sempre foi considerada como posicionada em uma espécie de segundo plano pela posição de centralidade primária e hegemônica da Europa, ocasionando o deslocamento de recursos e riquezas para os países mais desenvolvidos, deixando à margem de qualquer possibilidade de crescimento, como já nesse texto às vezes observado e assinalado, os mais pobres. Com isso, existe uma proposta de emancipação e de aumento da soberania boliviana, a ser iniciado com um projeto educacional nas escolas para a construção de um pensa-

Nacional de Planificación y Desarrollo. *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021*. p. 53. Disponível em: http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_0K.compressed1.pdf Acesso em: 23 jun. 2018.

²³ “La intraculturalidad permite reafirmar y desarrollar la identidad cultural, fortalecer los saberes, conocimientos, historia, valores, idiomas y cosmovisiones de los pueblos y naciones del Estado Plurinacional. La interculturalidad es el instrumento de unidad que permite la generación, acceso, diálogo, valoración, intercambio, relación y contacto en términos equitativos de: saberes, conocimientos, valores, ciencia y tecnología, historia y cosmovisiones para construir una convivencia armónica y equilibrada (Vivir Bien) entre pueblos, naciones y el mundo. El plurilingüismo es la base de los procesos de intra e interculturalidad, y significa el reconocimiento de los idiomas de los pueblos indígena originario campesino por el Estado Plurinacional en su calidad de idiomas oficiales junto al castellano. El PEI del Ministerio de Educación tiene como principios la intra, interculturalidad y el plurilingüismo en todos sus objetivos y programas.” BOLÍVIA. Ministerio de Educación. *Educación para todos*. Bolivia: Revisión Nacional de la EPT al 2015, 2014. p. 63.

²⁴ La Revolución Educativa se centra en la implementación del nuevo Sistema Educativo Plurinacional (SEP), cuyos antecedentes, operativización y estructuración dependieron de un proceso participativo que recoge la experiencia y saberes de los pueblos indígena originario campesinos. El SEP está conformado por tres subsistemas: el subsistema de educación regular, el subsistema de educación alternativa y especial, y el subsistema de educación superior y de formación profesional. Em este marco, se ha diseñado un nuevo modelo de educación denominado Sistema Educativo Socio Comunitario Productivo. BOLÍVIA. Ministerio de Educación. *Educación para todos*. Bolivia: Revisión Nacional de la EPT al 2015, 2014. p. 7.

²⁵ BOLÍVIA. Ministerio de Educación. *Educación para todos*. Bolivia: Revisión Nacional de la EPT al 2015, 2014. p. 7 e ss.

mento plurinacional de Estado e para a consolidação da política de soberania boliviana.

Nessa linha de pensamento decolonial, Equador e Bolívia, cada qual examinado na exata medida do recorte temático e das especificidades do presente Artigo, trouxeram uma nova perspectiva inserida nos seus ordenamentos jurídicos, dedicada ao resgate das culturas, tradições e valores, bem como de uma maior participação da população na tomada de decisões que envolvam toda a coletividade dos povos originários. Tendo a educação como porta de entrada dessa nova visão, é importante verificar se esse giro está sendo efetivo e quais são os seus resultados para a consolidação desse pensamento.

É a temática a ser enfrentada no derradeiro capítulo, resultado dos também finais resultados desta pesquisa.

4 A efetivação da educação para o novo constitucionalismo latino-americano

Como já mencionado anteriormente, a educação de qualidade exige que o governo, os agentes públicos, a sociedade e os cidadãos percorram um longo caminho que demandam as etapas referentes ao acesso, permanência, aprendizagem e conclusão dos estudos, os quais não se encerram nas modalidades básica e superior, mas perpassam ao longo de toda uma vida. Ambos ordenamentos jurídicos, equatoriano e boliviano, descrevem, em suas cartas magnas, como o processo educacional deve ser conduzido para atingir a sua efetivação plena.

No Plano Nacional de Desenvolvimento²⁶ equatoriano, a erradicação ao analfabetismo está alinhada com o combate à pobreza, a desigualdade social e econômica, de gênero e de raça. Todos os esforços governamentais estão voltados para o fortalecimento da autoestima, da inclusão, do desenvolvimento do conhecimento e das capacidades dos mais necessitados. Esses planejamentos educacionais são previstos para todos os níveis, inclusive com destinação para a população rural com a tentativa de acesso facilitado ao ensino superior e à formação técnica e tecnológica.

Para além do já até aqui salientado e exposto, considera-se que a educação é uma estratégia de luta contra a corrupção, sendo um instrumento fundamental para a construção de valores, ética, transparência, solidariedade e respeito aos demais nacionais equatorianos.

O Plano equatoriano prega um “desenvolvimento inclusivo” desde a primeira infância e durante toda a vida como forma de possibilitar atingir-se a dignidade e o empoderamento das pessoas. O acesso e a capacitação de qualidade, desde sempre, buscam promover para jovens e adultos a ampliação das capacidades e o desenvolvimento como ser humano, a fim de que se consiga o alcance dos objetivos pessoais e desenvolvimento social, econômico e cultural de uma forma mais ampla. Sob esse enfoque, procura-se atingir a finalidade do acima já explorado bem viver,²⁷ que é também o resultado do aumento da dignidade humana, da capacidade e do bem-estar em relação aos demais seres vivos e à natureza, sendo a base fundamental da

²⁶ “Aumentar la cobertura, calidad, y acceso a servicios de educación, con pertinencia cultural y territorial, en zonas rurales: incrementar del 95,28% al 96,4% la tasa neta de asistencia ajustada a Educación General Básica en el área rural a 2021.” EQUADOR. Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021*. p. 67, 87. Disponível em: http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_0K.compressed1.pdf Acesso em: 23 jun. 2018.

²⁷ “Para defender los derechos de la naturaleza, según establece nuestra Constitución, se han inaugurado 1.316 espacios Tierra de niñas, niños y jóvenes para el Buen Vivir (TiNi), beneficiando a 365.067 estudiantes y 21.270 docentes. Hay que considerar que la implementación no es obligatoria, es una sugerencia del Ministerio de Educación. Por eso, los resultados reflejan la motivación de la comunidad y su compromiso con la educación ambiental.” EQUADOR. Ministério da Educação. *Rendición de Cuentas 2017*. p. 6. Disponível em: <http://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/RENDICION-CUENTAS-2017.pdf> Acesso em: 14 jul. 2018.

educação equatoriana do Século XXI,²⁸ a qual finda por inevitavelmente expandir seus conceitos para um universo exterior muito mais amplo, que inclui uma série de países e nações, os quais, certamente, já buscam influência e inspiração nos modelos aqui estudados.

Nesse sentido, o governo equatoriano tem buscado articular, em todos os níveis, os organismos governamentais para promover uma educação intercultural,²⁹ resgatando as memórias coletivas, as histórias e as dinâmicas demográficas, para salvaguardar, conservar e revitalizar o patrimônio cultural e natural nacionais. O esforço em constituir espaços comunitários aumenta o sentimento de pertencimento a uma nação plurinacional e intercultural, envolvendo toda a sociedade nesse projeto.³⁰ Da mesma forma, o fomento ao desenvolvimento de uma educação e mentalidade ambientais favorece a participação, envolvimento e a proposição pela população para a solução de problemas de deterioração do meio ambiente.

Contudo, segundo o Relatório de Prestação de Contas do Ministério da Educação equatoriano,³¹ o processo educacional enfrenta três desafios: a taxa de escolaridade, em nível nacional, encontra-se em uma realidade alarmante, com cerca de 5 milhões de pessoas de diversas idades não terem completado a educação secundária, em um país com quase 17 milhões de habitantes; a evasão escolar tem uma taxa de 3,5% na educação básica, chegando a 18,5% entre as idades de 15 a 17 anos; e os altos índices de violência³² a assolar o mundo e a América Latina.

Destarte, é preciso agir, atuar e priorizar a educação enquanto direito fundamental de todos e para todos, a fim de que o Equador possa sedimentar previsões legais e constitucionais que altamente prestigiam o referido direito. Um dos passos, para além da participação popular ativa e do que já foi feito, é a pressão de grupos sociais interessados, para que se continue a propagar e a implementar a ideia de que as agendas políticas governamentais não podem parar e precisam, efetivamente, priorizar a educação, sem a qual o desenvolvimento de qualquer país fica, indubitavelmente, embarreirado e comprometido.

Seguindo o rumo proposto e de exame de selecionado elemento e direito em 02 (dois) países da América do Sul, na Bolívia, a ausência de valorização dos saberes e conhecimentos dos povos indígenas, por muito tempo, foi considerada derivação de entendimento de que eram primitivos e inferiores, com um conjunto de crenças e superstições, enquadrados como saberes e folclore. Por não ser equiparada ao conhecimento científico, a nova proposta educacional implementa e eleva os ensinamentos indígenas aos currículos escolares

²⁸ EQUADOR. Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021*. p. 55. Disponível em: http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_0K.compressed1.pdf Acesso em: 23 jun. 2018.

²⁹ “Capítulo aparte es el caso de la educación intercultural bilingüe. La deuda histórica con los pueblos ancestrales y las minorías marginadas debe pagarse de inmediato. Hemos capacitado a 8.820 docentes en currículos interculturales bilingües en las 14 lenguas indígenas. Hemos entregado a los estudiantes 26.200 textos en las lenguas kichwa, shuar, sápara y cofán. Tenemos bachillerato internacional en 8 EU interculturales bilingües. Entregamos 170.614 textos de saberes del pueblo afroecuatoriano. Además, 340 docentes indígenas iniciaron el proceso de profesionalización universitaria.” EQUADOR. Ministério da Educação. *Rendición de Cuentas 2017*. p. 6. Disponível em: <http://educacion.gov.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/RENDICION-CUENTAS-2017.pdf> Acesso em: 14 jul. 2018.

³⁰ EQUADOR. Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021*. p. 62. Disponível em: http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_0K.compressed1.pdf Acesso em: 23 jun. 2018.

³¹ EQUADOR. Ministério da Educação. *Rendición de Cuentas 2017*. p. 6. Disponível em: <http://educacion.gov.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/RENDICION-CUENTAS-2017.pdf> Acesso em: 14 jul. 2018.

³² “Nuestra reacción fue drástica: cero tolerancia, sanción inmediata y prevención. Lo primero se resolvió con mejorar los protocolos ya establecidos, para lograr una acción inmediata contra los agresores. Las sanciones fueron de dos tipos: en lo interno la separación inmediata; en lo externo, colaboración estrecha con las autoridades judiciales y con la policía nacional. Esta última incluyó la entrega de 256 causas archivadas por las autoridades anteriores a la Fiscalía General del Estado. La prevención se realiza con la estrategia Más Unidos, Más Protegidos y mediante los Departamentos de Consejería Estudiantil, DECE de las unidades educativas, que deben ser fortalecidos. En el 2017 incorporamos 1.314 profesionales DECE, con una inversión de USD 37 millones. Y en el 2018 se incorporarán 2.300 funcionarios más, con una inversión de USD 67 millones.” EQUADOR. Ministério da Educação. *Rendición de Cuentas 2017*. p. 6. Disponível em: <http://educacion.gov.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/RENDICION-CUENTAS-2017.pdf> Acesso em: 14 jul. 2018.

como forma de compreender esses saberes dos povos originários e com o propósito de gerar uma reflexão sobre as diversas formas de conhecimento, além da necessidade de se evoluir em um aprendizado dialógico e complementar dentre todos os outros, retirando o caráter hierárquico existente.

A preocupação em alterar a maneira de transmitir uma educação cognitiva e descontextualizada constitui característica marcante da educação boliviana, fruto de uma condição histórica colonial arraigada na sociedade nacional. Essa, então, nova proposta educacional permite contextualizar a educação com a realidade social e atual, transformando-se o antigo pensamento colonial e se aplicando as raízes nacionais a um processo educativo voltado para a comunidade, promovendo a igualdade e a justiça social. Assim, o currículo das escolas bolivianas passa a abordar os fundamentos da decolonização, do viver bem,³³ da condição plural, do pluralismo epistemológico e da aprendizagem comunitária.

De acordo com a Lei de Educação Avelino Siñami-Elizardo Pérez, de 2010, todas pessoas têm direito a receber educação, em todos os níveis, de forma universal, produtiva, gratuita, integral e intercultural, sem discriminação. Nesse diploma legal tem-se como bases a participação ativa e plena de todos os cidadãos bolivianos, a igualdade de gênero e não diferença de papéis, a não violência e a vigência plena dos direitos humanos. Deve-se respeitar as diversas expressões sociais e culturais nas suas diferentes formas de organização, fundamentadas no pensamento decolonizador, libertador, revolucionário e anti-imperialista. Nesse viés, deve assumir uma forma despatriarcalizadora e transformadora para a reafirmação da cultura das nações e povos indígenas originários camponeses e nas comunidades interculturais e afrobolivianas, com o fito de construção de um Estado Plurinacional e do Bem Viver.

A educação se tornou uma prioridade fundamental do governo, estimulando as comunidades a um maior envolvimento para a escolarização de todas as crianças e adolescentes. E, por ser de cunho unitário, público, universal, democrático, participativo, comunitário, decolonizador e de qualidade, todo sistema educativo é constituído e perpassa pela educação regular, alternativa e especial, e superior de formação profissional. Os currículos são construídos tomando por base os eixos articuladores³⁴ que promovem a dinamização do processo educativo, pois correspondem às demandas e necessidades dos povos e se caracterizam por gerar coerência e coesão entre os conteúdos e áreas dos saberes e conhecimentos das respectivas etapas e níveis do Sistema Educativo Plurinacional.

Contudo e, em que pesem os avanços acima realçados, sobretudo constitucionais e legais, pelo Relatório da UNICEF,³⁵ existem, ainda, manifestas desigualdades no acesso à educação de qualidade, devido ao lugar de residência, gênero, etnia e classe econômica a que uma pessoa pertença. A qualidade da educação é outro ponto sensível, tendo em vista que os professores não têm as capacidades necessárias para ensinar em todos os anos letivos. Ademais e, igualmente, a qualidade resta também comprometida pelo fato de os professores ainda lecionarem em Língua Espanhola e não na Língua Local, pois muitos deles não pertencem à zona ou

³³ “Vivir Bien expresado en la experiencia de vida de los pueblos indígenas, es un criterio de vida que orienta la búsqueda de complementariedad y armonía del ser humano con la Madre Tierra, el cosmos y las espiritualidades. El Vivir Bien plantea así la búsqueda de una relación armónica con la Madre Tierra, donde el ser humano viva la experiencia de ser parte de ella, lo que implica una nueva conciencia de interdependencia, complementariedad y relacionalidad con el entorno. Esto significa no reducir la relación, consigo mismo, con las otras personas y con la naturaleza a la búsqueda de fines, instrumentalizando la realidad y convirtiendo a la naturaleza y las personas en recursos, sino recuperar la sabiduría indígena que considera que el ser humano es parte del todo en relación complementaria y armónica.” BOLÍVIA. Ministerio de Educación. *Educación para todos*. Bolivia: Revisión Nacional de la EPT al 2015, 2014. p. 10.

³⁴ “Los ejes articuladores que dinamizan su estructura: *la educación en valores sociocomunitarios*, que es un aspecto central que tiene incidencia sobre varios otros elementos curriculares, que busca orientar la educación en todos los niveles y áreas a partir de la vivencia de valores de convivencia; *la educación en convivencia con la madre tierra y salud comunitaria*, que busca restablecer el equilibrio con la naturaleza, frente a la destrucción y objetivación de la naturaleza; *la educación intracultural intercultural y plurilingüe*, que plantea establecer una educación que permita una aprendizaje mutuo entre culturas frente a la opresión civilizatoria reinante; *una educación para la producción*, que no se conforme con la contemplación y la pura formación, sino permita generar cambios en el entorno.” BOLÍVIA. Ministerio de Educación. *Educación para todos*. Bolivia: Revisión Nacional de la EPT al 2015, 2014. p. 18.

³⁵ UNICEF. *Situación de las niñas, niños y adolescentes respecto a la educación en Bolivia*. Disponível em: https://www.unicef.org/bolivia/07_UNICEF_Bolivia_CK_-_nota_conceptual_-_Educacion.pdf. Acesso em: 10 jul. 2018.

região em que efetivamente lecionam. Muitas escolas, nas zonas rurais, não possuem a infraestrutura adequada com, pelo menos, água e eletricidade. Além disso, em algumas escolas comunitárias rurais, crianças, em diversos níveis, assistem às aulas na mesma sala de aula, todos juntos.

Nesse sentido e, em que pesem avanços acima destacados, em termos de agenda política, o debate sobre educação não parece ser uma prioridade para o governo boliviano, em virtude da falta de interesse por parte das autoridades nacionais, haja vista, entre outros, problemas que são facilmente percebidos, tais como a baixa qualidade do ensino em todos os níveis; a falta de professores para ocupar os cargos vagos existentes, bem como a formação deficitária e, por corolário, a própria falta de priorização das necessidades voltadas à educação.³⁶

Sobre a questão da baixa qualidade do ensino boliviano, ressalta-se que a formação escolar é deficiente e com grandes disparidades entre o ensino que é ministrado na área urbana e na rural. Além disso, existem grandes desigualdades relacionadas ao gênero, em que meninos têm mais acesso do que meninas. Outra reclamação refere-se à inexistência de qualquer tipo de avaliação global da educação, haja vista a Bolívia não participar de nenhuma avaliação internacional sobre a qualidade do ensino ministrado no país, como o índice de PISA,³⁷ que se aplica em muitos países, de maneira que se tenha uma radiografia da situação atual do processo educativo e o planejamento para a correção de rumo nos pontos em que são deficientes.

A falta de professores para ocupar os cargos vagos nas escolas é outro problema que persegue e dificulta a melhoria da educação no país, já que a profissão é pouco valorizada monetariamente, havendo desinteresse por parte dos jovens em se formarem na arte de lecionar. Dessa forma, os poucos profissionais que se apresentam para essa árdua função não possuem a qualificação desejada, tampouco estão aptos a implementarem uma educação moderna, atrativa e competitiva para os alunos, pois também não há nenhuma metodologia de avaliação dos professores.

Finalmente, a respeito da falta de priorização das necessidades voltadas à educação, também existem falhas na gestão escolar e dos processos educativos, que englobam a formação adequada e estimulante de novos profissionais, a quantidade e a qualidade desses mestres, uma remuneração adequada com a difícil missão de lecionar em regiões longínquas, uma unificação curricular nos diversos níveis, o estabelecimento de projetos socioeducativos voltados à educação sexual, no combate ao bullying e ao uso de drogas, e um maior investimento para alcançar um padrão de qualidade dos recursos humanos de acordo com as exigências da pós-modernidade e em relação aos países latino-americanos.

Segundo Guillermo Mariaca Iturri,³⁸ a educação boliviana pública tem sofrido com a forte influência e com o conseqüente fato de ser refém do sindicalismo. E a privada, por sua vez, com as interferências corporativas. De acordo com esses interesses, assevera o professor, não pode ser considerada como um processo de emancipação dos jovens, e sim uma alienação da história, da cultura e do conhecimento boliviano, negando as ferramentas básicas para uma compreensão no que diz respeito à inteligência verbal, lógica, criativa e da capacidade de resolver problemas.

Com essas considerações, sabe-se que tanto a condução das atividades educacionais do Equador quanto a da Bolívia precisam de um reforço motivacional, englobando, certamente, grupos sociais de pressão, prio-

³⁶ SERIOS problemas en la educación. 23 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.paginasiete.bo/opinion/editorial/2017/5/23/serios-problemas-educacion-138531.html> Acesso em: 10 jul. 2018. LOS DESAFÍOS de la educación. 2018. Disponível em: <https://www.eldeber.com.bo/opinion/Los-desafios-de-la-educacion-20180204-0064.html> Acesso em: 10 jul. 2018. PLAZA, José Morató. *La educación superior en Bolivia*. Disponível em: <http://cambio.bo/?q=node/19333>. Acesso em: 10 jul. 2018.

³⁷ Tal índice se aplica em muitos países, de maneira a que se tenha uma radiografia da situação momentânea do processo educativo e do planejamento para a correção de rumo nos pontos em que são identificadas deficiências, tanto de cunho quantitativo, quanto qualitativo, ampla, mas profundamente considerados.

³⁸ SOLARIS, Alexis. *Guillermo Mariaca: “La educación boliviana no es educación, es alienación”*. Disponível em: <http://www.lostiempos.com/oh/entrevista/20160912/guillermo-mariaca-educacion-boliviana-no-es-educacion-es-alienacion> Acesso em: 11 jul. 2018.

rização do tema em agendas políticas essenciais etc. O envolvimento do governo, de agentes públicos, da sociedade e dos cidadãos pode implementar e efetivar o que está previsto em suas Cartas Constitucionais, para que se mantenham vivos os objetivos de nações plurinacionais. Tudo isso pode ser reforçado, por meio de um revigorado processo educacional com as ideias decoloniais desde o início salientadas e ligadas ao contemporâneo processo de recriações constitucionais na América Latina. Se Equador e Bolívia, escolhidos neste Artigo para exame de suas novas legislações e resultados de processos constituintes, especificamente no que diz respeito à educação, oscilam entre si, ora com características mais sólidas, ora menos, de consolidação da dita educação enquanto um direito não somente social, mas também e, sobretudo, fundamental para seus povos, é fato que ambos precisam ainda muito evoluir, em que pesem, em conformidade com todo o anteriormente visto nesse breve e rigidamente recortado Artigo jurídico, os avanços em searas diversas e valorizadoras das culturas de cada um desses países, dentro da mencionada e maior esfera de um constitucionalismo que, por tamanha relevância, pôde ser denominado e encarado como um novo constitucionalismo latino-americano.

5 Considerações finais

Os atuais ordenamentos jurídicos do Equador e da Bolívia estão fundamentados na ideia do “bem viver”, próprio da cultura e tradição indígenas, e que se baseiam na harmonia, solidariedade, dignidade, igualdade, distribuição da justiça social com a família, a comunidade e a mãe terra.

Dentro dessa perspectiva, a educação insere-se nesse contexto em ambas as constituições como uma das ferramentas que promovem a identidade plurinacional, a interculturalidade e os direitos sociais. Todo esse aparato previsto em suas cartas magnas possibilita o exercício dos direitos fundamentais na sua plenitude, sendo uma das características marcantes do novo constitucionalismo latino-americano.

A colonialidade do ser impôs uma forma de observação sobre os povos originários, moldando a sua subjetividade, posicionando a América Latina em uma situação de subcontinente dependente e subalterno de uma totalidade continental, excluindo da história da região os povos que fazem parte da história continental latino-americana, tornando-os invisíveis e desumanizados, relacionando a cor nas suas diferentes expressões e dimensões em um sem número de características essenciais fundamentais e imaginários simbólicos.

Assim, uma das maneiras de resgatar a condição de humanidade, igualdade e justiça social é proporcionar uma educação de qualidade, a qual é uma ferramenta valiosa para qualquer país ou cultura, pois tem influência direta na vida política, econômica e social, sendo tema da mais alta relevância, seja para a comunidade, para a sociedade civil ou para o Estado.

No Equador, a educação é uma área prioritária de política pública e de investimentos pelo poder estatal. Está inserida na Constituição nos direitos de “bem viver”. Dessa forma, o governo equatoriano tem buscado articular, em todos os níveis, os organismos governamentais para promover uma educação intercultural, resgatando as memórias coletivas, as histórias e as dinâmicas demográficas, a fim de salvaguardar, conservar e revitalizar o patrimônio cultural e natural nacionais. Contudo, existem desafios a serem vencidos, haja vista que a taxa de escolaridade se encontra em uma realidade alarmante, uma alta evasão escolar é preocupação premente e os altos índices de violência são realidade implacável.

Na Bolívia, a Lei de Educação Avelino Siñami-Elizardo Pérez, de 2010, implementa a nova proposta educacional e eleva os ensinamentos indígenas aos currículos escolares como forma de compreender esses saberes dos povos originários com o propósito de gerar uma reflexão sobre as diversas formas de conhecimento e a necessidade de um aprendizado dialógico e complementar. Mesmo com essa intenção, nem sempre tudo acontece como o previsto, pois o debate sobre educação não parece ser uma prioridade para o governo, em virtude da falta de interesse por parte das autoridades nacionais, considerando-se a baixa quali-

dade do ensino em todos os níveis, a falta de professores para ocupar os cargos vagos existentes, bem como a sua formação débil, e a falta de priorização das necessidades voltadas à educação. Esses problemas reais devem ser ultrapassados para a concretização para a garantia da fundamentalidade do direito à educação no Estado boliviano.

Sabe-se que há um longo caminho a ser percorrido em ambos os países, sobretudo porque o investimento em educação continua baixo, aquém do esperado para uma educação de qualidade. Não basta colocar como prioridade social e política processo educativo, sem que haja valorização governamental dos profissionais envolvidos no processo. Além disso, os salários, condições de trabalho e infraestrutura, bem como a qualificação e preparação intelectual são pontos importantes e que devem ser observados para a motivação pessoal do profissional e para a construção de uma “escola” — no sentido educacional amplo — de qualidade para todos.

Referências

BERLINSKY, S.; SCHADY, N. R. (ed.). *Los primeros años: el bienestar infantil el papel de las políticas públicas: desarrollo en las Américas* (DIA). Washington, D.C.: BID, 2015. p. 121. Disponível em: <https://eldocenteprofesional.blogspot.com/2017/04/los-primeros-anos-el-bienestar-infantil.html> Acesso em: 23 maio 2019.

BOLÍVIA. Ministerio de Educación. *Educación para todos*. Bolivia: Revisión Nacional de la EPT al 2015, 2014.

DURYEA, Suzanne; ROBLES, Marcos. *Pulso social de América Latina y el Caribe 2016: realidades y perspectivas*. 2016. p. 43. Disponível em: <https://publications.iadb.org/handle/11319/7863?locale-attribute=es&locale-attribute=en#sthash.s5Ogvspy.dpuf> . Acesso em: 30 jun. 2018.

DUSSEL, Enrique. *20 Teses de política*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007.

EQUADOR. *Constitución Del Ecuador*. Disponível em: <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Constitucion.pdf> Acesso em: 23 jun. 2018.

EQUADOR. Ministério da Educação. *Rendición de Cuentas 2017*. p. 6. Disponível em: <http://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/RENDICION-CUENTAS-2017.pdf> Acesso em: 14 jul. 2018.

EQUADOR. Ministerio de Educación. *Educación para la Democracia y el Buen Vivir*. Disponível em: <https://educacion.gob.ec/educacion-para-la-democracia-y-buen-vivir/>. Acesso em: 23 jun. 2018.

EQUADOR. Ministerio de Educación. *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*. Disponível em: <https://educacion.gob.ec/que-es-el-buen-vivir/>. Acesso em: 23 jun. 2018.

EQUADOR. Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021*. Disponível em: http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_0K.compressed1.pdf Acesso em: 23 jun. 2018.

ISCH LÓPEZ, E. Las actuales propuestas y desafíos en educación: el caso ecuatoriano. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 32, n. 115, p. 373-391, abr.-jun. 2011. Disponível em: <http://www.cedes.unicamp.br>. Acesso em: 23 jun. 2018.

LOS DESAFÍOS de la educación. 2018. Disponível em: <https://www.eldeber.com.bo/opinion/Los-desafios-de-la-educacion-20180204-0064.html> Acesso em: 10 jul. 2018.

MALDONADO-TORRES, Nelson. *Sobre la colonialidad del ser*: contribuciones al desarrollo de un concepto.

Disponível em: <http://ram-wan.net/restrepo/decolonial/17-maldonado-colonialidad%20del%20ser.pdf>
Acesso em: 10 jul. 2018.

MIGNOLO, Walter D. *La idea de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Informe sobre desarrollo humano 2016: desarrollo humano para todas las personas*. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2016_report_spanish_web.pdf Acesso em: 18 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *O que é IDH?* Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-o-idh.html> Acesso em: 18 jul. 2018.

PLAZA, José Morató. *La educación superior en Bolivia*. Disponível em: <http://cambio.bo/?q=node/19333>. Acesso em: 10 jul. 2018.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: A COLONIALIDADE do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005.

QUIJANO, Anibal. Globalización, colonialidad y democracia. In: INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS DIPLOMÁTICOS ‘PEDRO GUAL’ (org.). *Tendencias básicas de nuestra época: globalización y democracia*. Caracas: Instituto de Altos Estudios Diplomáticos ‘Pedro Gual’, 2001.

SANDER, Benno. Educação na América Latina: identidade e globalização. *Educação*, Porto Alegre, v. 31, n. 2, p. 157-165, maio/ago. 2008.

SANTOS, Theotônio dos. *Teoria da dependência: balanço e perspectivas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

SERIOS problemas en la educación. 23 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.paginasiete.bo/opinion/editorial/2017/5/23/serios-problemas-educacion-138531.html> Acesso em: 10 jul. 2018.

SOLARIS, Alexis. *Guillermo Mariaca: “La educación boliviana no es educación, es alienación”*. Disponível em: <http://www.lostiempos.com/oh/entrevista/20160912/guillermo-mariaca-educacion-boliviana-no-es-educacion-es-alienacion> Acesso em: 11 jul. 2018.

UNICEF. *Situación de las niñas, niños y adolescentes respecto a la educación em Bolivia*. Disponível em: https://www.unicef.org/bolivia/07_UNICEF_Bolivia_CK_-_nota_conceptual_-_Educacion.pdf. Acesso em: 10 jul. 2018.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A diversidade cultural segundo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano transformador

La diversidad cultural según el entendimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano transformador

Cultural diversity according to the understanding of the Inter-American Court of Human Rights and the New Latin American Constitutionalism transformer

Bianor Saraiva Nogueira Júnior

Deicy Yurley Parra Flórez

Ulisses Arjan Cruz dos Santos

A diversidade cultural segundo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano transformador*

La diversidad cultural según el entendimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano transformador

Cultural diversity according to the understanding of the Inter-American Court of Human Rights and the New Latin American Constitutionalism transformer

* Recebido em 31/05/2019
Aprovado em 20/08/2019

** Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Sociedade e Cultura na Amazônia (PPGSCA) da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Ambiental pelo PPGDA/UEA. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UFAM. Procurador Federal. Professor Adjunto (concurado) do curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e Professor do curso de Pós-graduação em Direito Público, ESA/OAB-AM/UEA. Professor do curso de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA/UEA). E-mail: bjunior@uea.edu.br

*** Discente do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental (PPGDA/UEA) e advogada conciliadora em resolução de conflitos. É graduada em Direito pela Universidade de Pamplona (Colômbia). E-mail: deflo_19@hotmail.com.

**** Discente do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA/UEA). Bacharel em Direito pela Faculdade Martha Falcão Wyden (FMF Wyden) e em Administração pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Metropolitana de Manaus (FAMETRO), em Docência no Ensino Superior pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e em Gestão Pública pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). E-mail: ulissesarjan@hotmail.com ou ulissesarjan@gmail.com.

Bianor Saraiva Nogueira Júnior**

Deicy Yurley Parra Flórez***

Ulisses Arjan Cruz dos Santos****

Resumo

As dissonâncias, e o aumento de conflitos, em uma sociedade com alta diversidade cultural, provoca inevitavelmente várias situações desfavoráveis, em que a cultura dominante extingue características diferenciadoras das demais culturas não predominantes, ocasionando a homogeneização cultural, definida através elementos externos de suas tradições e formas de organização, especialmente na América Latina que atravessou e ainda vivencia, em pleno século XXI, processo de colonialidade cultural, uma vez que ainda existem grupos com particularidades culturais que são submetidos ao pensamento dominante, inferiorizando-os. Com base no exposto, o objetivo da presente pesquisa é analisar o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e seu papel como protetora dos direitos, especialmente o direito à diversidade cultural. Além disso, verificou-se a relevância da interação do denominado Novo Constitucionalismo Latino Americano na interpretação de diversidade cultural. O método utilizado para presente pesquisa foi o qualitativo dedutivo, alicerçada na pesquisa bibliográfica-documental. Concluiu-se que o Novo Constitucionalismo Latino Americano quebra os paradigmas impostos, integrando um pensamento crítico acompanhado de novos conceitos que fundamentam a diversidade cultural, a autonomia e emancipação dos grupos e movimentos sociais, o que demonstra a ausência

de integração dessas novas estruturas dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com o fito de garantir o exercício dos direitos da diversidade cultural e identificar os conflitos que surgem em decorrência desses direitos supramencionados.

Palavras-chave: Direitos sociais e culturais. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Novo Constitucionalismo Latino-americano. Diversidade cultural. Interculturalidade.

Resumen

La disonancia y el aumento del conflicto en una sociedad con alta diversidad cultural conducen inevitablemente a una serie de situaciones desfavorables en las que la cultura dominante extingue los rasgos diferenciadores de otras culturas no predominantes, lo que lleva a una homogeneización cultural, definida a través de elementos externos de sus tradiciones. y formas de organización, especialmente en América Latina que ha atravesado y aún vivencia, incluso en pleno siglo XXI un proceso de colonialidad cultural, en que grupos con particularidades culturales están sujetos al pensamiento dominante que los inferioriza. Con base en lo anterior, el objetivo de esta investigación es analizar la comprensión del Sistema Interamericana de Derechos Humanos y su papel como protector de derechos, especialmente el derecho a la diversidad cultural, así como la relevancia del llamado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y su interpretación sobre la diversidad cultural. El método utilizado en esta investigación fue el cualitativo deductivo, basado en la investigación bibliográfica-documental, que permitió concluir que el nuevo constitucionalismo latinoamericano rompe los paradigmas impuestos, integrando el pensamiento crítico acompañado de nuevos conceptos que subyacen a la diversidad cultural, la autonomía y la emancipación de los grupos y movimientos sociales, demostrando la falta de integración de estas nuevas estructuras dentro del Sistema Interamericano de Derechos humanos, para garantizar el ejercicio de los derechos de la diversidad cultural e identificar los conflictos derivados de estos derechos.

Palabras Claves: Derechos sociales y culturales. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Diversidad cultural. Interculturalidad.

Abstract

The dissonance and increased conflict in a society with high cultural diversity inevitably lead to a number of unfavorable situations in which the dominant culture extinguishes differentiating features from other non-predominant cultures, leading to a cultural homogenization, defined through external elements of its traditions. and forms of organization, especially in Latin America that has crossed and still experiences, even in the 21st century, a process of cultural coloniality, since there are still groups with cultural particularities that are subjected to the dominant thought, inferiorizing them. Based on the above, the objective of this research is to analyze the understanding of the Inter-American Court of Human Rights and its role as a protector of rights, especially the right to cultural diversity, as well as the relevance of the interaction of the so-called New Latin American Constitutionalism. in the interpretation of cultural diversity. The method used in this research was the deductive qualitative, based on the bibliographic-documentary research. It was concluded that the New Latin American Constitutionalism breaks the imposed paradigms, integrating critical thinking accompanied by new concepts that underlie the cultural diversity, autonomy and emancipation of social groups and movements, demonstrating the lack of integration of these new structures within the inter-American system. Human Rights, in order to guarantee the exercise of the rights of cultural diversity and to identify the conflicts arising from these rights mentioned above.

Keywords: Social and cultural rights. Inter-American Court of Human Rights. New Latin American Constitutionalism. Cultural diversity. Interculturality.

1 Introdução

A análise jurisdicional em matéria de Direitos Humanos adquire grande relevância e complexidade na ordem contemporânea entre os sistemas regionais de proteção de Direitos Humanos. Nota-se, sobretudo, a gradativa tendência de diálogo entre a Corte Europeia e a Corte Interamericana, especialmente em relação à troca de fundamentação jurídica e de mecanismos usados para o enfrentamento de violações de direitos humanos, pautando precedentes jurisprudenciais que são resultado do fenômeno da “internacionalização” por meio do qual se integram normatividade e principiologia protetiva internacional em matéria de direitos humanos.

Ao constituir a cultura uma temática de grande importância e complexidade, o ordenamento jurídico atual e os direitos humanos refletem a emergência de um novo paradigma. Nesse sentido, este artigo enfoca os direitos sociais e culturais, com destaque ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que tutela e protege esses direitos considerados fundamentais, com o fito de garantir a dignidade da pessoa humana, e que, ao mesmo tempo, apresenta uma série de desafios na forma de interpretação e tutela dos direitos.

Violações aos direitos humanos que extrapolam a compressão do estabelecido legislativamente, obrigando aos altos Tribunais procurar soluções rápidas e eficazes, mas que nem sempre resultam como se espera, o que gerou, conseqüentemente, um novo movimento transformador chamado Novo Constitucionalismo Latino-americano, que exalta o respeito à pluralidade cultural, concedendo aos povos tradicionais o status de protagonistas de seu próprio destino e o crescente empoderamento para sua organização, integrando novas noções que buscam saída aos condicionamentos políticos, econômicos, sociais e culturais da cultura eurocêntrica dominante para impor um diálogo intercultural.

2 Direitos sociais como bem essencial humano tutelado

A concepção, apenas sob o viés positivista do Direito, é discordante com a afirmação dos direitos sociais, é passível da tutela pelas cortes internacionais de justiça, uma vez que a positivação desses direitos tem ocorrido de forma meramente enunciativa, sem definir sua aplicação de forma restrita. A corrente positivista pontua que, quando um direito não está delimitado em diplomas legais, este não pode ser reconhecido. Portanto, é necessário tratar sobre a hermenêutica axiológica e a evolução histórica dos direitos sociais.

A consciência humana acerca dos direitos sociais é recente. Bobbio afirma que esses direitos “são nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem por todas”¹. Estudar apenas leis postas obsta o alcance da evolução em direção ao desenvolvimento do bem-estar social e da justiça.

O direito e a justiça são conquistados por meio de constantes lutas. Interpretar leis rigidamente e situações superficialmente pode resultar em grandes injustiças, como os nefastos fatos históricos da escravidão e holocausto, os quais eram institucionalizados e previstos por leis da época que ocorreram, demonstrando que a análise meramente positivista do Direito é limitadora, errônea e prejudicial.

As leis representam recorte moral, ético e axiológico da sociedade que as produziu. Portanto, são mutáveis e nem sempre justas. Porém, conforme observa Márquez, o valor do justo é duradouro e permanece

¹ BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.5.

durante longo período na consciência individual, na consciência coletiva dos povos e, singularmente, no sentimento da vítima da injustiça².

O pensamento liberal estatal de intervenção mínima pregava que pessoas deveriam buscar, apenas, o lucro e o seu próprio bem-estar, sobrepondo seus interesses aos demais, elidindo o sentimento de fraternidade e solidariedade. Entretanto, durante o século XVIII, a concepção de direitos sociais começou a ser construída pela coletividade após o final da Segunda Guerra Mundial e foi consolidada no século XX. Portanto, as relações humanas deveriam ser pautadas pela cooperação e respeito entre os povos.

Admitir a ideia fundamental da alteridade, que é a capacidade de colocar-se no lugar do outro, é essencial para o entendimento do Direito Social, haja vista que o “eu” na sua forma individual, somente pode existir por meio de um contato com o “outro”. A finalidade do direito social é proporcionar a justiça, respeito e igualdade entre os humanos. Radbruch assevera:

O Direito só pode ser compreendido no âmbito da atitude referida ao valor. O Direito é uma manifestação cultural, isto é, um fato relacionado a um valor. O Direito posto somente se valida nos fundamentos da justiça. No fim, o conceito de direito é um conceito cultural, quer dizer, um conceito de uma realidade referida a valores, uma realidade cujo sentido é o de estar a serviço de valores³.

A igualdade é o ponto de convergência entre a finalidade do direito social e o conceito de justiça. Radbruch destaca que “a justiça significa igualdade. E a forma originária da justiça encontra-se na justiça distributiva, em direção à qual se deve orientar o conceito de Direito”⁴.

Assim, a realização da justiça ocorre no campo do direito público, abrangendo uma coletividade, visando corrigir erros históricos realizados em face de alguns povos, grupos sociais, raciais, étnicas ou religiosos, resultando em profundas desigualdades sociais e segregação, por exemplo o caso da escravidão e genocídio indígena e seus reflexos perenes na sociedade brasileira contemporânea.

Segundo Martínez, “os direitos sociais passaram a ser encaradas não mais como simples reivindicações morais, mas como exigências de um patamar mínimo de humanização a fim de alcançar uma justa condição humana”⁵. Sobre a ideia de igualdade como direito fundamental humano, Dallari observa que “é um dado recente da história da humanidade, só tendo surgido no século XX, embora houvesse antes o reconhecimento de que o tratamento desigual de pessoas e segmentos sociais era fonte de injustiças”⁶.

Persegue-se uma consciência jurídica que contenha o valor do justo. Salgado leciona:

O justo exige a objetividade e a transubjetividade para o outro. É no justo que se encontra a realização da consciência moral como jurídica, pois nesse âmbito axiológico a consciência é um nós. A lei não é mais produto de uma subjetividade e universalidade abstrata do eu transcendental, mas adquire objetividade e universalidade concreta como lei posta por todos concretamente.

Logo, o Direito deve ser projetado e interpretado como um sistema elaborado pelo homem, em um determinado tempo histórico para atender certas necessidades sociais, tratando, indispensavelmente, da concretização dos direitos sociais⁷ como instrumento garantidor de dignidade e de um padrão mínimo existencial para todos os homens.

No século XVIII, Kant cogitou a existência de um direito internacional dos direitos humanos e um

² MÁRQUEZ, Marta Albert. *Derecho y valor: uma filosofia jurídica fenomenológica*. Madrid: Ediciones Encuentro, 2004. p. 63.

³ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 11.

⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 50.

⁵ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Diritto sociali: origini e concetto*. *Sociologia Del Diritto*, n. 1, p. 33-50, 2000.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Igualdade de direitos: conquista da humanidade. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista (coord.) *Direitos humanos: entre a utopia e a contemporaneidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 289.

⁷ Cesarino Júnior, ao analisar a expressão “Direito Social”, ensina que essa terminologia foi cunhada justamente para se opor ao direito individualista, oriundo da Revolução Francesa. De tal forma, o sentido de “humanização do Direito”, de se voltar para a sociedade, embora comum a todos os ramos, ganha especial contorno dentro do Direito Social. CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito social*. São Paulo: LTr, 1980.

estado de paz entre os povos. E, para instaurá-lo, seria necessário, pelo menos, três situações: que as constituições dos Estados fossem republicanas; que o direito das gentes se fundasse em uma federação de Estados livres e que o direito cosmopolita se limitasse às condições de hospitalidade universal, ou seja, garantir o direito de ser respeitado em território estrangeiro⁸. Nour elucida:

Até Kant, concebiam-se duas dimensões do direito: o direito estatal (interno de cada Estado) e o direito das gentes (que compreendia as relações estatais e a dos indivíduos de um Estado com os de outro). Kant inovou acrescentando uma terceira dimensão: o direito cosmopolita, ou seja, um direito dos cidadãos do mundo, que considerava cada indivíduo como membro de seu Estado e, concomitantemente, membro de uma sociedade cosmopolita. Nesse sentido, alcançaríamos uma categoria de totalidade sistemática, unindo os Estados, do ponto de vista interno, e os indivíduos em suas relações com os de outros Estados. Já pensava Kant que a Terra não seria uma superfície fechada sobre si mesma, sendo inexorável a proximidade espacial entre as pessoas. E, no mundo globalizado atual, com muito mais razão⁹.

Após a Revolução Industrial, duas Guerras Mundiais, criação da ONU e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a humanidade aproximou-se do conceito do “Direito Cosmopolita” preceituado por Kant. Nota-se que os direitos sociais são direitos consubstanciados em normas constitucionais e internacionais, portanto, uma realidade na atualidade de imensa relevância social e jurídica.

Sendo assim, vamos tratar no próximo tópico justamente os sistemas regionais de proteção de direitos humanos, com enfoque no Sistema Interamericano como garantidor dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DESCA), e que tem como pano de fundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH).

3 Sistemas regionais de proteção dos direitos sociais

Atualmente, existem três sistemas regionais em funcionamento e com destaque de suas atividades: o Sistema Interamericano, Sistema Europeu e Sistema Africano. Válido mencionar a existência do sistema Árabe, que segundo Guerra, “carece de efeitos jurídicos, pois os Direitos Humanos, em regra, apresentam-se para os povos árabes como um poder derivado de um poder divino, produzindo situações complexas para alguns segmentos da população, como o das mulheres”¹⁰. Esse último sistema, juntamente ao Sistema Asiático, está em uma condição particular, uma vez que não tem tanta relevância e efetividade.

O Sistema Regional Africano, Americano e Europeu integra os modelos de integração regional. No caso da África, a sua organização matriz está na União Africana (UA), no da América, na Organização dos Estados Americanos (OEA) e, no da Europa, no Conselho da Europa. Há organismos de integração regional em outras partes do planeta, porém sem uma atribuição específica de proteção para os direitos humanos em funcionamento. Cabe destacar que os sistemas se complementam, uma vez que buscam preservar os Direitos Humanos, mesmo que as circunstâncias fatídicas e legais sejam diferentes. Piovesan afirma que:

os sistemas regionais de proteção buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, o que consolida a convivência do sistema global da ONU com instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado pelos sistemas Interamericano, Europeu e Africano de proteção aos direitos humanos¹¹.

Portanto, os sistemas regionais têm atuado no sentido de promover a dignidade da pessoa humana. Godinho evidencia que “os principais sistemas criados na Europa, na América e, posteriormente, na África

⁸ KANT, Immanuel. *Para a paz perpétua*. Galiza: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

⁹ NOUR, Soraya. *A paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 54-55.

¹⁰ GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 164

¹¹ PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação dos direitos humanos. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 140.

mantêm uma relação mais direta com os indivíduos cujos direitos são violados, acolhendo a sua cultura e a sua história na atuação de seus órgãos”¹².

Nesse sentido, os sistemas regionais autorizam que os valores de determinada região sejam considerados apesar do risco de comprometimento do conceito de universalidade dos direitos humanos. Entretanto, o benefício desses modelos reside nos instrumentos de cumprimento de seus tratados.

Com base no exposto, prossegue-se para a análise das principais singularidades do Sistema Interamericano, por encontrar-se mais próximo da nossa realidade, e ao qual o Brasil é signatário e integrante.

3.1 A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CTIDH) como protetora da diversidade cultural e dos direitos sociais

O elemento normativo que viabiliza a tutela dos direitos sociais no Sistema Interamericano é proveniente das regras jurídicas criadas pela Organização dos Estados Americanos (OEA). O Sistema Interamericano de Direitos (SIDH) é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH).

De acordo com o Instituto Interamericano de Direitos Humanos, o Sistema Interamericano “é a sua criação, e não sua aplicação dentro desse sistema. Isso justifica a necessidade de reconhecer o interamericano no âmbito normativo e diferenciá-lo do normativo em outros sistemas internacionais de proteção de dos direitos humanos”. Nesse mesmo sentido, há normas que estão além das normas de âmbito doméstico, uma vez que estas se assentam em normas *ius cogens*, o costume internacional, tratados e princípios gerais do direito¹³.

Destaca-se que o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIDH) conecta Estados marcados pela exclusão social, além de abranger alguns países que, segundo Gomes, possuem “democracias em fase de consolidação, resquícios de regimes ditatoriais, e uma cultura marcada pela violência e impunidade. Tais fatores impõem à América Latina um duplo desafio: romper com um legado ditatorial e consolidar o regime democrático”¹⁴.

Robles explana que o primeiro momento que demonstrou uma clara vontade de proteção internacional dos direitos humanos por parte do SIDH se apresentou na Conferência Interamericana sobre Problemas da Guerra e da Paz, ocorrida na Cidade do México, em 1945, por meio da Resolução XL. Nessa ordem, encomendou-se ao Comitê Jurídico Interamericano a redação de um anteprojeto para o que hoje se conhece como a “Declaração de Direitos e Deveres Internacionais do Homem”, a fim de que fosse analisado pela Conferência Internacional de Jurisconsultos, que não chegou a ocorrer, mas que na 9ª Conferência Internacional Americana, celebrada em Bogotá, no ano de 1948¹⁵ foi aprovada.

Assim, ocorreu o marco inicial, de fato, do SIDH, com a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em tal Conferência. A Organização dos Estados Americanos criou, em 1959, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que teve sua primeira sessão em 1960. Em 1965, a Comissão já estava autorizada a examinar reclamações e petições a casos específicos de violações aos direitos

¹² GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 45.

¹³ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*. San José: IIDH, 2008. p. 12-16.

¹⁴ GOMES, Eduardo Biacchi; MORAES, George Rezende. A capacidade processual dentro da Corte Interamericana de Direitos Humanos como instrumento de concretização de direitos. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (org.) *Direitos humanos e fundamentais na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 54.

¹⁵ ROBLES, Manuel E. Ventura. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Novas perspectivas de direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 537.

humanos. A Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 1969, começou a vigorar em 1978, quando o número mínimo de ratificações foi atingido. Juntamente à Convenção, foi instituída a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH)¹⁶.

A Corte tem grande protagonismo internacional e relevância em virtude das suas decisões, especialmente aquelas acerca da sua função consultiva e interpretação da CADH, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. A sua atuação, no entanto, depende da aceitação de sua jurisdição pelo Estado envolvido, que deve ser expressa. A importância e demanda da Corte Interamericana aumentaram bastante com o passar dos anos.

Conforme as regras da Convenção, somente os Estados-partes e a CIDH podem submeter casos à decisão da Corte (art. 61). A competência da Corte se refere a qualquer caso relativo à interpretação e à aplicação dos dispositivos da CADH, desde que os Estados-partes envolvidos tenham reconhecido a competência dela¹⁷, seja por declaração especial ou por convenção especial e desde que esgotados os procedimentos perante a mencionada Comissão (arts. 48, 49, 50, 61 e 62 do Pacto de San José da Costa Rica).

A Corte IDH tem por objetivo interpretar e aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos, portanto possui função contenciosa (art. 62 da CADH) e consultiva (art. 64). Excepcionalmente, em qualquer fase do processo, quando se tratar de casos de extrema gravidade e urgência, ou quando for necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte pode, *ex officio*, ordenar medidas provisórias que entender pertinentes (CADH, art. 63.2).

Rivas lista os direitos humanos que permitem a proteção direta dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC) perante a Corte Interamericana de Direito Humano (CIDH): proibição da escravidão e da servidão (art. 6º da CADH), liberdade de associação (art. 16 da CADH), proteção à família (art. 17 da Convenção) e os direitos da criança (art. 19 da mesma Convenção).

No que tange à proteção indireta, a Corte, segundo a autora, tem desenvolvido importante jurisprudência. Essa proteção está vinculada “a uma interpretação transversal da dignidade da pessoa humana, que compreende os supostos nos quais a análise de caso se sustenta na interpretação do conteúdo e alcance dos direitos entendidos tradicionalmente como civis e políticos”¹⁸.

No mesmo sentido, a Corte Interamericana, por meio da Opinião Consultiva n. 18 de 2003, sedimentou o conteúdo relacionado ao Princípio de Dignidade e da Não Discriminação especialmente sobre a condição jurídica, declarando que os Estados Partes “têm o dever de respeitar e assegurar o conteúdo essencial dos direitos humanos [...] e que qualquer tratamento de cunho discriminatório, no que tange ao exercício de tais direitos. Incorrerá na responsabilidade dos Estados”¹⁹.

Entre os casos decididos pela Corte Interamericana de Direito Humano (CtIDH) referentes aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC), merece relevo o caso conhecido como dos “Niñas Yean y Bosico versus República Dominicana”, mencionado por Piovesan, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos “ênfatizou o dever dos Estados no tocante à aplicação progressiva dos direitos sociais, a fim de assegurar o direito à educação e cultura, com destaque à especial vulnerabilidade de meninas”²⁰.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Breve história do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. 2011. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em: 29 maio 2019.

¹⁷ Atualmente (2019), são vinte e dois os Estados que reconhecem a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

¹⁸ IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. La dignidad humana y los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barro. *El respecto a La dignidad de La persona humana*. Fortaleza: IBDH/IIDH, 2015. p. 183-211. p. 199.

¹⁹ GONTIJO, André Pires. O desenvolvimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, p. 409-423, n. especial, 2015. p. 420.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. Diálogo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: desafios da reforma. In: ANJOS FILHO, Robé-

Lazarte afirma que a justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC), ainda que de forma direta, tem sido uma realidade, e ainda acrescenta que, embora a judicialização indireta tenha sido positiva, teria sido necessário que o sistema viesse a abrir a porta para a judicialização direta dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC)²¹.

Como regra geral da justiciabilidade indireta no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, Gabriel elucidada:

Os peticionários têm apresentação perante a Comissão “petição híbridas” em que se misturam violações a direitos civis e políticos (que garantam o acesso à Comissão) e a direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), como estratégia útil, para o pronunciamento da Comissão em face das reiteradas violações a tais direitos. Afinal, os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes, e, por consequência, não podem ser tratados e cobrados de forma disparatada.²²

Sobre a justiciabilidade indireta na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), Neto ratifica que:

Seria desnecessário se houvesse um trabalho mais adequado de interpretação. Evidentemente, de todo modo, não haveria dúvida sobre o seu cabimento se ocorresse uma evolução normativa emendando-se a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) para se incluir expressamente um rol de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC) ou ampliando-se o sistema de peticionamento individual do Protocolo de San Salvador para se permitir a reclamação direta de todos os direitos previstos. De toda forma, se apenas a entrada é obstaculizada, deve-se evoluir para se deixar chegar à questão de fundo sem que, necessariamente, os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC) venha acoplado a um Direito Civil Político (DCP). Se o direito pode ser protegido por via indireta, a mesma lógica faz com que seja pela via direta. Portanto, passou da hora de se superar esse óbice injustificável e se permitir a tutela dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC) pelo caminho normal.²³

Robles salienta, no tocante ao impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), que:

Os casos resolvidos por ela costumam se converter em casos emblemáticos e servem como fonte de inspiração doutrinária e jurisprudencial para os tribunais nacionais, já que tratam de questões transcendentais que requerem solução à luz da Convenção Americana. Desta maneira, as decisões tomadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) têm um impacto que extrapola os limites específicos de cada caso concreto. As decisões influenciam os países da região, por meio de reforma legais ou mudança da jurisprudência local, que incorporam os *standards* fixados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ao direito interno.²⁴

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), quando provocada, embora não tenha alcançado a justiciabilidade direta dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC), tem realizado a proteção dos direitos sociais de forma indireta e avanços que ainda podem ser conquistados. A Corte fica cada vez mais conhecida e relevante a cada sentença exarada. Veloso endossa que “o Sistema Interamericano só mostrará os resultados almejados quando for parte perene do cotidiano de todos os países, de seus tribunais, sua administração e seu povo”.²⁵

rio Nunes dos (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 315.

²¹ LAZARTE, Renata Bregaglio. ¿Verdadera indivisibilidad? Las consencias de la judicialización indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. In: LOPES, Ana Maria D’Ávila; MAUÉS, Antônio Moreira (org.). *A eficácia nacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013. p. 278.

²² GABRIEL, Amélia Regina Mussi. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e os direitos fundamentais sociais. In: LUNARDI, Soraya (coord.). *Direitos fundamentais sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31.

²³ AZEVEDO NETO, Planton Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas cortes internacionais de justiça*. São Paulo: LTr, 2017. p. 152.

²⁴ ROBLES, Manuel E. Ventura. Impacto de las reparaciones ordenadas por La Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 56, 2012. p. 143.

²⁵ VELOSO, Pedro Augusto Franco. Efetivando o Sistema Interamericano: os procedimentos para acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o trâmite até a Corte. In: OLIVEIRA, Márcio Luís (coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos*

Portanto, reconhece-se que as conquistas, para serem permanentes, precisam ser gradativas. Desse modo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem cumprindo o seu papel na proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC), havendo espaço e necessidade para que amplie a sua atuação e para que se torne mais efetiva, sobretudo de forma direta.

4 Novo constitucionalismo como construtor de interculturalidade?

Por outro lado, desde a mesma região de América, a emergência prolongada da visibilidade das identidades coletivas, nas últimas décadas, construiu um panorama de mobilização social, configurando estruturas constitucionais transformadoras como uma resposta às desigualdades sociais, à injustiça e à dominação da classe hegemônica ainda persistente no século XXI, incorporando-se a valorização das práticas econômicas, sociais, culturais e ambientais nas estruturas das comunidades tradicionais.

No caso da América Latina, a maioria dos grupos étnicos estão sujeitos à opressão “como índios colonizados e como camponeses explorados”, estando ao mesmo tempo classificados como “movimentos sociais indígenas, que reafirmam seus valores culturais e reivindicam a posição dos índios na estrutura social”²⁶

A partir dessas transformações graduais experimentadas pelos povos indígenas para sua reivindicação, que começaram no final do século XIX, mas que foram afirmadas durante o século XX, corroboram sua oposição à privação de suas formas tradicionais e submissão às visões formalistas, dogmáticas e, monistas, liberais, individualistas e eurocentristas ligadas ao período colonial que foram instaladas sutilmente dentro das estruturas de poder e pensamento.

Consoante Vidal & Locateli:

o encontro entre sociedades culturalmente distintas sempre causa um choque, pois há uma assimetria de poder em que uma é maioria e outra é minoria, tendo de um lado o colonizador, de outro o colonizado. À medida que aumenta a diversidade cultural, o reconhecimento dos direitos culturais torna-se mais difícil, pois normalmente o encontro e a mistura de culturas não acontecem em pé de igualdade. Isso se torna mais evidente quando está envolvida uma cultura ocidental que busca abarcar todas as demais, impondo uma homogeneização²⁷.

Homogeneização estimula os movimentos sociopolíticos originais a um empoderamento em favor de sua emancipação do modelo eurocêntrico, promovendo a busca pela igualdade, a diversidade em seus múltiplos campos e a proteção de seus direitos individuais e coletivos. Movimentos que se configuraram em um ciclo de reformas constitucionais latino-americanas da década de 1980 a 2010, classificadas por Raquel Y. Fajardo²⁸, em três ciclos, com ênfase especial na “relação Estado-Povos Indígenas”, direito à identidade e diversidade cultural, conforme indica abaixo:

a) constitucionalismo multicultural (1982-1988), b) constitucionalismo pluricultural (1989-2005), e c) constitucionalismo plurinacional (2006-2009) - tem a virtude de questionar progressivamente os elementos centrais da configuração e definição dos Estados Republicanos Latino-americanos concebidos no século XIX, e a herança da tutela colonial indígena, colocando assim um projeto de descolonização a longo prazo.²⁹

Direitos Humanos: interface com o direito contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 119.

²⁶ HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. Políticas públicas e etnodesenvolvimento com enfoque na legislação indigenista brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. esp., p. 374-390, 2015. p. 385.

²⁷ VIDAL, Daiane; LOCATELI, Claudia. Interculturalidade: Matriz de Fundamentação das Constituições do Equador e da Bolívia. In: WOLKMER, Antonio; CAOVIOLA, Maria. *Temas atuais sobre o constitucionalismo latino-americano.* Leopoldo: Karywa, 2015. p. 198.

²⁸ FAJARDO, Raquel. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a ladescolonización. In: GARAVITO, César. *El derecho em América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico Del siglo XXI.* Buenos Aires: Siglo V Eintuno Editores, 2011. p. 139-140.

²⁹ FAJARDO, Raquel. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a ladescolonización. In: GARAVITO,

No primeiro ciclo, chamado *constitucionalismo multicultural*, o conceito de “diversidade cultural” é inserido, configurando e reconhecendo uma sociedade *multicultural* e multilíngue, — como foram estabelecidos na Constituição do Canadá (1982), Guatemala (1985), Nicarágua (1987) e Brasil (1989) —, como tentativa de reconciliação com as comunidades indígenas, caracterizando elementos da Convenção da OIT 107 DE 1957³⁰.

No segundo ciclo, denominado *constitucionalismo pluricultural*, somam-se à “diversidade cultural”, os conceitos de “*nação multiétnica / multicultural*” e “*Estado pluricultural*”, reconhecendo os direitos dos povos indígenas, afrodescendentes e outros coletivos, também resultado da adoção da atual Convenção 169 da OIT de 1989 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, e sua inserção de direitos sobre a terra, direitos a formas de participação, línguas indígenas, entre outros elementos presentes nas Constituições da Colômbia (1991), México e Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia e Argentina (1994), Equador (1996 e 1998) e Venezuela (1999)³¹.

Já no último ciclo, Raquel Fajardo faz menção ao *constitucionalismo plurinacional*, caracterizado principalmente pelas Constituições da Bolívia (2006-2009) e Equador (2008), influenciado pela aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2006-2007), destacando os direitos dos povos indígenas e suas nações ou nacionalidades originais com autodeterminação, capazes de definir seu destino econômico, político e social, ou seja, o poder de autogovernar, tentando superar a posição minoritária associada à fundação dos Estados Republicanos para projetar o pluralismo jurídico igualitário³².

Nesse sentido, os movimentos sociais representam, nesse último ciclo, uma saída para superar o modelo capitalista excludente, uma restauração aos princípios originais do pensamento, que vai além do reconhecimento da *diversidade cultural* para integrar novas concepções e pensamentos reflexivos das lutas contra a subjugação como afirma Catherine Walsh.

Perspectivas que abrem caminho para uma reconceptualização radical da teoria e da política na América do Sul, atualmente em curso no Equador e na Bolívia, países envolvidos na tarefa de refundar o Estado e *interculturalizar, plurinaralizar* e descolonizar suas estruturas e instituições³³.

Definindo Antonio Wolkmer também nessa ordem, os movimentos sociais sob uma nova categorização que demarca a possibilidade de tornar-se novos sujeitos legitimados para a intervenção legal não estatal, que “devem ser entendidos como sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com certo grau de ‘institucionalização’”, que se encontram ligados por “princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais”³⁴.

Portanto, os três ciclos de transformações constitucionais representam um inegável processo de neutralização, ou pelo menos de mitigação pelos nefastos séculos de dominação, de desigualdade, de opressão cultural, injustiças, segregação e violação dos direitos dos povos indígenas, comunidades, grupos tradicionais, etc., especialmente o terceiro ciclo, que expressa, clara e abertamente, o Constitucionalismo de sua comunidade Plurinacional.

César. *El derecho em América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico Del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo V Eintiuno Editores, 2011. p. 139-140.

³⁰ FAJARDO, Raquel. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a ladescolonización. In: GARAVITO, César. *El derecho em América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico Del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo V Eintiuno Editores, 2011. p. 140.

³¹ FAJARDO, Raquel. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a ladescolonización. In: GARAVITO, César. *El derecho em América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico Del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo V Eintiuno Editores, 2011. p. 141-145.

³² FAJARDO, Raquel. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a ladescolonización. In: GARAVITO, César. *El derecho em América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico Del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo V Eintiuno Editores, 2011. p. 148-150.

³³ WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa*, Bogotá, n. 9, p. 131-152, jul./dez., 2008.

³⁴ WOLKMER, Antonio. *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001. p. 121.

Com isso, parece evidente que “as mudanças políticas e os novos processos sociais de luta nos Estados latino-americanos engendram não só novas Constituições” materializando novas atores realidades plurais e práticas biocêntricas³⁵ desafiadoras, mas que

[...] igualmente, propõem diante da diversidade de culturas minoritárias, da força incontestável dos povos indígenas do continente, de políticas de desenvolvimento sustentável e da proteção de bens comuns naturais, um novo paradigma de constitucionalismo, o que poderia denominar-se de constitucionalismo pluralista e intercultural — síntese de um constitucionalismo indígena, autóctone e mestiço³⁶.

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano é conseqüentemente apresentado como uma manifestação cultural que favorece o diálogo entre os diferentes espaços, por meio de elementos que podem beneficiar as práticas entre movimentos sociais e organizacionais. No entanto, deve fazer-se a aclaração de que a interculturalidade como criticamente Catherine Walsh expressa é voltada para “a transformação e construção de diferentes condições de ser, pensar, conhecer, aprender, sentir e viver”, porém “ainda não existe, é algo para construir”³⁷.

Em razão disso, de maneira desfavorável, a noção de interculturalidade está ligada às lutas e à emancipação de povos, grupos e comunidades perdendo seu foco, por ser usadas pelas organizações internacionais, políticas de Estado, instituições que fazem parte da lógica neoliberal de reconhecimento da sociedade com diversidade cultural, fazendo-a trabalhar de maneira funcional³⁸, como assevera o filósofo peruano Fidel Tubino, uma “interculturalidade funcional”³⁹.

Por outro lado, a *interculturalidade*, desde seu lado crítico (em outras palavras, não funcional), complementa-se, com a *plurinacionalidade*, manifestada nas Constituições da Bolívia e do Equador, que buscam, numa perspectiva de não exclusão, reconhecer a pluralidade e as diferenças individuais e coletivas, questionar o modo de repensar e refundar a construção de uma sociedade com igualdade, equidade e justiça⁴⁰.

No entanto, apesar de se complementar a *interculturalidade* e a *plurinacionalidade*, pode o denominado *Novo Constitucionalismo* Latino-americano, com base no diálogo intercultural — entendido como um processo de transformação —, ⁴¹ garantir a diversidade cultural e identidade pluralista?

Em virtude desse questionamento, Raimundo Pannikar propôs o “diálogo dialógico”, o “diálogo entre culturas” que “tem como ponto de partida o respeito pelo diferente, com o objetivo de evitar que se tornem antagônicos”. Cenário do “diálogo entre culturas” que deve ser representado como um local de encontro “para discutir as diferenças, mas também as desigualdades”⁴², evitando as posições contraditórias e dualistas

³⁵ Admitindo os direitos da natureza, o *Pachamama* (como é chamada por alguns povos indígenas) e os direitos ao desenvolvimento do “bem viver”, enriquecendo os direitos coletivos das comunidades, povos e nacionalidades, quebrando com a clássica tradição ocidental de atribuição de direitos subjetivos somente para os seres humanos o que desloca a visão antropocêntrica.

³⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (org.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 30-31.

³⁷ WALSH, Catherine. *Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico*. abr. 2010. p. 6. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/ eventos/2005/esmpu-curso-pluralismo-juridico-e-interculturalidade/interculturalidad-critica-y-pluralismo-juridico/at_download/file Acesso em: 19 set. 2019.

³⁸ WALSH, Catherine. *Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico*. abr. 2010. p. 7. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/ eventos/2005/esmpu-curso-pluralismo-juridico-e-interculturalidade/interculturalidad-critica-y-pluralismo-juridico/at_download/file Acesso em: 19 set. 2019.

³⁹ Isto que dizer que tem como finalidade promover o diálogo, a convivência e a tolerância, sem levar em conta as desigualdades sociais e culturais, sem considerar elemento algum complementando a lógica do modelo neoliberal.

⁴⁰ WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa*, Bogotá, n. 9, p. 131-152, jul./dez., 2008. p. 14.

⁴¹ Sob a análises em que a cultura é concebida como um processo social em constante mutação, inacabado e sempre dinâmico, que acede às condições e contextos do momento, caracterizado por tentar manter a organização imodificável e o relacionamento dos indivíduos entre grupos. FARÍÑAS, María. Derecho e interculturalidad: el encuentro con el *otro*. In: BONFIM, Vinícius *et al.* (org.). *Interculturalidade, poder, direitos*. Curitiba: Appris, 2019. p. 22.

⁴² FARÍÑAS, María. Derecho e interculturalidad: el encuentro con el *otro*. In: BONFIM, Vinícius *et al.* (org.). *Interculturalidade, poder, direitos*. Curitiba: Appris, 2019. p. 36.

que levam a posições hierárquicas de cultura, poder e dominação. Não obstante, esse diálogo requer antes de tudo uma ruptura epistêmica que permita a construção de verdadeiras práticas sociais e culturais.

4.1 A interculturalidade como saída da homogeneização de dominação cultural

Dentro do contexto Latino-americano, a diversidade cultural se manifesta em vários níveis de compreensão racional e epistemológica. Por essa razão, um elemento a ser destacado é o fato de que a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, em comparação com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, está, significativamente, mais avançada em termos do reconhecimento dos direitos dos povos como sujeitos coletivos que são expressos, explicitamente, em sua Carta favorecendo uma maior participação.

Reconhecimento que permite visualizar um maior número de culturas dentro da região, mas que não significa que seja equivalente ao Novo Movimento Constitucional Latino-americano e seu reconhecimento *plurinacional* e *intercultural*, o que também não significa que o papel da Corte Interamericana seja subestimado. Sem dúvida, o Tribunal está contribuindo para a construção de pilares para a não exclusão e a opressão dos direitos sociais e culturais da região.

A esse respeito, a Corte Interamericana como possível instrumento de mudança internacional e defesa dos direitos humanos reflete posições e visões ocidentais, começando com o conceito de vida digna, reduzido a aspectos econômicos, sociais e culturais, deslocando a integração da autodeterminação dos povos e comunidades⁴³.

Concepções ocidentais que alguns países latino-americanos tentaram deslocar para incorporar uma nova dinâmica de consciência coletiva por meio de conceitos tradicionais como “*Sumak Kawsay*” e “*Suma Qamaña*”, que significa “*Buen vivir*” (Bem Viver) — utilizados pelos povos indígenas do Equador e da Bolívia — processo que os povos estão promovendo como resposta às crises sociais, econômicas e culturais⁴⁴.

Posição que David Choquehuanca, membro do povo Aymara, enfatiza ao expressar que o “*Buen vivir*” tenta valorizar o equilíbrio com a natureza, sua identidade cultural, seus costumes, tradições e democracia em comunidade,

Segundo o autor, no que diz respeito ao *Buen vivir*, a identidade dos povos indígenas é um elemento ainda mais importante que a dignidade. A concepção de uma vida digna que não esta aberta ao diálogo intercultural, afirma a necessidade de uma melhor qualidade de vida sem, ao mesmo tempo, exigir profundas mudanças estruturais, o que acaba por impor um modo de vida ocidental aos povos indígenas⁴⁵.

María José Fariñas afirma que o discurso fundamentalista se opõe à tentativa de democratizar esse tipo de relação, “na medida em que tenta ocultar, silenciar, excluir ou mesmo eliminar, aqueles que pensam de forma diferente ou a diferentes manifestações culturais”⁴⁶, por meio da imposição de elementos ideológicos; o que se traduz em um “sistema global de inclusão ou exclusão social baseado em pertenceres e identidades culturais, que alguns autores pretendem explicar como se fosse uma guerra cultural mundial”⁴⁷.

⁴³ SCETTINI, Andrea. Por un nuevo paradigma de protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas: un análisis crítico de los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 9, n. 17, dez. 2012. p. 70.

⁴⁴ SCETTINI, Andrea. Por un nuevo paradigma de protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas: un análisis crítico de los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 9, n. 17, dez. 2012. p. 70.

⁴⁵ CHOQUEHUANCA CÉSPEDES, David. Hacia la reconstrucción del vivir bien. *América Latina en Movimiento*, Quito, v. 34, n. 452, p. 8-13, fev. 2010. p. 11.

⁴⁶ FARINAS, María. Derecho e interculturalidade: el encuentro con el otro. In: BONFIM, Vinícius et al. (org.). *Interculturalidade, poder, direitos*. Curitiba: Appris, 2019. p. 22.

⁴⁷ FARINAS, María. Derecho e interculturalidade: el encuentro con el otro. In: BONFIM, Vinícius et al. (org.). *Interculturalidade, poder, direitos*. Curitiba: Appris, 2019. p. 31.

Em outras palavras, a diversidade cultural permite a identificação de diferentes contextos, situações e pensamentos pertencentes a vários grupos humanos, prevalecendo aqueles de maior assimilação ao sistema modernista aniquilando outras culturas consideradas contrárias do modelo dominante pela negação e não aceitação do que é diferente.

Produto dessas posições, imposições e desigualdades são criadas e podem ser resolvidas sob a predominância de igualdade substancial, um diálogo intercultural, isto é, capturar o melhor de cada cultura:

O objetivo deve ser facilitar a integração social de todos sem cair novamente, nem em uma concepção excessivamente diferenciada do vínculo social ou em uma apologia do que nos separa, nem em um imperialismo cultural que silencia ou inviabiliza outras culturas e outras práticas socioeconômicas. É necessário favorecer semelhanças mútuas e não provocar diferenças. Acentuar e antagonizar as próprias especificidades em detrimento das semelhanças é um sintoma de um analfabetismo histórico-cultural⁴⁸.

Para Boaventura de Sousa Santos, a interculturalidade exige justamente a crítica a essa dupla razão, superar as formas de multiculturalismo e pluralismo — que reforçam a superioridade e inferioridade do outro — para trabalhar num método que denomino “hermenêutica diatópica” que se baseia na alteridade e na solidariedade.

Assim, subsídios são dados para criar uma nova sociabilidade, outra verdadeira democracia, preocupada com o reconhecimento do sujeito político e sujeito de direitos que transpõe as concepções tradicionais. Desta forma, a interculturalidade será um desafio para os povos da nossa América, mas também será a oportunidade de mostrar ao mundo as potencialidades do nosso continente⁴⁹.

Nessa perspectiva, significa a aceitação da interculturalidade como ponto de partida para a construção do pensamento crítico, em contraposição a uma base hierárquica de interação com culturas diferentes previamente delineadas pelo sistema hegemônico de dominação, surgindo novas normas de interação e pensamentos que garantam o exercício dos direitos sociais, culturais sem limitações e predisposições já determinadas.

5 Considerações finais

A proteção dos direitos humanos, no âmbito internacional, tem avançado muito nos últimos anos, encontrando soluções para distintos problemas em relação à questão do reconhecimento e visibilidade do direito a diversidade cultural, especialmente predominante nos povos indígenas em razão de sua riqueza cultural, étnica e tradicional.

O reconhecimento supramencionado foi possível de forma substancial por meio da Convenção n. 169 da OIT, outorgando aos grupos, povos e comunidades tradicionais a capacidade para decidir sobre suas formas de vida, organização e governo. No entanto, o aumento indiscriminado de atividades exploradoras dos recursos naturais sustentadas por estruturas capitalistas com políticas neoliberais, aumenta, exponencialmente, o risco de extinção das comunidades e povos dos territórios afetados.

O SIDH desempenha papel fundamental nesse processo, uma vez que visa proteger os direitos de todas as pessoas e comunidades da região. Embora sua intervenção na luta contra o desconhecimento do direito à diversidade cultural tenha sido promissora, incluindo novas perspectivas nascentes na região latino-americana.

Com isso, faz-se referência ao fato de que, apesar de apresentar uma sólida base universal para a proteção dos direitos, ainda está ligada a uma visão limitada das concepções ocidentais, isto é, as concepções eurocen-

⁴⁸ FARINÑAS, María. Derecho e interculturalidad: el encuentro con el otro. In: BONFIM, Vinícius et al. (org.). *Interculturalidade, poder, direitos*. Curitiba: Appris, 2019. p. 40.

⁴⁹ BURCKHART, Thiago. América Latina, derechos humanos e interculturalidad: para una perspectiva emancipadora. *Derecho y Cambio Social*, nov. 2015. p. 18. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5456400.pdf> Acesso em: 18 set. 2019.

tristas enraizadas até hoje como resultado de um processo colonial.

O trabalho do SIDH não inferioriza ou indica a eliminação de suas estruturas ou formas de interpretação, mas, muito pelo contrário, propõe uma análise e estudo aprofundados das novas formas de interpretação que estão se expandindo pela região da América Latina, apresentando uma visão inovadora que rompe com os antagonismos, dominação e exclusão, estabelecendo formas de comunicação intercultural por meio de novos conceitos.

A preservação das diferenças culturais e tutela da memória cultural baseiam-se nas novas perspectivas sociais que pregam o respeito às diferenças e a não homogeneização do pluralismo humano. A fraternidade humana por meio da interculturalidade e a conservação dos valores e saberes perdidos, visa estimular o diálogo entre culturas, respeito mútuo e empatia entre os povos como instrumento para efetivação da dignidade da pessoa humana e resolução pacífica de conflitos.

Nesse sentido, os sistemas de proteção de Direitos Humanos trouxe novas visões sobre a interpretação e compreensão do mundo, com o desafio de buscar novas formas de interpretação e proteção que garanta o bem viver das comunidades, concretizando um entendimento que englobe as diferenças entre as culturas, tutelando o exercício dos direitos dos distintos grupos da sociedade por meio do diálogo intercultural, como foco transformador e criador de novas visões dentro de uma sociedade ainda subjugada ao pensamento da colonialidade para fortalecer os elementos diferenciadores de raça, classe e etnia, reconstruindo uma sociedade que exalta a diversidade humana em todos os aspectos.

Referências

- AZEVEDO NETO, Planton Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas cortes internacionais de justiça*. São Paulo: LTr, 2017.
- BURCKHART, Thiago. América Latina, derechos humanos e interculturalidad: para una perspectiva emancipadora. *Derecho y Cambio Social*, nov. 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5456400.pdf> Acesso em: 18 set. 2019.
- CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito social*. São Paulo: LTr, 1980.
- CHOQUEHUANCA CÉSPEDES, David. Hacia la reconstrucción del vivir bien. *América Latina en Movimiento*, Quito, v. 34, n. 452, p. 8-13, fev. 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Igualdade de direitos: conquista da humanidade. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista (coord.) *Direitos humanos: entre a utopia e a contemporaneidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- FAJARDO, Raquel. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a ladescolonización. In: GARAVITO, César. *El derecho em América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico Del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo V Eintiuno Editores, 2011.
- FARIÑAS, María. Derecho e interculturalidad: el encuentro con el otro. In: BONFIM, Vinícius et al. (org.). *Interculturalidade, poder, direitos*. Curitiba: Appris, 2019.
- GABRIEL, Amélia Regina Mussi. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e os direitos fundamentais sociais. In: LUNARDI, Soraya (coord.). *Direitos fundamentais sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GOMES, Eduardo Biacchi; MORAES, George Rezende. A capacidade processual dentro da Corte Interamericana de Direitos Humanos como instrumento de concretização de direitos. In: SARLET, Ingo Wolf-

- gang et al. (org.) *Direitos humanos e fundamentais na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- GONTIJO, André Pires. O desenvolvimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, p. 409-423, n. especial, 2015.
- GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. Políticas públicas e etnodesenvolvimento com enfoque na legislação indigenista brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. esp., p. 374-390, 2015.
- IBAÑEZ RIVAS, Juana María. La dignidad humana y los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barro. *El respecto a La dignidad de La persona humana*. Fortaleza: IBDH/IIDH, 2015. p. 183-211.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*. San José: IIDH, 2008.
- KANT, Immanuel. *Para a paz perpétua*. Galiza: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.
- LAZARTE, Renata Bregaglio. ¿Verdadera indivisibilidad? Las consencias de la judicialización indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antônio Moreira (org.). *A eficácia nacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estudo plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- MÁRQUEZ, Marta Albert. *Derecho y valor: una filosofía jurídica fenomenológica*. Madrid: Ediciones Encuentro, 2004.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Diritto sociali: origini e concetto. *Sociologia Del Diritto*, n. 1, p. 33-50, 2000.
- NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Breve história do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. 2011. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em: 29 maio 2019.
- PIOVESAN, Flávia. Diálogo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: desafios da reforma. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação dos direitos humanos. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2011.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- ROBLES, Manuel E. Ventura. Impacto de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 56, 2012.
- ROBLES, Manuel E. Ventura. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Novas perspectivas de direito internacional contemporâneo*:

estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHETTINI, Andrea. Por un nuevo paradigma de protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas: un análisis crítico de los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *SUR - Revista Internacional de Derechos Humanos*, São Paulo, v. 9, n. 17, dez. 2012.

VELOSO, Pedro Augusto Franco. Efetivando o Sistema Interamericano: os procedimentos para acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o trâmite até a Corte. In: OLIVEIRA, Márcio Luís (coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: interface com o direito contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

VIDAL, Daiane; LOCATELI, Cláudia. Interculturalidade: matriz de fundamentação das constituições do Equador e da Bolívia. In: WOLKMER, Antônio; CAOVIOLA, Maria. *Temas atuais sobre o constitucionalismo latino-americano*. Leopoldo: Karywa, 2015.

WALSH, Catherine. *Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico*. abr. 2010. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/eventos/2005/esmpu-curso-pluralismo-juridico-e-interculturalidade/interculturalidad-critica-y-pluralismo-juridico/at_download/file Acesso em: 19 set. 2019.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa*, Bogotá, n. 9, p. 131-152, jul./dez., 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (org.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

WOLKMER, Antonio. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

Un aporte a la protección de los derechos humanos en Latinoamérica: la actividad del *Ombudsman Criollo* en tribunales de justicia

A contribution to the protection of human rights in Latin America: the activity of the *Criollo Ombudsman* in courts of justice

Juan Pablo Díaz Fuenzalida

Un aporte a la protección de los derechos humanos en Latinoamérica: la actividad del *Ombudsman Criollo* en tribunales de justicia

A contribution to the protection of human rights in Latin America: the activity of the *Criollo Ombudsman* in courts of justice

Juan Pablo Díaz Fuenzalida**

Resumen

El presente trabajo estudia la actividad del *Ombudsman Criollo* en tribunales de justicia. Para ello, se sintetizan las principales doctrinas sobre su actividad en casos judicializables o judicializados; se revisa la experiencia española por su influencia y similitudes en Latinoamérica en la materia; y, cristaliza la investigación con el análisis de la actividad de la institución en estudio en los tribunales de justicia. La metodología va de lo general a lo particular, considerando en su desarrollo doctrina jurídica, análisis de normativa y de informes defensoriales que constatan la actividad de la figura jurídica en estudio. Destaca como conclusión que, en general, los *Ombudsman Criollos* tienen más atribuciones que la institución original nórdica (de Suecia), siendo sujetos activos legitimados para presentar una serie de acciones y recursos judiciales para proteger derechos humanos, pero que, en la práctica, las utilizan escasamente, a excepción del caso de Colombia. Sin embargo, a pesar de que la actividad judicial es una atribución adicional a la idea original de la institución, si se utilizan los recursos o acciones judiciales con prudencia se puede seguir siendo una magistratura de opinión, consiguiendo sentencias ejemplares o casos emblemáticos para mejorar su persuasión.

Palabras clave: *Ombudsman Criollo*. Defensoría del Pueblo. Protección de los derechos humanos. Acciones y recursos judiciales. Tribunales de justicia.

Abstract

This paper studies the activity of the *Criollo Ombudsman* in courts of justice. For this, the main doctrines about their activity in judicialized or judicialized cases are synthesized; the Spanish experience is reviewed for its influence and similarities in Latin America in the matter; and, the investigation crystallizes with the analysis of the activity of the institution under study in the courts of justice. The methodology goes from the general to the particular, considering in its development legal doctrine, analysis of regulations and defense reports that confirm the activity of the legal figure under study. It emphasizes as a conclusion that, in general, the *Criollo Ombudsmen* have more powers than the original Nordic institution (of Sweden), being legitimate active subjects to present a series of actions and judicial resources to protect

* Recibido em 26/07/2019
Aprovado em 16/08/2019

** Doctor en Derecho, Máster en Gobernanza y Derechos Humanos, ambos por la Universidad Autónoma de Madrid; Magister en Docencia Universitaria, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, ambos por la Universidad Autónoma de Chile; profesor de Derecho Constitucional e investigador adscrito al Instituto de Investigación en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile; Editor alterno de la Revista Justicia y Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. Dirección postal: Avenida Pedro de Valdivia 425, Providencia, Santiago de Chile. E-mail : juanpablo.diaz@uautonoma.cl

human rights, but that, in practice, they use sparingly, except for the case of Colombia. However, despite the fact that judicial activity is an additional attribution to the original idea of the institution, if judicial resources or actions are used wisely, it can continue to be an opinion magistracy, obtaining exemplary sentences or emblematic cases to improve its persuasion.

Key words: *Criollo Ombudsman*. *Ombudsman's Office*. Protection of human rights. Judicial actions and remedies. Courts of justice.

1 Introducción

La institución denominada *Ombudsman*, en Suecia, que fue donde se originó y consagró por primera vez en su Constitución de 1809, se ha expandido por gran parte del mundo. Ello se constata, con la creación del Instituto Internacional del Ombudsman, que hoy se integra por más de 170 instituciones, con representación de 90 naciones y de todos los continentes¹. Así, se ha propagado la figura jurídica en diversos países, evidentemente con distintos nombres², aunque manteniendo su esencia. Sin embargo, en la implementación de la figura jurídica original de Suecia (también bautizada como la versión nórdica) se ha ido modificando, añadiéndole nuevas funciones y atribuciones, lo que ocurre especialmente en el caso latinoamericano.

En efecto, las defensorías en el continente americano, además de contener en su organización y funcionamiento la forma clásica de *Ombudsman*, es decir, como órgano de control de la administración pública a través de *auctoritas* y no de *potestas*, se añade la defensa, protección y promoción de los derechos humanos³. De ahí surge el denominado *Ombudsman Criollo*, del que se ha dicho que ha superado o al menos no se agota en la figura original⁴. Es así como de dichas nuevas atribuciones o funciones, se convierte en sujeto activo legitimado de una serie de acciones y recursos judiciales.

Así, la presente investigación se plantea como objetivo general estudiar la actividad del *Ombudsman Criollo* en tribunales de justicia. Para lograr aquello, es menester determinar los objetivos específicos que tributen para ello. En efecto, estos son:

- 1 - Sintetizar las principales doctrinas sobre la actividad en casos judicializables o judicializados del *Ombudsman*. Con ello se forma una especie de marco teórico para la investigación.
- 2 - Revisar la experiencia en la materia del Defensor del Pueblo español. Ello, ya que es una referencia indispensable que sirve al caso latinoamericano por la influencia que ha tenido en el continente.
- 3 - Analizar la actividad judicial de las Defensorías del Pueblo en Latinoamérica. Con este objetivo cristaliza la investigación, pudiendo responder al objetivo general y alcanzar conclusiones.

En cuanto a la metodología, se utilizará doctrina jurídica sobre el tema en estudio. Además, se analizará normativa sobre las atribuciones, como también se revisarán informes de desempeño que presentan las defensorías, en general, anualmente a los respectivos congresos nacionales. También, se sigue un estudio de Derecho Constitucional Comparado Latinoamericano, considerando países de relevancia en nuestro conti-

¹ INSTITUTO INTERNACIONAL DEL OMBUDSMAN. *Folleto de información*: qué es el IIO. Disponible en: http://www.theioi.org/downloads/e1o4g/oi-folder_2015_es.pdf. Acceso en: 25 mayo 2019.

² En efecto, podemos recordar, entre otros, los siguientes casos: el Defensor del Pueblo en España, el Proveedor de Justicia en Portugal, el *Médiateur de la République* en Francia y, en general, las llamadas Defensorías del Pueblo en Latinoamérica, o indistintamente como Alto Comisionado del parlamento, por ser en general elegidos por los respectivos órganos de representación (especialmente en Europa).

³ MAIORANO, Jorge Luis. El Defensor del Pueblo en América Latina. Necesidad de Fortalecerlo. *Revista de Derecho*. Valdivia, v. 12, p. 191-198, diciembre. 2001.

⁴ IRAÍZOS, María. *La eficacia del Defensor del Pueblo en Iberoamérica*. Expansión y caracterización como Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Madrid: editorial Dykinson, 2012.

nente que han integrado la figura jurídica a su ordenamiento jurídico nacional. En este último sentido, por ejemplo, se excluye a Chile por no contemplar la institución.

2 Principales doctrinas sobre la actividad en casos judicializables o judicializados del *Ombudsman*.

Una de las actividades a considerar es la eventual participación en procesos judiciales. Una de las misiones de los altos comisionados nórdicos ha sido la de interponer recursos ante tribunales de justicia. En ese sentido, es una práctica en Suecia que la institución pueda hacer lo necesario para impulsar y ayudar a las partes a presentar medios de impugnación⁵. Esto, no sólo porque los defensores deben supervisar a la Administración, sino que en general la legislación, sobre todo sus leyes orgánicas, le otorgan un abanico de posibilidades para hacer efectivo su cometido principal⁶. Sin embargo, estas facultades han sido consideradas como extraordinarias, e inclusive en un comienzo como inéditas⁷. Efectivamente, tiene sentido lo anterior, pues es una institución de *auctoritas*, que intenta convencer y no vencer a la Administración, y, precisamente, en un juicio una sentencia dará por ganador a una de las partes.

Particularmente en materia de derechos humanos, es relevante que el *Ombudsman* pueda ejercerse el recurso de amparo, ya sea como proceso, acción o recurso. Dicha herramienta procesal es uno de los medios más importantes en la protección de los derechos esenciales de los ciudadanos, sobre todo en ordenamientos de derecho positivo⁸. Sin embargo, las defensorías también pueden actuar en la jurisdicción ordinaria, buscando responsabilidad administrativa, civil o penal⁹. Aunque esta materia ha de ser considerada de especial atención a la hora de regular, para así evitar que los altos comisionados se vean obligados a interponer una cantidad extensa de acciones o recursos judiciales. A ese respecto, se ha hecho factible establecer que los defensores puedan celebrar convenios de colaboración con instituciones, como escuelas de derecho, consultorios jurídicos, entre otros, para que estos realicen las presentaciones judiciales pertinentes¹⁰.

No obstante, a lo anterior, en general, en materia de justicia ordinaria, se ha considerado que el *Ombudsman* no debe actuar. En efecto, los altos comisionados ya actúan de cierto modo, pero de forma previa a los juicios, a través de sus procedimientos de quejas, con lo que el interesado tendrá una resolución motivada en relación con su caso¹¹. Todo lo demás está en el campo de las excepciones, salvo que se quiera desnaturalizar o modificar la figura original.

Por otro lado, es interesante que los altos comisionados puedan interponer recursos constitucionales, pues es una construcción de la Constitución “desde abajo”. El objetivo de cualquier Carta Magna es la integración política, para que haya una identificación de los ciudadanos con el Estado. Que mejor que vaya colaborando en la formación del bloque de constitucionalidad quien realiza un constante diagnóstico ciudadano¹². De ahí que hay autores que consideren que es una manera, siendo en algunos ordenamientos la única

⁵ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El defensor del Pueblo: Ombudsman*. Tomo I. Parte General. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

⁶ REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *La Institución del Ombudsman en España*. Madrid: editorial Dykinson, 2013.

⁷ CARBALLO ARMAS, Pedro. *El defensor del Pueblo: el Ombudsman en España y en el Derecho Comparado*. Madrid: editorial Tecnos, 2003.

⁸ GIL RENDÓN, Raymundo. El Ombudsman y los derechos humanos. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Derecho Procesal Constitucional*. 4. ed. Tomo II. México, 2003. p. 1429-1467.

⁹ CARBALLO ARMAS, Pedro. *El defensor del Pueblo: el Ombudsman en España y en el Derecho Comparado*. Madrid: editorial Tecnos, 2003.

¹⁰ TREJOS, Gerardo. *El defensor de los habitantes: el Ombudsman*. San José: editorial Juricentro, 1992.

¹¹ PÉREZ CALVO, Alberto. Artículo 54: El defensor del pueblo. En: ALGAZA VILLAAMIL, Oscar (dir.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV. (Artículos 39 – 55). Madrid: editorial Edersa, 1997. p. 531-580.

¹² ESCOBAR ROCA, Guillermo. Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo (análisis empírico, reconstrucción dogmática y propuesta del futuro). *Revista Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid, n. 26. p. 229-258, 2010.

opción con el recurso de inconstitucionalidad, de que un ciudadano común y corriente pueda interponer acciones constitucionales contemplados para determinadas fuerzas políticas, como grupos de parlamentarios, jefes de gobierno, entre otros¹³. Es decir, es el *Ombudsman*, que representaría al ciudadano promedio ante o en contra el propio parlamento nacional.

Sin embargo, esta facultad no es usual en todas las naciones. En Europa occidental, por ejemplo, son contados los altos comisionados que son sujetos activos legitimados para interponer recursos constitucionales, destacando el caso de España, Portugal y Austria. Sin embargo, es común que lo sean las defensorías en países de Europa del Este, como Hungría, Polonia, Rumania, Estonia y Letonia. Más extendido aún en Latinoamérica, prácticamente todos consideran a su haber una serie de medios procesales para ejercerlos en tribunales. Pero, lo que difiere en este último caso es sobre qué acciones o recursos se considerará en sus atribuciones, como el de inconstitucionalidad, de amparo, *habeas corpus*, por nombrar algunos, y qué limitaciones habrá en cada uno de ellos, como que también tendrán distintas vías procesales para su correcta tramitación¹⁴. Es decir, países con o sin legitimación activa, lo que variará son los recursos o acciones que podrá interponer en cada Estado.

En la misma idea y, a pesar de las divergencias que puede haber en la mayoría de las legislaciones al respecto, hay aspectos en común. En efecto, destaca que la mayoría de los países son democracias más o menos recientes, en los que la justicia constitucional tiende a mezclar elementos de los sistemas difusos y concentrados de control de constitucionalidad. Asimismo, en aquellos que se ha ampliado a los sujetos activos legitimados para acceder al Tribunal Constitucional con el objeto de acercar la justicia fundamental al ciudadano. Además, se comparte que los *Ombudsman* configuran expresamente como órgano de garantía de los derechos fundamentales, es decir, no sólo de control de la Administración, distanciándose entonces de la idea original que se atribuía a las figuras nórdicas¹⁵.

Por otro lado, hay algunos, como Colomer Viadel que han propuesto más atribuciones para los altos comisionados. En efecto, ha considerado que estas instituciones debieran estar legitimadas, de alguna forma y bajo ciertas condiciones para promover convocatorias de referéndum, de manera que fuera el pueblo soberano quien tenga la última palabra sobre cuestiones de especial relevancia. Sería más o menos la recuperación de los vetos del tribuno de la plebe, en que se evitaba abusos de los patricios respecto de los plebeyos. Señala el autor que, si bien, no se está en el juego político dual como en la antigua Roma, si podría convenir de otorgar dicha facultad ante excesos de los partidos políticos y la situación de ciudadanos que en ocasiones son testigos mudos e inermes, reducidos al simple ejercicio del derecho de sufragio¹⁶. Sin embargo, si una norma es injusta, excesiva, ilegal, arbitraria y/o inconstitucional, hay otras vías idóneas, como el recurso de inconstitucionalidad, del que en ciertos ordenamientos jurídicos es sujeto activo legitimado.

Siguiendo la idea anterior, en concreto, el recurso de inconstitucionalidad contribuye a la independencia funcional del *Ombudsman* respecto del Parlamento¹⁷. Efectivamente lo es, puesto que dicha herramienta jurídica se utiliza en contra de una ley, es decir, el alto comisionado impugna una norma del órgano que lo ha elegido y de quien luego a quien debe rendir cuentas de su gestión.

En cuanto a la institución en Iberoamérica, en general, salvo algunas excepciones tienen la particularidad de ser sujetos activos legitimados para interponer recursos judiciales. En todo caso, son facultades que exceden las originales de los altos comisionados. Hay autores que, indican que, más allá de algunos recursos

¹³ ASTARLOA VILLENA, Francisco. *El Defensor del Pueblo en España*. Palma: Universitat de les Illes Balears, 1994.

¹⁴ DÍAZ CREGO, María. Defensor del pueblo y justicia constitucional: entre la declaración de intenciones y el exceso competencial. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid, n. 26, p. 307-352, 2010.

¹⁵ DÍAZ CREGO, María. Defensor del pueblo y justicia constitucional: entre la declaración de intenciones y el exceso competencial. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid, n. 26, p. 307-352, 2010.

¹⁶ COLOMER VIADEL, Antonio. La independencia del defensor del pueblo frente a los partidos políticos. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 26, p. 353-368, 2010.

¹⁷ PÉREZ-UGENA COROMINA, María. *El defensor del pueblo y Cortes Generales*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1996.

de tutela de derechos, no necesariamente aportan realmente una ventaja comparativa de significancia. En efecto, el éxito de las defensorías reside en su informalidad y en su carácter no jurisdiccional, es decir, apartándose de los litigios del sistema tradicional¹⁸. Sin embargo, en aquellos casos en que los particulares no tengan medios económicos para ejercer acciones o recursos se hace necesario considerar una institución que los pueda representar. Y, suma además en estos su independencia respecto de la Administración e incluso del Parlamento, por lo que orgánicamente es más idóneo que alguna agencia o servicio del Estado, si es este último quien haya vulnerados los derechos a los ciudadanos.

3 Una referencia indispensable que sirve al caso latinoamericano. La experiencia sobre el Defensor del Pueblo español.

Por la influencia y similitudes que existen entre el Defensor del Pueblo español con las defensorías latinoamericanas, es menester considerarlo en el presente texto de estudio. Según la doctrina¹⁹, e incluso en la historia constitucional y legislativa en Latinoamérica consta la colaboración en la creación y desarrollo de la figura jurídica en nuestro continente de mismísimos Defensores del Pueblo españoles. Por ejemplo, en el caso de Costa Rica, el proyecto de ley de creación de la institución fue consecuencia de una Comisión que funcionó desde el Ministerio de Justicia y contó con la colaboración del Defensor del Pueblo de España del momento, Álvaro Gil-Robles²⁰. Posteriormente, colaboro el Dr. Antonio Rovira Viñas, Defensor del Pueblo en funciones en distintos Capítulos del *Ombudsman* en Latinoamérica, por nombrar algunos casos.

En efecto, en el caso del Defensor del Pueblo español, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 32.1 de su ley orgánica, está legitimado para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo²¹, siendo un acto propio de la institución, aunque la atribución pueda ser ejercida de oficio o a petición de parte²². Como demuestra Fernández Segado es el único órgano constitucional de España que está legitimado para interponer ambas herramientas jurídicas²³. No sólo su ley orgánica se lo permite, sino que también lo autoriza la Constitución²⁴ ²⁵ y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional²⁶, según se dispone en los artículos 32.1 y 46. Es una facultad jurídico-política que no deja de ser llamativa, sobre todo porque la carta magna española es parca a la hora de conceder legitimación para promover procesos de declaración de inconstitucionalidad. Esta función recalca que el Defensor no sólo controla a la Administración, no hace una mera

¹⁸ IRÁIZOS, María. *La eficacia del Defensor del Pueblo en Iberoamérica*. Expansión y caracterización como Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Madrid: editorial Dykinson, 2012.

¹⁹ Por citar sin necesidad de sobre abundar al respecto a: NÚÑEZ RIVERO, Cayetano; FERNÁNDEZ ALLER, Celia. El defensor del pueblo en Centroamérica. Análisis comparado. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid, n. 26, p. 452-468, 2010.

²⁰ COSTA RICA. Defensoría de los Habitantes. *Informe Anual de Labores 2017-2018*. 2018. Disponible en: http://www.dhr.go.cr/transparencia/informes_institucionales/informes/labores/documentos/if2017_2018.pdf. Acceso en: 02 abr. 2019.

²¹ ESPAÑA. *Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril*, del Defensor del Pueblo, última actualización publicada el 4 de noviembre de 2009. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1981/04/06/3/con>. Acceso en: 25 mayo 2019.

²² ASTARLOA VILLENA, Francisco. *El Defensor del Pueblo en España*. Palma: Universitat de les Illes Balears, 1994.

²³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El estatuto jurídico constitucional del Defensor del Pueblo en España. *Ius et Praxis*, Talca, v. 7, n. 1, p. 47-108, 2001.

²⁴ En cuanto al recurso de inconstitucionalidad la carta fundamental española es restrictiva, pues sólo pueden interponer dicha herramienta jurídica, además del Defensor del Pueblo, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas, según dispone el artículo 162.1. ESPAÑA. *Constitución Española* [Constitución (1978)], última actualización publicada el 27 de noviembre de 2011. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/com](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/com). Acceso en: 25 mayo 2019.

²⁵ En cuanto al recurso de amparo, la carta fundamental española no es tan restrictiva, puesto que pueden interponer dicha herramienta jurídica, además del Defensor del Pueblo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo también el Ministerio Fiscal, según dispone su artículo 162.1 b). ESPAÑA. *Constitución Española* [Constitución (1978)], última actualización publicada el 27 de noviembre de 2011. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/com](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/com). Acceso en: 25 mayo 2019.

²⁶ ESPAÑA. *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre*, del Tribunal Constitucional, última actualización publicada el 17 de octubre de 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/10/03/2/con>. Acceso en: 25 mayo 2019.

supervisión de los poderes públicos, sino que vela por la protección de los derechos fundamentales²⁷. Y, así es, pues una norma de rango legal también puede afectar derechos de los ciudadanos. Ergo, estas atribuciones superan la idea original de *Ombudsman*, pero manteniendo su espíritu que es la defensa de los derechos de las personas, del ciudadano frente al Estado.

Sin embargo, en doctrina se ha discutido si debe o no tener el Defensor del Pueblo dichas atribuciones, especialmente lo relativo al recurso de inconstitucionalidad. Algunos, como La PÉRGOLA, consideran que debe ser una magistratura de persuasión y no de acción, por lo que reniega totalmente de dicha facultad²⁸, y, en la misma idea PÉREZ CALVO puesto que es una institución de opinión²⁹. O, como han manifestado los ex Altos Comisionados en Finlandia, consideran que es una excepcionalidad y singularidad, por lo que debe utilizarse con poca frecuencia y en ningún caso si ya ha sido utilizado por otros³⁰. Esto, puesto que es una atribución en cierta forma extraña y hasta contradictoria³¹, porque el Defensor es también un representante del Parlamento, quien a su vez podrá impugnar una norma de éste, que es quien lo eligió y supervisará su gestión con los informes anuales.

De todas formas, siendo el recurso de inconstitucionalidad un cauce de impugnación directa de las normas de rango de ley que se orienta a la defensa “objetiva” del orden constitucional³², Soriano Díaz no observa mayores problemas en que el Defensor pueda ostentar dicha atribución. El asunto será que interponga el recurso con prudencia, sin utilizar el recurso con intereses políticos partidistas o similares, pues sino quedará en descredito la institución³³ lo que le generará una pérdida de *auctoritas*, que es la atribución fundamental de la figura jurídica. Es decir, debe representar al pueblo en general y no un partido político en particular.

Pero, aunque sea doctrinalmente discutible, la atribución de interponer el recurso de inconstitucionalidad, en el debate a nivel político no fue extenso en esta materia. En general se proponía más o menos competencias, llegando algunos a considerar que los defensores autonómicos³⁴ también estuvieran legitimados. Sin embargo, la única enmienda en contra fue la de un único grupo de representación, el de Unión de Centro Democrático³⁵, liderado por Adolfo Suarez, quien fue además Presidente de Gobierno. En efecto, la enmienda estaba dirigida a eliminar la facultad de interposición del recurso de inconstitucionalidad en el Anteproyecto de Constitución³⁶. No obstante, a ello, el Defensor en España es sujeto activo legitimado para presentar dicho recurso.

Sin embargo, y, sin perjuicio de las reticencias que se pueda tener con la atribución, se evidencia que los recursos han sido utilizados con mesura. Así lo ha constatado Rebollo Delgado, en un estudio sobre la

²⁷ SÁNCHEZ SAUDINÓS, José Manuel. El control parlamentario indirecto: el Defensor del Pueblo. In: PALOMAR OLMEDA, Alberto; GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario (dir.). *La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades. Los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad*. España: editorial Aranzadi, 2013. p. 233-290.

²⁸ LA PÉRGOLA, Antonio. Ombudsman y Defensor del Pueblo: apuntes para una investigación comparada. *Revista de estudios políticos*. Madrid, n. 7, p. 69-92, 1979.

²⁹ PÉREZ CALVO, Alberto. Rasgos esenciales del Defensor del Pueblo según la Constitución y la Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril. *Revista de Derecho Público*. Madrid, n. 11, p. 67-82, 1981.

³⁰ REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *La Institución del Ombudsman en España*. Madrid: editorial Dykinson, 2013.

³¹ SÁNCHEZ SAUDINÓS, José Manuel. El control parlamentario indirecto: el Defensor del Pueblo. In: PALOMAR OLMEDA, Alberto; GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario (dir.). *La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades. Los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad*. España: editorial Aranzadi, 2013. p. 233-290.

³² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El estatuto jurídico constitucional del Defensor del Pueblo en España. *Ins et Praxi*, Talca, v. 7, n. 1, p. 47-108, 2001.

³³ SORIANO DÍAZ, Ramón Luis. Los puntos negros de la institución del Defensor del Pueblo. *Jueces para la Democracia*. España, n. 35, p. 3-9, 1999.

³⁴ En España se les denomina Defensores Autonómicos, precisamente a los que existen por cada Comunidad Autónoma, como, por ejemplo, el Defensor del Pobo de Galicia, el *Sindic de Greuges* de Cataluña, el Defensor del Pueblo de Andalucía, el Ararteko en el País Vasco, entre otros.

³⁵ Partido político que duró menos de diez años constituido, disolviéndose los primeros años de los años 80, aunque tuvo relevancia en el proceso de transición a la democracia en España.

³⁶ DÍAZ CREGO, María. Defensor del pueblo y justicia constitucional: entre la declaración de intenciones y el exceso competencial. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid, n. 26, p. 307-352, 2010.

institución desde poco más de treinta años de vigencia. Indica que se han presentado con responsabilidad, fundamento jurídico y que han tenido buenos resultados, reflejándose en las estimaciones por el Tribunal Constitucional. Es más, de no tener dichas competencias, especialmente el del recurso de inconstitucionalidad, quedaría dicha herramienta jurídica sólo para los grandes partidos políticos, quedando desprotegidos en determinados casos los ciudadanos³⁷. Por ello, vale la pena, a pesar de las discusiones y reticencias doctrinarias, mantener la legitimidad del Defensor respecto a este tipo de recursos en favor de la ciudadanía.

En cuanto al recurso de amparo, es una facultad menos controvertida y mucho más vinculada con la función de la propia institución del Defensor del Pueblo, aunque pese a ello, ha sido muy poco utilizada. En el debate político fue controvertida también por el mismo grupo, el de Unión del Centro Democrático, que quería alejar al alto comisionado de toda opción de acceder a funciones jurisdiccionales, recortando todas las vías de acción o recurso que le reconocía la Constitución, para más bien centrarse en el control del actuar administrativo³⁸. Quería seguirse con una implementación de la figura jurídica original nórdica, sin hacer mayores variaciones.

A mayor abundamiento, el recurso de amparo no conlleva, al contrario de lo que ocurre con el recurso de inconstitucionalidad, sesgos políticos. En efecto, cualquier ciudadano puede interponerlo³⁹ ante el tribunal que corresponda de acuerdo a la legislación de cada país. De manera que se trataría más de una ayuda social, en el sentido de contribuir con asistencia jurídica gratuita con el interesado. Sería complejo, en todo caso, si un político fuera el afectado o bien, cuando se litiga justamente en contra de la Administración, o más bien, respecto de decisiones de jefes de servicio que generalmente son cargos de confianza política y, por tanto, de los gobernantes del momento.

Lo mismo ocurriría con la legitimación para presentar el *Hábeas Corpus*, aunque puede que varíe de acuerdo a la legislación y a la jurisprudencia de cada país. En general cualquier persona puede interponerlo, pero después del caso de Algeciras Acoge⁴⁰ resuelto por el Tribunal Constitucional de España, en el que analiza requisitos procesales para ser legitimando en la interposición del *Hábeas Corpus*, aparece oportuno que también se señale expresamente que los Altos Comisionados sean sujetos activos legitimados de dicho recurso.

Otro asunto relevante que se ha constatado con la experiencia española es el enfoque que le da el Defensor a la interposición de los recursos. En efecto, el alto comisionado no tiene una visión meramente expositiva, sino que, en contraste, su doctrina ofrece una perspectiva constitucional mucho más amplia. Esto es así por al menos dos razones. Primero, por la extensión de sus ámbitos de actuación, como lo son por ejemplo en derechos sociales, derechos colectivos entre otros. Y, segundo, por ser menos legalista en su argumentación, sobre todo cuando persuade a la Administración⁴¹. Es decir, a través de sus recursos, no sólo intentará ganar un caso, sino que influenciar, sentar doctrina directa o indirectamente con los resultados del fallo.

En cuanto a los recursos de inconstitucionalidad, hasta fines de 2016 el Tribunal Constitucional español ha resuelto pocos casos respecto del fondo en que haya participado el Defensor del Pueblo, en total son sólo 19 procesos. En ese sentido, seis han sido estimados, cinco con estimación parcial, siete desestimados y uno con pérdida sobrevenida del objeto del recurso con desestimación en lo demás. Dos de dichos recursos también fueron presentados por otros actores, el primero por 54 diputados, que fue desestimado, y el segundo por senadores y el Presidente de Gobierno, que fue estimado (respecto una ley autonómica). De manera que se ha utilizado limitadamente, es decir, cuando ha sido estrictamente necesario, o aún menos. Sin embargo, hace ruido o es al menos discutible que pueda seguir sus actuaciones cuando otros actores, incluso políticos

³⁷ REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *La Institución del Ombudsman en España*. Madrid: editorial Dykinson, 2013.

³⁸ DÍAZ CREGO, María. Defensor del pueblo y justicia constitucional: entre la declaración de intenciones y el exceso competencial. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid, n. 26, p. 307-352, 2010.

³⁹ PÉREZ-UGENA COROMINA, María. *El defensor del pueblo y Cortes Generales*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1996.

⁴⁰ ESPAÑA. Tribunal Constitucional. *Sentencia 154/2016*. 22 de septiembre de 2016.

⁴¹ ESCOBAR ROCA, Guillermo. Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo (análisis empírico, reconstrucción dogmática y propuesta del futuro). *Revista Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid, n. 26. p. 229-258, 2010.

hayan presentado o tengan real interés en presentar el mismo recurso, habiendo riesgo de politización hacia un sector. El detalle de lo expresado se encuentra a continuación:

Tabla N° 1: Recursos de inconstitucionalidad presentados por el Defensor del Pueblo de España hasta 2016

N°	Recurso	Sentencia	Estado
1	Recurso de inconstitucionalidad 687-1983	SENTENCIA 20/1985, de 14 de febrero	Estimado
2	Recurso de inconstitucionalidad 208-1984	SENTENCIA 26/1985, de 22 de febrero	Estimado
3	Recurso de inconstitucionalidad 256-1985	SENTENCIA 72/1985, de 13 de junio	Estimado
4	Recurso de inconstitucionalidad 880-1985	SENTENCIA 115/1987, de 7 de julio	Estimación parcial
5	Recurso de inconstitucionalidad 263-1985	SENTENCIA 160/1987, de 27 de octubre	Desestimado
6	Recurso de inconstitucionalidad 257-1985	SENTENCIA 150/1990, de 4 de octubre	Desestimado
7	Recurso de inconstitucionalidad 993-1985	SENTENCIA 101/1991, de 13 de mayo	Desestimado
8	Recurso de inconstitucionalidad 440-1986	SENTENCIA 75/1992, de 14 de mayo	Desestimado
9	Recurso de inconstitucionalidad 1324-1997	SENTENCIA 225/1998, de 25 de noviembre	Desestimado
10	Recurso de inconstitucionalidad 1259-1997	SENTENCIA 274/2000, de 15 de noviembre	Estimación parcial
11	Recurso de inconstitucionalidad 219-1993	SENTENCIA 290/2000, de 30 de noviembre	Pérdida sobrevenida del objeto y desestimación en lo demás
12	Recurso de inconstitucionalidad 1463-2000	SENTENCIA 292/2000, de 30 de noviembre	Estimado
13	Recurso de inconstitucionalidad 2994-1994	SENTENCIA 53/2002, de 27 de febrero	Desestimado
14	Recurso de inconstitucionalidad 1555-1996	SENTENCIA 95/2003, de 22 de mayo	Estimación parcial
15	Recurso de inconstitucionalidad 663-1998,	SENTENCIA 31/2006, de 1 de febrero	Estimado
16	Recurso de inconstitucionalidad 1423-1999	SENTENCIA 45/2007, de 1 de marzo	Desestimado
17	Recurso de inconstitucionalidad 8675-2006	SENTENCIA 137/2010, de 16 de diciembre	Estimación parcial
18	Recurso de inconstitucionalidad 2394-2008	SENTENCIA 86/2013, de 11 de abril	Estimado

Nº	Recurso	Sentencia	Estado
19	Recurso de inconstitucionalidad 2502-2010	SENTENCIA 46/2015, de 5 de marzo	Estimación parcial

Tabla Nº 1: Número de Recursos de inconstitucionalidad presentados por el Defensor del Pueblo de España hasta 2016⁴².

De los datos señalados, pudiera pensarse que el Defensor del Pueblo en materia de recursos de inconstitucionalidad no ha utilizado abundantemente tal herramienta jurídica. Sin embargo, ello no quita que, de acuerdo a un examen cualitativo de los mismos, éstos hayan sido de especial relevancia, pues se impugnaban en su mayoría normas con rango legal que regulaban materias fundamentales para el ordenamiento jurídico⁴³. En ese sentido, ha sido prudente la interposición del recurso, pues ha sido la medida con que la institución ha procurado actuar en esta delicada vertiente de funciones⁴⁴. Es una buena opción de actuación, especialmente teniendo presente la idea original de la institución y/o los recursos económicos de los que pueda contener su presupuesto. En búsqueda de defensa de la ciudadanía y de *auctoritas*, es mejor avanzar en aspectos cualitativos que en meramente cuantitativos.

Y, en cuanto a los recursos de amparo, hasta fines de 2016, el Tribunal Constitucional español ha resuelto sólo siete respecto del fondo. Sin embargo, ha habido sólo dos sentencias, pues los primeros seis fueron resueltos en una única resolución. En efecto, las dos únicas sentencias de los recursos los han otorgado en su totalidad. Es decir, han sido utilizados cuando ha sido estrictamente necesarios. El detalle se expone a continuación:

Tabla Nº 2: Recursos de amparo presentados por el Defensor del Pueblo de España hasta 2016

Nº	Recurso	Sentencia	Estado
1	Recurso de amparo 1256-1986, 1257-1986, 1258-1986, 1259-1986, 1260-1986, 1261-1986, 1262-1986	SENTENCIA 178/1987, de 11 de noviembre	Otorgado
2	Recurso de amparo 53-1987	SENTENCIA 209/1987, de 22 de diciembre	Otorgado

Tabla Nº 2: Número de Recursos de amparo presentados por el Defensor del Pueblo de España hasta 2016⁴⁵.

Con los datos expuestos, Díez Bueso considera que es discutible la necesidad de mantener el recurso de amparo como herramienta del Defensor. Ello por su escaso uso, pero también ha reconocido que, esto puede deberse a sus limitaciones para ser parte en los procesos en fases tempranas⁴⁶. Efectivamente, ello es lógico puesto que el recurso de amparo en España es una última etapa en un procedimiento. Ergo, en principio no habría indefensión para los ciudadanos, pues ya cuentan o debieran haber contado con acceso a asesoría y defensa jurídica.

Ahora bien, siguiendo con el caso español, en justicia ordinaria también puede actuar en ciertos casos. Aunque la redacción de la normativa en esta materia es algo confusa e interpretable, el Defensor del Pueblo

⁴² Tabla Nº 1: Recursos de inconstitucionalidad presentados por el Defensor del Pueblo de España hasta 2016. Elaboración propia, construida con la información del sitio electrónico del Tribunal Constitucional de España. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es> Acceso en: 27 may. 2019.

⁴³ DÍEZ BUESO, Laura. Reflexiones para una nueva regulación constitucional del Defensor del Pueblo. *Revista Vasca de Administración Pública*. País Vasco, n. 95, p. 225-240, enero / abril. 2013.

⁴⁴ TORRES MURO, Ignacio. Los recursos del defensor del pueblo ante el Tribunal Constitucional. Una Revisión. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid, n. 26. p. 95-126, 2010.

⁴⁵ Tabla Nº 2: Recursos de amparo presentados por el Defensor del Pueblo de España hasta 2016. Elaboración propia, construida con la información del sitio electrónico del Tribunal Constitucional de España. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es> Acceso en: 27 may. 2019.

⁴⁶ DÍEZ BUESO, Laura. Reflexiones para una nueva regulación constitucional del Defensor del Pueblo. *Revista Vasca de Administración Pública*. País Vasco, n. 95, p. 225-240, enero / abril. 2013.

puede ejercitar la acción de responsabilidad contra autoridades⁴⁷. En efecto, el artículo 26 de la Ley Orgánica del Defensor⁴⁸ consagra que, “*Los gastos efectuados o perjuicios materiales causados a los particulares que no hayan promovido la queja, al ser llamados a informar por el Defensor del Pueblo, serán compensados con cargo a su presupuesto una vez justificados debidamente*”. Es decir, puede ejercitar dicha herramienta jurídica que contempla la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, particularmente lo estipulado en el artículo 145 de la norma citada⁴⁹. Es una especie de acción de repetición en contra de quien no cumpla, para que el perjuicio no lo asuma el ciudadano afectado.

Otra excepción del caso español se da en materia penal, pero sólo en el inicio de ciertos procedimientos. En efecto, en el curso de la investigación defensorial, si se encontrará un supuesto que revista caracteres de delito, el Defensor deberá informar a las autoridades competentes al respecto, según se dispone el artículo 20.4 de su ley orgánica⁵⁰. Ahora bien, no es que quede al arbitrio del Defensor, sino que está obligado a realizar la denuncia respectiva⁵¹. En realidad, más que actuación judicial, actúa como un ciudadano común y corriente que debe denunciar un delito, para no participar como encubridor del hecho ilícito.

4 Experiencia de la actividad judicial del Ombudsman Criollo en Latinoamérica

4.1 Argentina

El Defensor del Pueblo de la Nación de Argentina tiene legitimación procesal según dispone el artículo 86 de la Constitución⁵². En ese sentido, además, puede interponer acción de amparo contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, en virtud del artículo 43 de la Carta Fundamental argentina⁵³. Con ello tiene una serie de herramientas judiciales para acceder a tribunales de justicia.

Sin embargo, en su quehacer anual, de acuerdo con su informe defensorial de 2017, se detallan pocas causas judicializadas. En efecto, sólo se desarrolla una causa nueva y seis avances en expedientes de tramitación iniciados en periodos anteriores⁵⁴. Tampoco se contiene estadísticas específicas al respecto. No obstante, puede que haya otras causas más que no se hayan informado. Sin embargo, de ser así, al no haber estadísticas o tablas es posible deducir que en cuánta no son muchas, a diferencia de lo que ocurre con sus demás actividades registradas. Así, en 2017 atendió a 177.383 personas, 10.776 firmantes, 156 actuaciones

⁴⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El estatuto jurídico constitucional del Defensor del Pueblo en España. *Ius et Praxis*, Talca, v. 7, n. 1, p. 47-108, 2001.

⁴⁸ ESPAÑA. *Ley Orgánica 3/1981*, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, última actualización publicada el 4 de noviembre de 2009. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1981/04/06/3/con>. Acceso en: 25 mayo 2019.

⁴⁹ ESPAÑA. *Ley 30/1992*, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, última actualización publicada el 4 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/1/1992/11/26/30/con>. Acceso en: 25 mayo 2019.

⁵⁰ ESPAÑA. *Ley Orgánica 3/1981*, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, última actualización publicada el 4 de noviembre de 2009. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1981/04/06/3/con>. Acceso en: 25 mayo 2019.

⁵¹ PÉREZ CALVO, Alberto. Rasgos esenciales del Defensor del Pueblo según la Constitución y la Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril. *Revista de Derecho Público*. Madrid, n. 11, p. 67-82, 1981. p. 531-580.

⁵² ARGENTINA. *Constitución Nacional Argentina de 1994* [Constitución (1994)]. Disponible en: <https://www.caserosada.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>. Acceso en: 25 mayo 2019.

⁵³ ARGENTINA. *Constitución Nacional Argentina de 1994* [Constitución (1994)]. Disponible en: <https://www.caserosada.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>. Acceso en: 25 mayo 2019.

⁵⁴ INSTITUCIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Defensor del Pueblo de la Nación. *Informe anual 2017*. 2018. Disponible en: <http://www.dpn.gob.ar/documentos/anuales/ianual2017.pdf>. Acceso en: 11 mayo 2019.

de oficio y 150 investigaciones⁵⁵. Es decir, 306 actuaciones concretas en contraposición de sólo una causa judicial nueva. Con ello se evidencia un escaso uso de las acciones judiciales.

4.2 Bolivia

La Defensoría del Pueblo de Bolivia tiene una gama de opciones judiciales. En efecto, puede 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, según dispone el artículo 222.1 de la Constitución⁵⁶ y también el artículo 14 de su ley orgánica⁵⁷. Con ello tiene una serie de herramientas jurídicas para acceder a tribunales de justicia.

Sin embargo, utiliza escasamente estos medios procesales. En efecto, según el informe defensorial sobre el 2015, interpuso seis acciones de control de constitucionalidad, cinco demandas de amparo constitucional⁵⁸, es decir, sólo once acciones o recursos presentados en un año completo. Ello difiere sustancialmente de sus labores tradicionales, pues en el mismo año recibió 19.082 denuncias atendiendo un 83% de ellas⁵⁹. Con ello se evidencia un escaso uso de las acciones judiciales.

4.3 Colombia

En Colombia, el Defensor del Pueblo está legitimado para interponer acciones populares en asuntos relacionados a su competencia, según dispone el artículo 282 de la Carta Fundamental⁶⁰. Asimismo, puede interponer el *Hábeas Corpus* a través de sus Defensores Públicos y sus Personeros, quienes una vez designados para estos efectos comunican a la Dirección de Recursos y Acciones Judiciales los resultados de su gestión, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 de su ley orgánica⁶¹, que fue modificada en el año 2005 por una ley⁶² que tenía por objeto organizar un sistema de defensoría pública, especialmente referida a garantizar asistencia judicial, lo que hace previsible que su actividad en tribunales de justicia aumentaría.

En efecto, para constatar los efectos de la ley modificatoria, es menester considerar algunas cifras. En el año 2017 hubo más de 36.000 peticiones de acciones judiciales por parte de los usuarios, y, fueron alegados 6.338 derechos vulnerados en particular, siendo el más elevado el derecho a la salud (3.978), a través de la acción de tutela⁶³. Es decir, a diferencia de los otros casos expuestos anteriormente (España, Argentina y Bolivia, y, de los que siguen en el texto más adelante), se evidencia una utilización masiva de las acciones y recursos judiciales. Ya no son algunas al año, sino que miles por cada periodo de desempeño.

⁵⁵ INSTITUICIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Defensor del Pueblo de la Nación. *Informe anual 2017*. 2018. Disponible en: <http://www.dpn.gov.ar/documentos/anuales/ianual2017.pdf>. Acceso en: 11 mayo 2019.

⁵⁶ BOLIVIA. *Constitución Política de Bolivia de 2009* [Constitución (2009)]. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/constitucion-politica-del-estado-plurinacional-de-bolivia.pdf>. Acceso en: 25 mayo 2019.

⁵⁷ BOLIVIA. *Ley N° 870, de 13 de diciembre de 2016*. Ley del Defensor del Pueblo. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/ley-870-ley-del-defensor-del-pueblo.pdf>. Acceso en: 25 mayo 2019.

⁵⁸ BOLIVIA. Defensoría del Pueblo. *XVIII Informe a la Asamblea Legislativa Plurinacional 2015*. 2016. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/xviii-informe-a-la-asamblea-legislativa-plurinacional.pdf>. Acceso en: 11 mayo 2019.

⁵⁹ BOLIVIA. Defensoría del Pueblo. *XVIII Informe a la Asamblea Legislativa Plurinacional 2015*. 2016. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/xviii-informe-a-la-asamblea-legislativa-plurinacional.pdf>. Acceso en: 11 mayo 2019.

⁶⁰ COLOMBIA. Constitución Política de 1991 [Constitución (1991)]. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>. Acceso en: 25 mayo 2019.

⁶¹ COLOMBIA. *Ley N° 24 de 1992*, por la cual se establecen la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo y se dictan otras disposiciones en desarrollo del artículo 283 de la Constitución Política de Colombia, última actualización publicada según la Ley 941 de 2005. Disponible en: http://defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Ley_24_1992.pdf. Acceso en: 25 mayo 2019.

⁶² COLOMBIA. *Ley N° 941 de 2005*, por la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15617>. Acceso en: 25 mayo 2019.

⁶³ COLOMBIA. Defensoría del Pueblo. *XXV Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Parte II. Disponible en <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/XXV-Informe-del-Defensor-del-Pueblo-al-Congreso-Parte-II.pdf>. Acceso en: 11 mayo 2019.

Además, suman a su labor en tribunales de justicia las acciones populares. En tal sentido es menester realizar una especial mención a la acción de grupo denominada “Doña Juana” en que se presentaron como posibles adherentes 631.000 personas, que evidentemente impacta tanto a la población como al normal trabajo de la Defensoría⁶⁴. En tal sentido, es menester considerar que para el año 2017, la Defensoría ejecutó pagos por este tipo de acciones junto a los respectivos gastos judiciales y de peritajes por la suma aproximada de cuatro millones y medio de dólares⁶⁵. Es decir, no sólo debe considerarse las acciones o recursos en la normativa, sino que es necesario tener los presupuestos suficientes para llevarlos a cabo.

4.4 Costa Rica

En el caso de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, ya sea por iniciativa propia o a solicitud de persona interesada, puede interponer cualquier tipo de acción jurisdiccional o administrativa prevista en el ordenamiento jurídico de la República, según dispone el artículo 13 de su ley orgánica⁶⁶. Sin embargo, tiene obligaciones y plazos que cumplir para ciertos medios procesales. En efecto, el recurso de *habeas corpus* debe interponerlo dentro de las doce horas siguientes al momento en que haya tenido conocimiento de los hechos que lo ameritan. Los recursos de inconstitucionalidad deberán interponerse dentro de los quince días siguientes al momento en que tuvo conocimiento de los hechos que le dan origen. Y, el recurso de amparo debe interponerse dentro de los cinco días siguientes al momento en que conozca de los hechos pertinentes, según dispone el artículo 21 de su respectiva ley orgánica⁶⁷. Con ello tiene una serie de herramientas judiciales para acceder a tribunales de justicia.

En cuanto al ejercicio de dichas acciones, no lo hace de manera masiva, registrando sólo un caso de acción de inconstitucionalidad en el informe defensorial de 2018, y, en cuanto recursos de amparo constitucional sólo dos⁶⁸, es decir, sólo tres acciones o recursos. Por ello, una forma de decir, o definir su actuar, el Defensor de los Habitantes es con las “acciones judiciales estratégicas”⁶⁹, que tienen por objeto, no sólo obtener una resolución positiva en el caso concreto, sino que éste pueda repercutir positivamente en la sociedad a nivel nacional.

Además, el caso de Costa Rica es interesante, pues se evidencia que el Defensor de los Habitantes también puede actuar en casos judiciales como entidad especialista en derechos humanos. En efecto, en dos casos la Sala Constitucional solicitó al alto comisionado un informe como prueba para mejor resolver, en casos relacionados con el derecho del medio ambiente (caso basurero público de Blanquillo) y en uno sobre discriminación de personas con capacidad reducida (caso sobre accesibilidad a transporte público)⁷⁰. Esta última forma de actuación en casos judiciales está más relacionada con la *auctoritas*, lo que encuadra precisamente con su labor y esencia.

⁶⁴ COLOMBIA. Defensoría del Pueblo. *XXV Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Parte II. Disponible en <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/XXV-Informe-del-Defensor-del-Pueblo-al-Congreso-Parte-II.pdf>. Acceso en: 11 mayo 2019.

⁶⁵ COLOMBIA. Defensoría del Pueblo. *XXV Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Parte II. Disponible en <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/XXV-Informe-del-Defensor-del-Pueblo-al-Congreso-Parte-II.pdf>. Acceso en: 11 mayo 2019.

⁶⁶ COSTA RICA. *Ley N° 7319, Ley sobre Defensoría de los Habitantes de la República*, modificada por la Ley N° 7423 del 18 de julio de 1994. Disponible en: <http://relapt.usta.edu.co/images/1994-Ley-de-la-Defensoria-de-los-Habitantes-Ley-7319.pdf>. Acceso en: 25 mayo 2019.

⁶⁷ COSTA RICA. *Ley N° 7319, Ley sobre Defensoría de los Habitantes de la República*, modificada por la Ley N° 7423 del 18 de julio de 1994. Disponible en: <http://relapt.usta.edu.co/images/1994-Ley-de-la-Defensoria-de-los-Habitantes-Ley-7319.pdf>. Acceso en: 25 mayo 2019.

⁶⁸ COSTA RICA. Defensoría de los Habitantes. *Informe Anual de Labores 2017-2018*. 2018. Disponible en: http://www.dhr.go.cr/transparencia/informes_institucionales/informes/labores/documentos/if2017_2018.pdf. Acceso en: 02 abr. 2019.

⁶⁹ COSTA RICA. Defensoría de los Habitantes. *Informe Anual de Labores 2017-2018*. 2018. Disponible en: http://www.dhr.go.cr/transparencia/informes_institucionales/informes/labores/documentos/if2017_2018.pdf. Acceso en: 02 abr. 2019.

⁷⁰ COSTA RICA. Defensoría de los Habitantes. *Informe Anual de Labores 2017-2018*. 2018. Disponible en: http://www.dhr.go.cr/transparencia/informes_institucionales/informes/labores/documentos/if2017_2018.pdf. Acceso en: 02 abr. 2019.

4.5 Ecuador

En Ecuador, la Defensoría del Pueblo tiene atribuciones para asumir el patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, *habeas corpus*, acceso a la información pública, *habeas data*, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados, según dispone el artículo 215.1 de la Constitución⁷¹ y de su ley orgánica⁷² en virtud del artículo 2 letra a). Así, la normativa considera una serie de acciones y recursos para actuar en sede judicial.

En cuanto a su actividad en tribunales de justicia, es posible desprender de su informe anual de 2015-2016 que utiliza acciones y recursos judiciales⁷³. Sin embargo, en relación con las funciones clásicas defensoriales es baja, según se desprende de las tablas y estadísticas de desempeño, en concreto en la que dice relación con los trámites defensoriales, del que se deducen con algo de esfuerzo su actividad en tribunales. En efecto, de enero a diciembre de 2015 se registraron 7.229 ingresos por investigación, que serían sus funciones originales o tradicionales, mientras que se ejercieron 35 acciones relativas a garantías jurisdiccionales, 15 medidas de protección y 11 *Amicus Curiae*⁷⁴. En general, se mencionan en el informe casos emblemáticos. Por ejemplo, en un caso sobre derecho a la vida, sobre derechos de la niñez y en el caso titulado como Caso Barrio 15 de julio. Otro ejemplo son los *habeas corpus*, en un caso sobre deportación.

4.6 México

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, según el artículo 105, II, letra g) de la Carta Fundamental mexicana, es una institución que está legitimada para interponer acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que la nación sea parte⁷⁵. Estas demandas se presentan ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. No son tantas acciones o recursos en comparación a otras Defensorías de la región, pero sí puede acceder a tribunales de justicia.

En el año 2018, de acuerdo al respectivo Informe Anual⁷⁶, la Comisión presentó 53 demandas de acción de inconstitucionalidad, sumadas a las promovidas con anterioridad esta gestión, las que sumaron 147 vigentes a dicho año, formulándose un total de 186 desde su existencia. En general, son en número mayor a la de otras Defensorías (exceptuando a Colombia), pero sigue siendo un número menor a su actividad defensorial clásica o tradicional.

4.7 Paraguay

La Defensoría del Pueblo de Paraguay está legitimada para interponer *Habeas Corpus* y solicitar amparo, como también promover acciones tendientes a la protección de los intereses difusos. Ello, en virtud de los

⁷¹ ECUADOR. *Constitución de la República de 2008* [Constitución (2008)], última modificación de 21 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.turismo.gob.ec/wp-content/uploads/2016/02/CONSTITUCI%C3%93N-DE-LA-REP%C3%A9BLICA-DEL-ECUADOR.pdf>. Acceso en: 27 mayo 2019.

⁷² ECUADOR. Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de 20 de febrero de 1997, última modificación 9 de marzo de 2009. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_org4.pdf. Acceso en: 27 mayo 2019.

⁷³ ECUADOR. Defensoría del Pueblo. *Informe de Rendición de Cuentas 2015*. 2016. Disponible en: <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/1214/1/RC-DPE-001-2015.pdf>. Acceso en: 10 oct. 2016.

⁷⁴ ECUADOR. Defensoría del Pueblo. *Informe de Rendición de Cuentas 2015*. 2016. Disponible en: <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/1214/1/RC-DPE-001-2015.pdf>. Acceso en: 10 oct. 2016.

⁷⁵ MÉXICO. *Constitución Política de 1917* [Constitución (1917)]. Última reforma de 29 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>. Acceso en: 27 mayo 2019.

⁷⁶ MÉXICO. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. *Informe de Actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2018*. 2019. Disponible en: http://informe.cndh.org.mx/uploads/principal/2018/IA_2018.pdf. Acceso en: 24 mayo 2019.

artículos 279.6. y 280 de la Constitución⁷⁷, que hace envío normativo a la Ley Orgánica de la Defensoría⁷⁸ donde se añaden otras atribuciones distintas a la figura original nórdica, según dispone el artículo 10, números 7 y 9. Con ello tiene una serie de herramientas judiciales para acceder a tribunales de justicia.

No obstante, a ello, la institución no registra mayores acciones al respecto. Ello, se desprende de sus informes de gestión⁷⁹, por ejemplo, de enero de 2019, en que se registran una serie de actividades y certificados, destacando: las atenciones de denuncias ciudadanas con sus respectivos expedientes, con un total de 1.604; la emisión de certificados de objeción de conciencia, siendo 2.040; y, sobre divulgación y concienciación sobre violación de los derechos humanos, otras 25, pero ninguna acción judicial. Es sólo la revisión de un mes, pero ello evidencia el escaso o nulo uso de las acciones o recursos en relación con las otras actividades defensoriales clásicas.

4.8 Perú

En Perú, la Defensoría del Pueblo está facultada para interponer la acción de inconstitucionalidad⁸⁰, según dispone el artículo 203.3. de la Constitución. Pero también se agregan otras acciones y recursos según su respectiva ley orgánica⁸¹, en concreto según dispone el artículo 9.2 y 9.3. En efecto, así puede presentar las acciones de *hábeas corpus*, acción de amparo, acción de *hábeas data*, la de acción popular y la acción de cumplimiento, en tutela de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad. También está legitimado para intervenir en los procesos de *hábeas corpus* como coadyuvante en la defensa del perjudicado. Y, además, puede iniciar o participar de oficio o a petición de parte, en cualquier procedimiento administrativo en representación de una persona o grupo de personas para la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales, ya sea como individuo o de la comunidad. Así, tiene una serie de herramientas para acceder a jurisdicción en casos de defensa de derechos humanos.

No obstante, no utiliza de forma masiva dichas facultades. Así, de acuerdo al informe defensorial 2017 para fines de dicho año, registró 12 procesos judiciales en trámite, inclusive sumando uno de 2013⁸². Y, actúa como *amicus curiae*, es decir, como un tercero al juicio en 9 oportunidades (de 2015-2017)⁸³, lo que realiza a través de informes especializados en materia de derechos humanos. Muy diferente en números a su labor esencial, ya que en el año 2017 atendió 133.656 casos, entre los que había quejas ciudadanas, petitorios y consultas⁸⁴. Así, se evidencia escasa utilización de las acciones o recursos judiciales en relación con su actividad defensorial tradicional.

4.9 Uruguay

En el caso de la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo de Uruguay, esta

⁷⁷ PARAGUAY. *Constitución Nacional de 1992* [Constitución (1992)]. Enmendada el 17 de octubre de 2011. Disponible en: <http://www.bacn.gov.py/constitucion/indicegral.html>. Acceso en: 27 mayo 2019.

⁷⁸ PARAGUAY. *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley N° 631/1995*. Disponible en: <http://www.defensoriadelpueblo.gov.py/normativa/Ley%20Nro%20631-95.pdf>. Acceso en: 27 mayo 2019.

⁷⁹ PARAGUAY. Defensoría del Pueblo. *Memorándum D.G.A.I. N° 08/19*. Disponible en: <http://www.defensoriadelpueblo.gov.py/informes/Gestion-Institucional-del-mes-de-enero-2019.pdf>. Acceso en: 24 mayo 2019.

⁸⁰ PERÚ. *Constitución Política de 1993* [Constitución (1993)], archivo de 17 de septiembre de 2018. Disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_del_Peru_1993.pdf. Acceso en: 27 mayo 2019.

⁸¹ PERÚ. *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, N° 26.520, de 1995*. Con las modificaciones de la Ley N° 29.882, de 2012. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Ley-Organica.pdf>. Acceso en: 27 mayo 2019.

⁸² PERÚ. Defensoría del Pueblo. *Vigésimo primer Informe Anual 2017*. 2018. Disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/07/Informe_anual_DP_2017.pdf. Acceso en: 24 mayo 2019.

⁸³ PERÚ. Defensoría del Pueblo. *Vigésimo primer Informe Anual 2017*. 2018. Disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/07/Informe_anual_DP_2017.pdf. Acceso en: 24 mayo 2019.

⁸⁴ PERÚ. Defensoría del Pueblo. *Vigésimo primer Informe Anual 2017*. 2018. Disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/07/Informe_anual_DP_2017.pdf. Acceso en: 24 mayo 2019.

puede por acuerdo del Consejo Directivo, o bien ante casos urgentes por uno de sus miembros, comparecer ante el Poder Judicial para solicitar medidas cautelares, deducir recursos de amparo o de *habeas corpus*, según dispone el artículo 67 de su ley orgánica⁸⁵. Es decir, tiene una serie de atribuciones, pero añade el factor “urgencia” como requisito de legitimidad al actuar en caso de no haber podido sesionar el órgano colegiado.

Sin embargo, no utiliza habitualmente estas prerrogativas, así se deduce del su informe anual 2018⁸⁶, en que, de más de mil actividades, en ninguna registra acciones judiciales. Es decir, se enfoca a su cometido clásico o tradicional, sumando la promoción y educación en derechos humanos, pero no por vía de medios procesales en tribunales de justicia.

5 Conclusiones

En esta etapa, es preciso recordar el objetivo general de la investigación, que era estudiar la actividad del *Ombudsman Criollo* en tribunales de justicia. Y, para ello, se sintetizaron las principales doctrinas al respecto sobre su actividad en casos judicializables o judicializados; se revisó la experiencia del Defensor del Pueblo español; y, cristalizó la investigación con el análisis de la actividad en los tribunales de justicia de distintas Defensorías en Latinoamérica. En adelante se expresan las conclusiones por cada objetivo y con una reflexión general.

En primer lugar, se ha evidenciado que la doctrina considera la actividad judicial de la institución en estudio como parte de atribuciones adicionales a la idea clásica de *Ombudsman*. Por ello, las defensorías que tengan estas nuevas prerrogativas han superado a la institución original sueca de 1809. Ya no son sólo magistraturas de opinión, intentando convencer, sino que venciendo en los tribunales de justicia a quien haya vulnerados derechos de los ciudadanos. En efecto, estas nuevas funciones o adicionales suman a la independencia orgánica de los altos comisionados, especialmente en la posibilidad de presentar recursos de inconstitucionalidad en contra de leyes, pues con ello arremete en contra de quien lo ha elegido. Además, en general, los países que han integrado estas atribuciones o competencias en la figura jurídica analizada lo hicieron al ser democracias relativamente jóvenes, lo que se evidencia o coincide aún más en el caso latinoamericano. Ello, para proteger con más fuerza los derechos humanos de los ciudadanos, al transitar de gobiernos militares o derechamente dictaduras a gobiernos democráticos elegidos por el pueblo.

En segundo lugar, ha sido provechoso revisar la experiencia del Defensor del Pueblo español. Ello, especialmente por la influencia que ha tenido en Latinoamérica como también las similitudes en su conformación y funcionamiento. En efecto, el alto comisionado español es sujeto activo legitimado para interponer el recurso de inconstitucionalidad y el de amparo, y, aunque la doctrina esté algo dividida en si debe o no serlo, el Defensor no ha utilizado en demasía estas atribuciones adicionales. Tanto es así que, en más de treinta años de existencia, ha presentado poco más de veinte veces medios procesales de dicha naturaleza. En tal sentido, ha sido prudente y cauteloso en el desarrollo de esta actividad.

En tercer lugar, se analizó la actividad en tribunales de justicia de distintas Defensorías del Pueblo en Latinoamérica. En concreto, se tomó de base normativa constitucional y legal para conformar a legitimidad activa y, se constató a través de los distintos informes anuales de los defensores cuál y cuántas acciones y/o recursos habían interpuesto. En efecto, se evidenció prácticamente lo mismo que en el caso español, las defensorías latinoamericanas muy escasamente presentan escritos judiciales. Pero se agrega otra función

⁸⁵ URUGUAY. *Ley N° 18.446*, Institución Nacional de Derechos Humanos. Creación, de 2008, con las modificaciones de la Ley N° 18.806, Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo. Creación, de 2011. Disponible en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp1518190.htm#art1> Acceso en: 27 mayo 2019.

⁸⁶ URUGUAY. *Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo*. 2018 Informe Anual a la Asamblea General. 2019. Disponible en: <https://www.gub.uy/institucion-nacional-derechos-humanos-uruguay/sites/institucion-nacional-derechos-humanos-uruguay/files/documentos/publicaciones/Informe%20anual%202018.pdf> Acceso en: 24 mayo 2019.

interesante, más acorde a su idea original o esencia de la institución, la de participar como *amicus curiae*, relacionada con la *auctoritas* que todo *Ombudsman* debe lograr, mantener y acrecentar.

Sin embargo, la excepción en la actividad judicial la constituye la Defensoría del Pueblo de Colombia. Ello ocurre por los cambios en su normativa orgánica, intentando dar asesoría y representación jurídica a quienes no pueden obtenerlo con recursos propios. En este último caso, se desnaturaliza o se va más allá de la figura jurídica original (magistratura de opinión), convirtiéndose en una entidad o agencia de patrocinio gratuito en tribunales de justicia. Habrá que considerar para los países que quieran avanzar en esa línea, no sólo un consenso político y nueva forma de institución, sino que a los medios económicos suficientes para representar a las personas con abogados competentes. De lo contrario, se arriesga a que la figura jurídica pierda *auctoritas* por no dar asesoría a tiempo y/o en niveles de calidad adecuado.

Y, finalmente, a modo de conclusión o reflexión general, es posible afirmar que el *Ombudsman Criollo* ha superado a la idea original nórdica. Es sujeto activo legitimado para presentar una serie de acciones y recursos judiciales, y, si son prudencialmente utilizados, puede convivir con la esencia de la institución, que es ser una magistratura de opinión. De lo contrario, se desnaturaliza la figura jurídica arriesgándose a perder *auctoritas*, en caso de no contar con los recursos suficientes para prestar asesoría, defensa y/o representación jurídica ante tribunales de justicia. De manera que es una buena opción, y, será un aporte en la protección de los derechos humanos utilizar su legitimidad en la búsqueda de doctrina, con casos ejemplares o emblemáticos para que, con estos, pueda seguir o mejorar su actividad de persuasión. Es decir, debe convencer (ahora argumentando con una sentencia) y no de vencer (con miles de casos judiciales) a la Administración o a quien busque controlar.

Referencias

ARGENTINA. *Constitución Nacional Argentina de 1994* [Constitución (1994)]. Disponible en: <https://www.casarsada.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>. Acceso en: 25 mayo 2019.

ASTARLOA VILLENNA, Francisco. *El Defensor del Pueblo en España*. Palma: Universitat de les Illes Balears, 1994.

BOLIVIA. *Constitución Política de Bolivia de 2009* [Constitución (2009)]. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/constitucion-politica-del-estado-plurinacional-de-bolivia.pdf>. Acceso en: 25 mayo 2019.

BOLIVIA. Defensoría del Pueblo. *XVIII Informe a la Asamblea Legislativa Plurinacional 2015*. 2016. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/xviii-informe-a-la-asamblea-legislativa-plurinacional.pdf>. Acceso en: 11 mayo 2019.

BOLIVIA. *Ley N° 870, de 13 de diciembre de 2016*. Ley del Defensor del Pueblo. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/ley-870-ley-del-defensor-del-pueblo.pdf>. Acceso en: 25 mayo 2019.

CARBALLO ARMAS, Pedro. *El defensor del Pueblo: el Ombudsman en España y en el Derecho Comparado*. Madrid: editorial Tecnos, 2003.

COLOMBIA. Constitución Política de 1991 [Constitución (1991)]. Disponible en: <http://www.suin-juris-col.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>. Acceso en: 25 mayo 2019.

COLOMBIA. Defensoría del Pueblo. *XXV Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Parte II. Disponible en <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/XXV-Informe-del-Defensor-del-Pueblo-al-Congreso-Parte-II.pdf>. Acceso en: 11 mayo 2019.

COLOMBIA. *Ley N° 24 de 1992*, por la cual se establecen la organización y funcionamiento de la Defen-

soría del Pueblo y se dictan otras disposiciones en desarrollo del artículo 283 de la Constitución Política de Colombia, última actualización publicada según la Ley 941 de 2005. Disponible en: http://defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Ley_24_1992.pdf. Acceso en: 25 mayo 2019.

COLOMBIA. *Ley N° 941 de 2005*, por la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15617> Acceso en: 25 mayo 2019.

COLOMER VIADEL, Antonio. La independencia del defensor del pueblo frente a los partidos políticos. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 26, p. 353-368, 2010.

COSTA RICA. Defensoría de los Habitantes. *Informe Anual de Labores 2017-2018*. 2018. Disponible en: http://www.dhr.go.cr/transparencia/informes_institucionales/informes/labores/documentos/if2017_2018.pdf. Acceso en: 02 abr. 2019.

COSTA RICA. Defensoría de los Habitantes. *Informe Anual de Labores 2017-2018*. 2018. Disponible en: http://www.dhr.go.cr/transparencia/informes_institucionales/informes/labores/documentos/if2017_2018.pdf. Acceso en: 02 abr. 2019.

COSTA RICA. *Ley N° 7319*, Ley sobre Defensoría de los Habitantes de la República, modificada por la Ley N° 7423 del 18 de julio de 1994. Disponible en: <http://relapt.usta.edu.co/images/1994-Ley-de-la-Defensoria-de-los-Habitantes-Ley-7319.pdf>. Acceso en: 25 mayo 2019.

DÍAZ CREGO, María. Defensor del pueblo y justicia constitucional: entre la declaración de intenciones y el exceso competencial. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid, n. 26, p. 307-352, 2010.

DÍEZ BUESO, Laura. Reflexiones para una nueva regulación constitucional del Defensor del Pueblo. *Revista Vasca de Administración Pública*. País Vasco, n. 95, p. 225-240, enero / abril. 2013.

ECUADOR. Constitución de la República de 2008 [Constitución (2008)], última modificación de 21 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.turismo.gob.ec/wp-content/uploads/2016/02/CONSTITUCI%C3%93N-DE-LA-REP%C3%9ABLICA-DEL-ECUADOR.pdf>. Acceso en: 27 mayo 2019.

ECUADOR. Defensoría del Pueblo. *Informe de Rendición de Cuentas 2015*. 2016. Disponible en: <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/1214/1/RC-DPE-001-2015.pdf> Acceso en: 10 oct. 2016.

ECUADOR. *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de 20 de febrero de 1997*, última modificación 9 de marzo de 2009. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_org4.pdf. Acceso en: 27 mayo 2019.

ESCOBAR ROCA, Guillermo. Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo (análisis empírico, reconstrucción dogmática y propuesta del futuro). *Revista Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid, n. 26. p. 229-258, 2010.

ESPAÑA. *Constitución Española* [Constitución (1978)], última actualización publicada el 27 de noviembre de 2011. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/com](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/com). Acceso en: 25 mayo 2019.

ESPAÑA. *Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, última actualización publicada el 4 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1992/11/26/30/con>. Acceso en: 25 mayo 2019.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre*, del Tribunal Constitucional, última actualización publicada el 17 de octubre de 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/10/03/2/con>. Acceso en: 25 mayo 2019.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril*, del Defensor del Pueblo, última actualización publicada el 4 de noviembre de 2009. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1981/04/06/3/con>. Acceso en: 25 mayo 2019.

- ESPAÑA. Tribunal Constitucional. *Sentencia 154/2016*. 22 de septiembre de 2016.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. El defensor del Pueblo: Ombudsman. Tomo I. Parte General. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El estatuto jurídico constitucional del Defensor del Pueblo en España. *Ins et Praxis*, Talca, v. 7, n. 1, p. 47-108, 2001.
- GIL RENDÓN, Raymundo. El Ombudsman y los derechos humanos. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Derecho Procesal Constitucional*. 4. ed. Tomo II. México, 2003.
- INSTITUCIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Defensor del Pueblo de la Nación. *Informe anual 2017*. 2018. Disponible en: <http://www.dpn.gob.ar/documentos/anuales/ianual2017.pdf>. Acceso en: 11 mayo 2019.
- INSTITUTO INTERNACIONAL DEL OMBUDSMAN. *Folleto de información: qué es el IIO*. Disponible en: http://www.theioi.org/downloads/e1o4g/ioi-folder_2015_es.pdf. Acceso en: 25 mayo 2019.
- IRÁIZOS, María. *La eficacia del Defensor del Pueblo en Iberoamérica*. Expansión y caracterización como Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Madrid: editorial Dykinson, 2012.
- LA PÉRGOLA, Antonio. Ombudsman y Defensor del Pueblo: apuntes para una investigación comparada. *Revista de estudios políticos*. Madrid, n. 7, p. 69-92, 1979.
- MAIORANO, Jorge Luis. El Defensor del Pueblo en América Latina. Necesidad de Fortalecerlo. *Revista de Derecho*. Valdivia, v. 12, p. 191-198, diciembre. 2001.
- MÉXICO. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. *Informe de Actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2018*. 2019. Disponible en: http://informe.cndh.org.mx/uploads/principal/2018/IA_2018.pdf. Acceso en: 24 mayo 2019.
- MÉXICO. *Constitución Política de 1917* [Constitución (1917)]. Última reforma de 29 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>. Acceso en: 27 mayo 2019.
- NÚÑEZ RIVERO, Cayetano; FERNÁNDEZ ALLER, Celia. El defensor del pueblo en Centroamérica. Análisis comparado. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid, n. 26, p. 452-468, 2010.
- PARAGUAY. *Constitución Nacional de 1992* [Constitución (1992)]. Enmendada el 17 de octubre de 2011. Disponible en: <http://www.bacn.gov.py/constitucion/indicegral.html>. Acceso en: 27 mayo 2019.
- PARAGUAY. Defensoría del Pueblo. *Memorandum D.G.A.I. N° 08/19*. Disponible en: <http://www.defensoriadelpueblo.gov.py/informes/Gestion-Institucional-del-mes-de-enero-2019.pdf>. Acceso en: 24 mayo 2019.
- PARAGUAY. *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley N° 631/1995*. Disponible en: <http://www.defensoriadelpueblo.gov.py/normativa/Ley%20Nro%20631-95.pdf>. Acceso en: 27 mayo 2019.
- PÉREZ CALVO, Alberto. Artículo 54: El defensor del pueblo. En: ALGAZA VILLAAMIL, Oscar (dir.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV. (Artículos 39 – 55). Madrid: editorial Edersa, 1997.
- PÉREZ CALVO, Alberto. Rasgos esenciales del Defensor del Pueblo según la Constitución y la Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril. *Revista de Derecho Público*. Madrid, n. 11, p. 67-82, 1981.
- PÉREZ-UGENA COROMINA, María. *El defensor del pueblo y Cortes Generales*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1996.
- PERÚ. *Constitución Política de 1993* [Constitución (1993)], archivo de 17 de septiembre de 2018. Disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_del_Peru_1993.pdf. Acceso en: 27 mayo 2019.
- PERÚ. Defensoría del Pueblo. *Vigésimo primer Informe Anual 2017*. 2018. Disponible en: <https://www.de>

SEÇÃO VI: POVOS INDÍGENAS

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación

The Fundamental right to the cultural identity of indigenous peoples: a right-matrix and hermeneutical filter by the Latin American constitutions: the justification

Juan Jorge Faundes

El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: *un derecho-matriz y filtro hermenéutico* para las constituciones de América Latina: la justificación*

The Fundamental right to the cultural identity of indigenous peoples: a *right-matrix* and *hermeneutical filter* by the Latin American constitutions: the justification

Juan Jorge Faundes**

Resumen

El propósito de este artículo es revisar el concepto, fuentes y fundamentación (filosófico política y normativa constitucional) del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas (DFICPI). El trabajo se organiza de la siguiente forma: primero, con una síntesis conceptual, sus fuentes, alcances y obligaciones comprendidas por el DFICPI; en segundo lugar, estudiamos su justificación, desde tres perspectivas: filosófica, hermenéutica constitucional (relectura principio de igualdad constitucional) y basada en la recepción del Derecho Internacional de los derechos humanos. Ello nos permitirá sostener que es un derecho de naturaleza colectiva vigente en las constituciones latinoamericanas, que debe operar como un derecho-matriz y filtro hermenéutico que irradia a todo el ordenamiento jurídico, en relación con la sobrevivencia misma de los pueblos indígenas. Y, en consecuencia, que el Estado tiene un deber de actuación diligente que lo obliga a adoptar acciones efectivas para la protección de este derecho.

Palabras claves: Derecho fundamental. Identidad cultural. Pueblos indígenas. Justificación.

Abstract

The purpose of this article is to review the concept, sources and foundation (political philosophical and constitutional regulations) of the fundamental right to the cultural identity of indigenous peoples (DFICPI). The work is organized as follows: first, with a conceptual synthesis, its sources, scope and obligations covered by the DFICPI; Second, we study its justification, from three perspectives: philosophical, constitutional hermeneutics (re-reading the principle of constitutional equality) and based on the reception of International Human Rights Law. This will allow us to maintain that it is a right of collective nature in force in Latin American constitutions, which must operate as a matrix-right and hermeneutical filter that radiates

* Recibido em 31/05/2019

Aprovado em 16/08/2019

Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto FONDECYT Iniciación N° 11161079 “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas en Chile, debates y problemas a la luz de la jurisprudencia conforme al Convenio N° 169 de la OIT”.

** Dr. Juan Jorge Faundes Peñafiel. Académico Docente Investigador – ADI. Facultad de Derecho, Sede Temuco. Instituto de Investigaciones en Derecho. Claustro Doctorado en Derecho. Universidad Autónoma de Chile. E-mail : juanjorgef@gmail.com

throughout the legal system, in relation to the very survival of indigenous peoples. And, consequently, that the State has a duty of diligent action that obliges it to take effective actions to protect this right.

Keywords: Fundamental right. Cultural identity. Indigenous peoples. Justification.

1 Introducción

El derecho a la identidad cultural ampara el conjunto de referentes culturales con los que una persona o un grupo se identifica, los cuales manifiesta y le permiten ser reconocido como miembro de un grupo o colectivo¹. Comprende, a su vez, dos derechos enlazados: el derecho a la identidad y el derecho a la cultura.

En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, podemos constatar una progresiva aprobación de instrumentos internacionales que han ido reconociendo el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas (DFICPI). En el plano universal, este derecho se fundamenta en la Declaración Universal de Derechos Humanos², en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) y en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC). Paralelamente lo contemplan instrumentos especializados como el Convenio N° 169 de la OIT (en adelante Convenio 169), la Declaración de Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI) y un conjunto de otros instrumentos específicos sobre el derecho a la identidad cultural propiamente tal³.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cte.IDH), bajo una interpretación evolutiva de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), sostiene que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva cuya titularidad corresponde a las comunidades y pueblos indígenas⁴. Dicha interpretación vincula la protección de la identidad cultural con el propio derecho a la vida (sobrevivencia) de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, como presupuesto democrático interamericano –según revisaremos–.

En este trabajo nos preguntamos de qué forma/s, este derecho progresivamente reconocido en el nivel internacional, es recepcionado y o se ampara en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos.

Nuestra hipótesis plantea que el derecho fundamental a la identidad cultural es un derecho, constitucionalmente vigente, que se inserta en una visión transformadora del Estado de Derecho y del principio de igualdad constitucional que incorpora una matriz democrática intercultural a la Constitución. Al efecto, por una parte, justificamos dicha matriz desde la filosofía política, en una perspectiva democrática pluralista de reconocimiento intercultural; por otra, la fundamentamos en base a una transformación hermenéutica constitucional latinoamericana del principio de igualdad. Al mismo tiempo, el derecho fundamental a la identidad cultural se contempla constitucionalmente, según el contexto nacional, desde dos vías normativas: i) por la recepción constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos que lo amparan; y, ii) mediante su incorporación expresa en los textos constitucionales. Ahora bien, la praxis constitucional comparada de precedentes es muy variada y frecuentemente estas vías se entrelazan normativamente⁵.

¹ RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 5, año 3, p. 43-69. 2006.

² DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo Jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Aranzadi, 2014.

³ Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural (2001) y la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (2003).

⁴ CTE.IDH, Pueblo Indígena *Sarayaku* Vs. Ecuador, 12 junio 2012.

⁵ Para el estudio de los precedentes vinculantes en materia constitucional en Brasil v. PERRONE CAMPOS MELLO, Patricia. Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. r, Rio de Janeiro: Renova, 2008. PERRONE CAMPOS MELLO, Patricia BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 667-688, abr. 2018.

En cuanto su alcance, sostenemos que el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas (DFICPI) es una categoría amplia que actúa como *derecho-matriz* y *filtro hermenéutico*, conforme lo cual: (i) los derechos de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, deben ser comprendidos a la luz de la cosmovisión indígena y de los elementos inmateriales de sus vivencias y culturas⁶; (ii) las tierras, territorios y recursos naturales -su *habitat*-, son -material y espiritualmente- imprescindibles para la preservación de su cultura y su sobrevivencia como pueblo; (iii) el Estado tiene un *deber de diligencia* que le impone asegurar dicha supervivencia mediante *medidas efectivas* en que el DFICPI opera como imperativo hermenéutico que se *irradia* a todo el ordenamiento jurídico.

De esta forma, en el presente trabajo: i) hacemos un desarrollo conceptual y normativo general del DFICPI, sus alcances y obligaciones para los estados latinoamericanos; ii) abordamos su justificación: primero, como propuesta filosófica política, democrática e intercultural; segundo, como transformación hermenéutica constitucional del principio de igualdad; tercero, desde la recepción nacional del Derecho Internacional de los derechos humanos.

2 Alcances del derecho fundamental a la identidad cultural

Para comprender el derecho fundamental a la identidad cultural, integralmente, conviene seguir la Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural del año 2001 que define cultura como:

“... el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias”⁷.

Este derecho fundamental comprende dos dimensiones, una individual y otra colectiva: una como derecho individual o indirecta que protege al individuo y su identidad en la comunidad; y una dimensión directa que resguarda a la Comunidad como sujeto de derecho⁸. La segunda es la más compleja en el marco de los avances democráticos ya que rompe con paradigmas preponderantes en los sistemas de derecho clásicos, centrados en la dimensión autónoma de la persona humana y la concepción de la dignidad humana, como una categoría eminentemente individual⁹.

Como mencionamos introductoriamente, en el campo normativo internacional, el derecho a la identidad cultural ha sido fruto de la transformación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la profundización de los estándares de protección de los derechos culturales, a partir de las propias luchas por el reconocimiento de los pueblos indígenas y otros colectivos culturales. El caso más avanzado es el de los pueblos indígenas a los cuales la Cte.IDH reconoció a como titulares del derecho fundamental a la identidad cultural. La Corte destacó su naturaleza colectiva y su estatus de derecho fundamental, instalándolo, asimismo, como presupuesto del propio sistema democrático¹⁰.

Al respecto, la Cte. IDH solo reconoce el DFICPI como presupuesto democrático (multicultural), pero no explicita el sentido en sí de este enunciado. Al efecto -según desarrollaremos en el segundo apartado de este trabajo-, efectivamente, el DFICPI, como sostén normativo de la sobrevivencia indígena, constituye

⁶ SALAS, Ricardo. *Ética Intercultural: (re)lecturas del pensamiento latinoamericano*. Santiago: UCSH, 2003. p.54-56.

⁷ UNESCO, “Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales” México 1982. En este sentido, el DFICPI planteará la necesidad de reformular la noción de cultura frecuente en los escenarios de la agenda pública y de las decisiones judiciales. Supondrá una hermenéutica y pragmática de la cultura, como una trama de sentidos y significados transmitidos por símbolos, mitos, dichos, relatos, prácticas y reconstrucciones que expresan una comprensión y reconstrucción del sentido de la totalidad de la existencia (cosmovisión).

⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-778/05. Así también lo describen RUIZ, Osvaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 5, año 3. 2006; y DEL REAL, Alberto. *El derecho a la identidad cultural*. Pamplona: Aranzadi, 2014.

⁹ Un desarrollo más extenso y crítico de los alcances y debates en torno a la perspectiva individual y la colectiva del derecho a la identidad cultural véase en DEL REAL, Alberto. *El derecho a la identidad cultural*. Pamplona: Aranzadi, 2014.

¹⁰ CTE.IDH, “*Caso del Pueblo Sarayaku Vs. Ecuador*”. Junio de 2012.

una base de los procesos democráticos nacionales. Porque la profundización democrática supone, necesariamente, la inclusión de las diversas identidades culturales (pueblos y grupos previamente excluidos) que pasan a ser actores relevantes del propio sistema democrático. En este sentido, sin DFICPI no hay inclusión y, sin inclusión, la propia conformación democrática se encontrará incompleta. Por ello –según hemos dicho– el reconocimiento de los pueblos indígenas es un presupuesto ontológico y político de cualquier posibilidad de Justicia en perspectiva democrática intercultural¹¹.

2.1 Concepto

Desde sus diversas fuentes normativas y la literatura en la materia, en resumen, podemos definir el DFICPI como¹²:

El derecho de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, a vivir libremente, conforme su cultura y a ser reconocidos como diferentes en sus relaciones con otros grupos de la sociedad. Contiene el derecho a conservar su propia cultura, espiritualidad y referentes cosmogónicos, su patrimonio cultural tangible o intangible, su memoria histórica y su identidad presente; y el derecho a que se respeten y protejan sus conocimientos, lengua, creencias, artes, moral, religión, formas de justicia y organización.

Para los pueblos indígenas, este derecho constituye un presupuesto inalienable de los derechos a las tierras, territorios, bienes comunes, aguas y hábitat en general en que habitan y conlleva la obligación del Estado de asegurar todas aquellas condiciones indispensables para su ejercicio, materiales e intangibles, ya sean ambientales, sociales, culturales, políticas, económicas o de cualquier otra naturaleza.

2.2 El DFICPI como *derecho-matriz* y *filtro hermenéutico* desde la jurisprudencia de la Cte.IDH:

Desde un desarrollo jurisprudencial de más de 30 años a la fecha¹³, los casos más recientes del *Pueblo Indígena Sarayaku Vs. Ecuador* (2012)¹⁴ y el caso del *Pueblo Xucuro Vs. Brasil* (2018)¹⁵, consolidan el reconocimiento para los pueblos indígenas del derecho fundamental a la identidad cultural y fijan los estándares para el cumplimiento del deber de protección de dicha identidad cultural.

A partir de estos precedentes nosotros formulamos las categorías de *derecho-matriz*¹⁶ y *filtro hermenéutico*¹⁷.

Por una parte, la idea de *derecho matriz*, ubica el DFICPI en la base, como presupuesto de los restantes derechos de los pueblos indígenas. En palabras de Silvina Ramírez, como un “derecho paraguas” que ampara

¹¹ SALAS, Ricardo, FAUNDES, Juan Jorge. Justicia e interculturalidad. Conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wallmapu (Chile). Em: LEDESMA, M. (coord.). *Justicia e Interculturalidad, análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional del Perú, 2018. p. 699-706.

¹² FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina. INTRODUCCIÓN: El Derecho a la identidad cultural, horizontes plurales latinoamericanos”, en FAUNDES Juan Jorge y RAMÍREZ Silvina (eds.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago. Universidad Autónoma de Chile, 2019(b), en prensa; DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo Jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Aranzadi, 2014. p. 48-49; RUIZ, Osvaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 5, año 3, 2006. p. 43-69; FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Tareas y propuestas de la filosofía intercultural*. Concordia, Serie monografías. Tomo 49. 2009. p. 47-54.

¹³ v. FAUNDES, Juan Jorge; VALLEJOS, Liz. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, titulares, naturaleza, contenido y alcances, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Em: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (eds.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile, 2019. en prensa.

¹⁴ CTE.IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27 junio 2012.

¹⁵ CTE.IDH, *Caso del Pueblo Xucuro Vs. Brasil*, 5 febrero de 2018.

¹⁶ RAMÍREZ, Silvina. La identidad cultural como desafío a las teorías políticas contemporáneas. En: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (eds.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile, 2019. En prensa.

¹⁷ Agradezco a la Dra. Patricia Perrone (UNICEUB, Brasilia) el acercamiento a la expresión “*filtro hermenéutico*” y sus alcances constitucionales.

el conjunto de los derechos de los pueblos indígenas¹⁸.

Por otra, la idea de *filtro hermenéutico* recoge los conceptos de “filtraje constitucional”¹⁹, del “efecto *irradiante*” de los derechos fundamentales²⁰ y la de “*Filtragem Constitucional*”²¹. Aunque estos entendimientos, en sus afirmaciones originales, se relacionan mucho con la relectura y resignificación del ordenamiento infraconstitucional, más que con una recepción constitucional, en nuestro abordaje lo entenderemos, como una interpretación sistemática y evolutiva que alcanza la propia Constitución. En particular, que considera la Carta Fundamental como base del ordenamiento jurídico y como receptora material de los derechos humanos internacionalmente reconocidos -según veremos-. Así, asumimos un paradigma constitucional conforme el cual los derechos fundamentales y los valores constitucionales, *irradian* a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico positivo y en que el proceso constitucional implicará, incluso, la reinterpretación de las instituciones del Derecho Constitucional. En especial, esta *irradiación* se expresa en una hermenéutica que dota de contenido a las cláusulas constitucionales generales y a los conceptos jurídicos indeterminados que, por esta vía y dada su flexibilidad, facilitan una verdadera reconstrucción de los derechos fundamentales. De esta forma, para nosotros, el *filtro hermenéutico* del DFICPI permitirá una “recomprensión intercultural” de los derechos humanos²².

Considerando la hermenéutica descrita, volviendo a la referida sentencia del caso *Sarayaku* de 2012, la Corte avanzó sólidamente en relación al reconocimiento del derecho a la identidad cultural como un derecho fundamental amparado por la CADH. Dijo la Corte:

“... el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática... **vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos**”²³ (la negrilla es nuestra).

La cita precedente permite visualizar el derecho fundamental a la identidad cultural en cuanto base y marco de interpretación de los demás derechos de los pueblos indígenas asegurados por la CADH, en el entendimiento que proponemos de un *derecho-matriz* y *filtro hermenéutico*. Detalló la Cte.IDH:

“Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia... Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su *supervivencia física y cultural*, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar **que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural**, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados” (la negrilla es nuestra).²⁴

En el texto transcrito el alcance de la protección del derecho de propiedad de los pueblos indígenas se

¹⁸ RAMÍREZ, Silvina. La identidad cultural como desafío a las teorías políticas contemporáneas. En: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (eds.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile, 2019.

¹⁹ FAUNDES, Juan Jorge; VALLEJOS, Liz. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, titulares, naturaleza, contenido y alcances, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (eds.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile, 2019. p. 22-24; SARMIENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 154-156.

²⁰ SARMIENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 154-160; BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*. Sao Paulo: Saraiva jur, 2019. p.517; BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, 2001. p. 5-37.

²¹ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional*. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

²² FAUNDES, Juan Jorge. Recomprensión intercultural de los derechos humanos. Apuntes para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina. *Revista Justiça do Direito*, v. 29, n. 1, p. 108-130, 2015.

²³ CTE.IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27 junio 2012, p.66, cons. 213.

²⁴ CTE.IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, 27 junio 2012., párr. 40.

dimensiona a la luz del derecho a la identidad cultural, como finalidad a ser alcanzada. El DFICPI funciona, por lo tanto, como **filtro hermenéutico** o como **derecho-matriz** –en este caso en relación al derecho a la propiedad de los pueblos indígenas-. En consecuencia, **el significado de estos derechos es definido en la forma necesaria para lograr el aseguramiento efectivo de la identidad cultural**. Esto es, en conexión con los recursos naturales y el derecho a la vida en sentido colectivo.

En el *Caso del Pueblo Xucuro Vs. Brasil* (2018), la Corte destacó la obligación de actuación *diligente* por parte del Estado en favor de los miembros de la *Comunidad Xucuro*. Señaló, en particular, que debe garantizarles, **mediante medidas efectivas**, el derecho “a continuar viviendo su modo de vida tradicional, conforme a su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas” (cons. 188).

De esta forma, podemos señalar que la Cte.IDH ha establecido el DFICPI como fundamento común *-derecho-matriz-* y marco de interpretación *-filtro hermenéutico-* de los demás derechos de los pueblos indígenas asegurados por la CADH, bajo una amplia comprensión y alcance. Y, asimismo, la Corte identifica los actos que vulneran el DFICPI y, por lo tanto, que constituyen violación de la CADH.

En síntesis, podemos recoger los siguientes aspectos definidos por la jurisprudencia de Cte.IDH²⁵:

1. El DFICPI es un derecho fundamental sostenido en la dignidad humana.
2. Los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes son titulares del derecho fundamental a la identidad cultural.
3. El DFICPI comprende dos dimensiones: una colectiva y otra individual. La primera ampara pueblos y comunidades, la segunda a sus miembros.
4. El DFICPI es un derecho de base religiosa, cultural, espiritual, inmaterial, ligada esencialmente a las tierras, territorios y recursos naturales en que habitan estos pueblos.
5. El DFICPI se expresa de forma inalienable, en el derecho a la vida, en la dimensión colectiva de la sobrevivencia de los pueblos indígenas.
6. Al vulnerarse los derechos de comunidades y pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales, territorios y recursos naturales, se afecta el derecho a la vida, la supervivencia misma de pueblos, comunidades indígenas y sus miembros.
7. El DFICPI tensiona la concepción clásica de la propiedad privada y del desarrollo imperantes
8. Corresponde al Estado tutelar el DFICPI frente a los proyectos de inversión desarrollados en territorios indígenas;
9. El Estado tiene una obligación de aseguramiento **efectivo** del DFICPI que lo obliga a implementar medidas concretas y eficaces de protección del DFICPI.

3 Una justificación filosófico-política para el derecho a la identidad

²⁵ Síntesis de los estándares extensamente abordados en FAUNDES, Juan Jorge; VALLEJOS, Liz. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, titulares, naturaleza, contenido y alcances, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Em: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvana (eds.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile, 2019. En prensa. Entre otros, v. CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso Pueblo Indígena *Xucuro* y sus miembros Vs. Brasil. Sentencia de 5 de febrero 2018. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* Vs. Ecuador. 27 de junio de 2012; CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso Comunidad Indígena *Sanhoyamasa* Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006; CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* Vs. Paraguay. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Fondo, reparaciones y costas; CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso Comunidad (Sumo) *Awas Tigni* Vs. Nicaragua. Sentencia. 31 de agosto de 2001. Fondo, reparaciones y costas.

cultural en las sociedades democráticas latinoamericanas pluralistas

El reconocimiento de la diversidad en una sociedad democrática –como es el caso específico de los pueblos indígenas- supone una mirada que ubica conflicto y democracia en una relación consustancial²⁶, en que se entiende que la democracia es sinónima –o, a lo menos, conceptualmente comprensiva- de la lucha de los sujetos, individuales y colectivos, por su inclusión social.

El reconocimiento de la diversidad y de las “identidades culturales”, históricamente ha avanzado de la mano de la “lucha por el reconocimiento” de los distintos grupos excluidos en las sociedades occidentales²⁷. Asimismo, políticamente, supone la lucha de estos grupos como un factor constitutivo del propio proceso democrático. Que en el caso de las luchas de los pueblos indígenas ha caracterizado y constituido transversalmente las sociedades, sistemas jurídicos y la mayor parte de las constituciones latinoamericanas.

A continuación, para abordar esta cuestión, recurriremos a la noción de “desacuerdo” de Rancière²⁸ que nos ha permitido plantear nuestra propuesta de un *horizonte democrático pluralista e intercultural* para América Latina, como marco del reconocimiento de los pueblos indígenas²⁹. A su vez, hoy articulamos con la justificación constitucional del derecho fundamental a la identidad cultural. Para Rancière la “política” es la lucha de “la parte que no es parte” que irrumpe (en) el orden social –aquel que ha sido definido por las partes que se suponen el todo-, en la búsqueda de, de una comunidad igualitaria en la que todos son parte. Así, democracia y “litigio”, son de esencia recíproca y, como dualidad, no pueden ser proscritos de la discusión filosófica porque la lucha social por el reconocimiento constituye en sí el “litigio de la democracia”³⁰.

En esta línea, en el derecho a la identidad cultural subyace el interés emancipatorio y descolonizante de rescatar el valor de las memorias de culturas marginalizadas y amenazadas, pero que viven el sentido profundo de su identidad cultural, manteniendo su nexo vital con las culturas tradicionales, en su relación con las sociedades de consumo actuales³¹.

Por su parte, la concepción democrática liberal, bajo la forma de democracia representativa, incluso de la deliberativa *habermasiana*, se ha sustentado en el principio de la igualdad, como la base de su propia conformación. Pero dicha igualdad “natural” surge de un supuesto falso: la propia igualdad –en el sentido liberal-. Por ello, Rancière describe la democracia liberal como “esa imposible igualdad de lo múltiple y el todo que produce la apropiación de la libertad como propia del pueblo”. Dice que el problema se trata, entonces, de “una cuenta errónea fundamental”. Esa cuenta errónea será la *distorsión* constitutiva de la política misma. Al efecto, expresa que “la política no es asunto de vínculos entre los individuos y de relaciones entre éstos y

²⁶ En este sentido seguimos la propuesta de “democracia radical” y el “pluralismo agonístico” de LACLAU, Ernesto. *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005; LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004; MOUFFE, Chantal. *El Retorno de lo Político: comunidad, ciudadanía, pluralismo y democracia radical*. Buenos Aires: Paidós Ibérica, 1999.

²⁷ La la “lucha por el reconocimiento” es una expresión acuñada por Axel Honneth, quien la plantea en relación a las diversas demandas sociales por la ampliación de derechos. No obstante, debe considerarse que Honneth formula sendas prevenciones y termina no aceptando las demandas por derechos culturales (“en sí”) dentro del marco de las democracias liberales. No obstante, una relectura desde diversas voces latinoamericanas y en contexto latinoamericano de los presupuestos de su teoría –contra la advertencia del autor- y ampliando sus alcances, nos permiten sustentar una completa teoría del reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina. v. HONNETH, Axel. *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos*. Barcelona: Crítica, 1997; HONNETH, Axel: *Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser*. Em: FRASER, N. y HONNETH, A. *¿Redistribución o reconocimiento?: Un debate político-filosófico*. Madrid: Morata, 2006. p. 130-132; FAUNDES, Juan Jorge. Honneth y la demanda por reconocimiento intercultural de los pueblos indígenas. *Revista Perfiles Latinoamericanos*, n. 49, p. 303-320, jun. 2017.

²⁸ RANCIERE, Jacques. *El desacuerdo: política y filosofía*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1996.

²⁹ FAUNDES, Juan Jorge. Pensando un horizonte democrático, pluralista e intercultural para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina, desde una relectura crítica a Laclau y Mouffe. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 6, n. 3, p. 85-121, Sep./Dic. 2015.

³⁰ RANCIERE, Jacques. *El desacuerdo: política y filosofía*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1996.

³¹ FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Identidad*. Aachen: Setiembre, 2010. Disponible en: http://www.casadelcorregidor.pe/colaboraciones/_biblio_Fornet-Betancourt.php. Fecha de consulta: 22 Dic. 2018.

la comunidad”, porque corresponde a una cuenta de *las partes* de la comunidad, la cual es siempre una falsa cuenta, una doble cuenta o una cuenta errónea”.³²

Bajo esta perspectiva agonística de los procesos democráticos, la lucha por la igualdad es el elemento disruptivo de la democracia. La igualdad opera entonces como principio normativo que tendría la virtud de corregir la facticidad de la desigualdad. Pero, en el fondo, no corrige nada, sino que instituye, el orden (la “policía”) de los que no son todo, como si lo fueran. Al mismo tiempo, este pretendido orden en que impera la igualdad queda, a su vez, al asecho de la “política”, del “litigio” de los que no han sido parte de un supuesto acuerdo de repartir las partes, porque son “parte sin parte”. Explica Rancière que quien asume “el orden natural de los iguales” y sus ventajas del “igual reparto entre las partes de la comunidad”, requiere de la “eliminación previa de cierta distorsión”. Esa distorsión es la propia desigualdad que corregida, tornará en exclusión.³³

Con todo, para Rancière el momento del desacuerdo en referencia tendría un carácter excepcional en la interacción social. Señala que el desacuerdo presenta “*momentos de excepción*”³⁴. No se trata de incorporar nuevos interlocutores a una conversación interrumpida en un escenario previamente delimitado, sino de la irrupción de nuevos sujetos, con un nuevo lenguaje, en un escenario inédito por el propio efecto de esta irrupción, ya que el sujeto, el lenguaje y el escenario se instauran *al mismo tiempo y por el mismo acto*³⁵.

Luego, podemos leer los momentos de despliegue de la política –según Rancière– como los momentos constituyentes³⁶. Como aquel poder que irrumpe, distorsiona el orden (y logra soñar la verdad imposible de “la igualdad de cualquiera con cualquiera”) que lo subvierte en miras a un horizonte inaprensible³⁷.

Así, la lucha por la igualdad “implica la disputa por una *cuenta* de la que no se es *parte*, como la posibilidad de desacuerdo en el objeto mismo de la disputa política del reconocimiento (entre el reconocimiento que otorga el ocupante que dicta el orden, admitiendo al otro a ser parte de dicho orden, versus el reconocimiento como el espacio conquistado, en el momento y lugar de la constitución del nuevo orden).

Por otro lado, la noción del desacuerdo de Rancière nos permite una entrada adecuada para la comprensión del conflicto consustancial [por] la distribución del poder en la construcción democrática. En un primer acercamiento, Rancière presenta el desacuerdo como premisa radical, en tanto la racionalidad del desacuerdo se opondría a la posibilidad comunicativa, porque no puede haber diálogo con “la parte de los sin parte” (lo que constituye el “litigio” consustancial a la “política” y ésta, a su vez y en consecuencia, se opone a la *policía*³⁸, a la posibilidad de construcción de un orden). Sin embargo, como ya advertimos, el mismo autor, por una parte, plantea la excepcionalidad de la irrupción de la política y, por otra, en una razón concatenada, agregará el momento de *lo político*, como el espacio de articulación institucional. En este sentido acogemos la distinción incorporada por Rancière entre *la política*, que se da en momentos excepcionales de conflictividad y *lo político*, que es el momento de *encuentro* entre *la política* y la *policía* (la forma institucional del poder)³⁹. No

³² RANCIERE, Jacques. *El desacuerdo: política y filosofía*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1996. p. 17.

³³ RANCIERE, Jacques. *El desacuerdo: política y filosofía*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1996. p. 19-45.

³⁴ RANCIERE, Jacques. *El desacuerdo: política y filosofía*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1996. p. 31.

³⁵ RANCIERE, Jacques. *El desacuerdo: política y filosofía*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1996. p. 41-42.

³⁶ NEGRI, Antonio. *El poder constituyente: ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Minnesota: Libertarias, Prodhufi, 1994.

³⁷ RANCIERE, Jacques. *El desacuerdo: política y filosofía*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1996. p. 32.

³⁸ Para Rancière “la Policía” dice relación a la institucionalización, al Estado, desde la lógica de la ordenación desde el poder del Estado.

³⁹ RANCIERE, Jacques. *El desacuerdo: política y filosofía*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1996. pp. 127-128. En el mismo sentido, Chantal Mouffe, distingue entre “lo político” y “la política”. Invierte el sentido de los términos para una proposición que dialoga cercanamente con la de Rancière. Ella propone distinguir entre “lo político”, vinculado a la dimensión del antagonismo o conflicto que existe en las relaciones humanas, el cual se expresa en la diversidad de las relaciones sociales, versus “la política”, que se dirige a “establecer un orden, a organizar la coexistencia humana”, pero previendo por cierto que también en este caso las condiciones son siempre conflictivas, pues están atravesadas por la acción presente de “lo político”. MOUFFE, Chantal. *El Retorno de lo Político: comunidad, ciudadanía, pluralismo y democracia radical*. Buenos Aires: Paidós Ibérica, 1999. p. 14-15. Ambos autores refieren a la relación que existe entre la acción irruptora y conflictiva en sí de la disputa por la construcción del orden social, versus el momento

supone un momento *ingenuo* del acuerdo o del consenso (en el sentido comunicativo liberal). Pero sí, de articulación política, de la construcción (siempre parcial) del orden, en que confluyen en la esfera pública aquellos que estaban fuera del escenario, aquellos que eran solo particularidad, que no tenían parte, para disputar y definir en sus respectivas partes del mismo proyecto de orden.

Se trata de la disputa y articulación, de la definición agonística y dialógica del orden social. En *lo político* hay correlación de fuerzas, antagonismo y agonismo, pero en torno a un nodo común dado por la disputa por la esfera pública. Al mismo tiempo, en la articulación hay posibilidad de diálogo, parcial e inestable, que de una u otra forma conduce al orden. Así, se van enlazando orden y *política*, institucionalidad y luchas sociales por el reconocimiento -*igualdad* y rupturas-, que pueden devenir en una mayor consolidación del orden, en la medida de la articulación hegemónica, del aglutinamiento y consolidación organizada de las diversas fuerzas sociales. Siempre, con la posibilidad de una nueva emergencia, de un nuevo momento de *la política*, de la interacción social y de la lucha por el reconocimiento de nuevos excluidos.

Entonces, junto a la lucha política por la inclusión, siempre actuará la potencialidad del diálogo, como virtud paradójica de las relaciones sociales, en tanto comunicación posible entre sujetos y grupos (diversos y complejos, incluso indefinibles absolutamente). Al mismo tiempo, estas posibilidades son parciales e imposibilitan el consenso (absoluto). Solo se tratará de la comunicación imprescindible para tener la opción del reconocimiento, de la existencia de comunidad de todas las partes -podemos decir como el mínimo que hace posible *lo político*-, un horizonte de consensos deseado, siempre inacabado por acción de *la política* (como luchas por el reconocimiento). Como dice Lechner un “horizonte utópico”⁴⁰.

En el horizonte pluralista (que llamaremos intercultural) siempre hay algo que decir, que disputar y deconstruir, en la edificación colectiva y política de la sociedad democrática, basados en la premisa fundamental de que no puede haber *otro sin parte*, en la existencia desigual (diversa) de las partes, salvo en tanto parte igual de dicho horizonte.

Entonces, llegado el momento de las luchas por la igualdad, las diversas fuerzas e identidades colectivas, se articulan, se instalan en el espacio público, mediante la institucionalización progresiva de sus demandas que inicialmente estaban “al margen”⁴¹. Y, la ampliación democrática estará dada por la mayor (o no) inclusión y participación social de los diversos grupos e identidades colectivas que hasta antes eran excluidas.

Especialmente, será relevante la respuesta institucional a las demandas sociales articuladas políticamente, de quienes reivindican la igualdad negada de aquellos actores constitutivos (originarios) del Estado. De cuán amplia y significativamente logren participar, disputar, la construcción y deconstrucción institucional del orden social.

El momento de *lo político* en las luchas sociales por la igualdad nos conduce a la disputa por los entramados institucionales y, al mismo tiempo, este conflicto y articulación no son escindibles de la dimensión prepolítica, de la subjetividad individual-colectiva de los actores excluidos. Se tratará, así, de la construcción de nuevas ciudadanía situadas en “lo público”, en la deliberación democrática, pero que emergen desde las respectivas identidades, desde sus experiencias de sufrimiento y menosprecio, resilientes y conscientes de su auto valoración y la valoración intersubjetiva, como presupuesto de la formación discursiva de la voluntad democrática⁴².

En este contexto, el problema de la identidad, como “lucha por el reconocimiento”⁴³, supone un trasfondo ético-político del reconocimiento. Siguiendo a Lechner, se trata de una máxima democrática fundamen-

también presente y nunca pleno de la construcción misma de ese orden. Son las tensiones de un orden en conflicto y del conflicto por el orden, la interacción paradójica constitutiva de las formas de la democracia. MARCHART, Oliver. *El pensamiento político posfundacional: la diferencia política en Nancy, Lefort, Badiou y laclau*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 19-29.

⁴⁰ LECHNER, Norbert. *La conflictiva y nunca acabada construcción del orden deseado*. Santiago: Flacso, 1984.

⁴¹ ZEGADA, María Tereza; ARCE, Claudia; CANEDO, Gabriela; QUISPE, Albert. *Democracia desde los márgenes: transformaciones en el campo político boliviano*. La Paz : CLACSO, Muela del Diablo, 2011.

⁴² HONNETH, Axel. *Patologías de la razón: historia y actualidad de la teoría crítica*. Madrid: Katz, 2009. p.178.

⁴³ HONNETH, Axel. *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos*. Barcelona: Crítica, 1997.

tal: “la obligación ética de evitar aquellos disensos en los cuales el Otro no sea reconocido como partícipe libre e igual de la vida colectiva”. El mismo autor la llamará la “utopía del consenso” o de los “disensos posibles”⁴⁴ que para nosotros constituye una ética de la inclusión.

Se trata de asumir el riesgo de enunciar dos presupuestos democráticos paradójicos, como recurso último para que –ante la lucha desestabilizadora por la inclusión–, ocurra una articulación que podemos llamar deliberativa-política. Entonces, pensar una democracia igualitaria, plenamente inclusiva, constituye un horizonte democrático siempre inacabado, de disensos posibles, de zonas de frontera, *grises* e imperfectas que, al mismo tiempo, se basa en la premisa necesaria de buscar un orden con preminencia del reconocimiento del “otro y los otros otros”⁴⁵, en simetría social⁴⁶, y no tomar los disensos como excusa para la continuidad de la exclusión.

Bajo esta justificación de la matriz democrática intercultural, que se expresa normativamente en el DFIC-PI, podemos afirmar que el amparo de este derecho implicará considerar, entre diversas expresiones deontológicas y jurídicas, el derecho a la igualdad en su sentido fundamental, como “justicia mínima”⁴⁷. Como aquel derecho de todos los pueblos, de todas las identidades, de todos los que reclaman su existencia, a disputar y articular políticamente sus derechos fundamentales dentro del Estado y las condiciones de posibilidad de dicha existencia que serán políticas, económicas, sociales y normativas⁴⁸.

Entonces, al hilar este derecho a la justicia fundamental, a ser parte de la propia construcción democrática, la relación dual y paradójica descrita, de conflicto-diálogo, conlleva una redefinición de la idea de consenso democrático liberal, para afirmar una concepción de la democracia plural, agonística, siempre imperfecta y sujeta a retrocesos⁴⁹.

En consecuencia, en esta mirada democrática constitucional intercultural, se desplaza la matriz liberal “igualdad-libertad”, el principio mismo de la igualdad como sostén de la democracia liberal representativa. Esta matriz igualitaria –hasta ahora hegemónica– torna hacia otra de carácter democrático intercultural. Conforme este desplazamiento, junto a la defensa de la igualdad y la libertad –sin una oposición ontológica a estos valores, más bien en la búsqueda de su profundización–, se incorpora radicalmente la cuestión de la inclusión plural de las identidades culturales de los sujetos colectivos, del conflicto consustancial a su reconocimiento y la reapropiación del ejercicio del poder público, como derecho a la decisión⁵⁰.

Como hemos planteado en otro momento, el desplazamiento referido de la “matriz democrática liberal de la igualdad”, por la “matriz democrática intercultural” implica la igual valoración de los sujetos, más que en derechos, en su dignidad y posición como sujetos políticos –en simetría–, éticamente, con la misma potencia de decir y deliberar de manera constituyente por sus derechos, en sus respectivos contextos de exclusión y articulación política⁵¹.

⁴⁴ LECHNER, Norbert. *La conflictiva y nunca acabada construcción del orden deseado*. Santiago: Flacso, 1984. p. 196-198.

⁴⁵ LECHNER, Norbert. *La conflictiva y nunca acabada construcción del orden deseado*. Santiago: Flacso, 1984. p. 198.

⁴⁶ HONNETH, Axel. *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos*. Barcelona: Crítica, 1997.

⁴⁷ FORST, Rainer. *Justificación y crítica: perspectivas de una teoría: crítica de la política*. Buenos Aires: Kats, 2014. p. 44-54.

⁴⁸ SALAS, Ricardo, FAUNDES, Juan Jorge. Justicia e interculturalidad. Conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wallmapu (Chile). Em: LEDESMA, M. (coord.). *Justicia e Interculturalidad, análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional del Perú, 2018. p. 699-706.

⁴⁹ SALVAT, Pablo; SALAS, Ricardo. Del autoritarismo y la interminable transición: notas sobre la discusión de la democracia en Chile. *Revista Ciencia Política*, n. 7, p. 89-112, Ene./Jul. 2009; ZEGADA, María Tereza; ARCE, Claudia; CANEDO, Gabriela; QUISPE, Albert. *Democracia desde los márgenes: transformaciones en el campo político boliviano*. La Paz : CLACSO, Muela del Diablo, 2011; SANTOS, Boaventura de Sousa. Introducción: cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. Em: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI, José Luis (eds.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. La Paz: Fundación Rosa Luxemburg, Abya-Yala, 2012. p. 11-48.

⁵⁰ FAUNDES, Juan Jorge. Reconstrucción intercultural de los derechos humanos. Apuntes para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina. *Revista Justiça do Direito*, v. 29, n. 1, p. 108-130, 2015. p. 89-90.

⁵¹ SALAS, Ricardo, FAUNDES, Juan Jorge. Justicia e interculturalidad. Conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wallmapu (Chile). Em: LEDESMA, M. (coord.). *Justicia e Interculturalidad, análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional del Perú, 2018. p. 701.

Así, la interculturalidad se constituye en un valor democrático fundamental, como como categoría ética de la convivencia democrática y nueva matriz política e institucional. Esta nueva matriz requiere ser instalada axiológicamente en el ordenamiento positivo, “como acuerdo fundamental común de apertura a la diferencia cultural y a los derechos que ella involucra”⁵². La matriz democrática constitucional permitirá articular los procedimientos y establecer los puentes necesarios para el reconocimiento, como diálogo “entre pueblos”⁵³, postulado como la base social originaria del Estado. Se trata de un principio axiológico estructurante de la Constitución material⁵⁴, en que democracia y conflicto son inescindibles. Se tratará de un marco agonístico en que el discurso absoluto de lo universal se torna en el centro de la disputa política, de la lucha por el reconocimiento del espacio ocupado y por la inclusión, como “interpelación democrática que deconstruye con su sola controversia la posición universal instituida en omisión y/o dominación” de las identidades colectivas latinoamericanas excluidas⁵⁵.

Por ello, cuando la Cte.IDH instala el DFICPI como presupuesto democrático regional, por una parte, está señalando que solo puede haber democracia en América Latina en la medida de la ruptura de los paradigmas igualitarios hegemónicos y que ello supone la inclusión de los pueblos indígenas como sujetos políticos, asegurando sus derechos colectivos, los cuales –aunque materialmente constitutivos de nuestras sociedades- han estado al margen del derecho estatuido hegemónicamente. Por otra, la propia enunciación de la Corte, junto a las “luchas por el reconocimiento” de los pueblos indígenas, desde ya, constituyen una ruptura sobre las hegemonías sociales, políticas y normativas imperantes.

4 El DFICPI como transformación hermenéutica constitucional

En este apartado nos interesa desarrollar brevemente una fundamentación hermenéutica constitucional, sobre el DFICPI desde una visión transformadora de los principios del constitucionalismo y desde los propios textos constitucionales. Consiste en un esfuerzo hermenéutico armónico con el marco dado por un núcleo común de derechos fundamentales compartidos, ya sea desde la literalidad de las fórmulas más consolidadas, o bien, implícitamente, como ocurre en algunos casos con el “derecho a la identidad” de consolidación textual más reciente.

Así, desde la perspectiva constitucional, en especial en el contexto latinoamericano, el DFICPI se basa en una visión amplia del principio de igualdad y del respeto de la dignidad humana⁵⁶. En este sentido, conforme el principio de igualdad constitucional, por sobre la prohibición de la discriminación, como diferenciación arbitraria, según se trata corrientemente desde la perspectiva constitucional, el principio de igualdad comprende el derecho a ejercer y asumir la diferencia, fundados en la dignidad de la persona humana, manifestado como el derecho fundamental de naturaleza colectiva a la identidad cultural de los pueblos indígenas. Esta perspectiva justifica la protección jurídica amplia de las culturas –de las indígenas en particular- y el derecho de sus respectivos integrantes a su identidad cultural. En este sentido, primero, el principio de igualdad no inhibe la existencia de estatutos o normativas especiales, frente a sectores o grupos vulnerados históricamente de la sociedad.

⁵² SALAS, Ricardo. *Ética Intercultural: (re)lecturas del pensamiento latinoamericano*. Santiago: UCSH, 2003. p. 59-61.

⁵³ YRIGOYEN, Raquel. *Entrevista: 28 de agosto 2013*. Entrevistador: Juan Jorge Faundes, Temuco.

⁵⁴ En el caso de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), ha sido incluido formalmente en el texto constitucional (art. 8) instituyendo la interculturalidad y la descolonización como principios constitucionales que dan lugar a un horizonte o desafío social y político, que no ha estado libre de tensiones y disputas. ATTARD, María Elena. La última generación del constitucionalismo: el pluralismo descolonizador intercultural y sus alcances en el estado plurinacional de Bolivia. *Revista jurídica de los derechos sociales Lex Social*. v. 2, n. 2, p. 133-162. 2012. p. 154.

⁵⁵ FAUNDES, Juan Jorge. Recomprensión intercultural de los derechos humanos. Apuntes para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina. *Revista Justiça do Direito*, v. 29, n. 1, p. 108-130, 2015. p. 89-90.

⁵⁶ Así se dijo en el Primer caso de aplicación del Convenio N° 169 de la OIT por tribunales superiores en Chile. Corte Apelaciones de Temuco, Rol 1773-2008. 16 de septiembre de 2009; Corte Suprema Rol 7287-2009. 30 de noviembre de 2009, cons. 4° y 13°.

Segundo, el derecho a la identidad cultural, en el caso de los pueblos indígenas, protege las características propias y específicas de estos colectivos, desde una perspectiva intercultural que tensiona las concepciones e instituciones clásicas del ordenamiento jurídico, en especial respecto de la propiedad, el desarrollo, la justicia y la toma de decisiones (como la consulta indígena)⁵⁷. En este contexto, especialmente asociado a esta dimensión colectiva, se trata de un principio de igualdad que amplía la concepción de la ciudadanía a un conjunto de nuevas categorías de derechos establecidos en favor de los pueblos indígenas, titulares del derecho a la identidad cultural.

En el caso de los pueblos indígenas, diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Convenio N° 169 de la OIT y la CADH (en su interpretación auténtica por la Cte.IDH) han ido desarrollando importantes estándares vinculantes para los estados. Mientras, la legislación nacional latinoamericana comparada ha debido asumir el desafío de adecuación jurídica a partir de la recompreensión del principio de igualdad que venimos planteando. En este sentido, el derecho fundamental a la identidad cultural se pasa a comprender bajo una nueva visión de la ciudadanía y la convivencia en diversidad, con pleno respeto del DFICPI.

Entonces, desde esta perspectiva, podemos decir que el principio de igualdad debe entenderse en un sentido amplio, evolutivo, como el derecho humano radicado en la dignidad fundamental de toda persona a desenvolverse y desarrollar su vida conforme todos los aspectos de su identidad personal, lo que, por cierto, comprende su identidad y marco cultural, incluso en un sentido colectivo como miembro de un pueblo indígena que comparte valores culturales, espirituales, religiosos y normas sociales o una cosmovisión y una cultura de origen ancestral, entre otros.

Paralelamente, esta visión amplia y compleja de la igualdad se articula con un conjunto de derechos fundamentales que confluyen en el DFICPI, según pasamos a revisar.

En primer término el derecho a la identidad cultural se relaciona con los derechos fundamentales a “la vida privada” y “a la honra de la persona y de su familia”, que se han entendido inclusivos del derecho fundamental a la identidad personal, cómo derecho fundamental expreso y como derecho implícito en la Constitución en los caso que falta su consagración expresa⁵⁸.

El derecho a la identidad cultural, en el contexto de grupos diversos social y culturalmente, también se sostiene en la “libertad de conciencia”, la “libertad de creencias” y la “libertad de religión o culto”. Al respecto, aunque la literatura americana y europea tratan el fenómeno como “diversidad cultural”, es escasa la doctrina que aborda los “derechos culturales” desde la perspectiva del “derecho fundamental a la identidad cultural”, tanto en el ámbito teórico normativo, como en estudios de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁵⁹.

⁵⁷ En el caso de Brasil CONRADO DE HOLANDA, Fábio Campelo refiere a la “dicotomía entre a proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais e os dilemas da globalização econômica”. HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. Políticas públicas e etnodesenvolvimento com enfoque na legislação indigenista brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. especial, p. 387-388, 2015.

⁵⁸ En Chile, RIVEROS, Carolina. El derecho al conocimiento del origen biológico como un derecho fundamental de naturaleza civil-constitucional derivado del derecho a la identidad y de la dignidad humana. En: LA TORRE VARGAS, M. Gómez de. *Las técnicas de Reproducción Humana asistida Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*. Legal Publishing, 2013. p. 189-222.

⁵⁹ En este sentido, aunque no estudiamos aquí el contexto europeo, son ilustrativos los siguientes estudios ELÓSEGUI ITXACO, María. *El derecho a la identidad cultural en la Europa del siglo XXI: hacia una ciudadanía inclusiva*. Pamplona: Universidad de Navarra, 2012; BREMS, Eva. *Diversity and european human rights: rewriting judgments of the ECHR*. Cambridge: Cambridge university press, 2013; RUIZ RICO, Gerardo; RUIZ RUIZ, Juan José. *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales: la jurisprudencia nacional y europea: identidad religiosa en sociedades multiculturales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015; GOSDECKA, Dorota A.; KEMAK, Magdalena (eds.). *Europe at the Edge of Pluralism*. Cambridge: Intersentia, 2015. DEL REAL, Alberto. *El derecho a la identidad cultural*. Pamplona: Aranzadi, 2014.

En general los trabajos referidos ven la cuestión de los derechos culturales, respectivamente, desde la perspectiva de los derechos de las mujeres, desde la libertad religiosa o los derechos de minorías. Por ejemplo, el trabajo editado por EVA BREMS presenta un completo acercamiento desde la perspectiva del TEDH a los derechos culturales y la diversidad cultural, pero no llega a adoptar como enfoque el “derecho a la identidad cultural”. De forma excepcional, los trabajos de MARÍA ELÓSEGUI usa como categoría de análisis al “derecho a la identidad cultural” (no lo califica de derecho fundamental). Por su parte, Alberto DEL REAL si bien

También el principio de igualdad considera el derecho a la igual protección de la ley, que incluye las garantías del debido proceso, bajo un proceso racional y justo, lo que comprende –por cierto- el derecho a hacer valer la cultura propia en el proceso penal. En especial, el DFICPI, justifica el derecho a que la persecución penal y las respectivas herramientas de defensa, consideren el contexto cultural en que se encuadra la conducta que es objeto de reproche penal.

En este marco, desde la perspectiva dogmática penal, existen diversos abordajes específicos en relación con los derechos culturales de los pueblos indígenas en materia de justicia, por ejemplo: la denominada defensa penal cultural, el “error de comprensión” y otras perspectivas más avanzadas asociadas al DFICPI. En este sentido, el DFICPI tiene un sentido emancipador, que rompe con los presupuestos penales hegemónicos.⁶⁰

En especial, estas garantías comprenden el derecho del imputado a obtener la comparecencia de peritos e interrogarlos, como parte del derecho a presentar prueba de descargo, que en su conjunto conforman el bloque de garantías del derecho a defensa y del derecho a un justo proceso⁶¹.

En todos los casos penales aludidos, procesalmente, el derecho fundamental a la identidad cultural justifica, a su vez, el derecho al Peritaje antropológico⁶². Asimismo, este derecho es comprensivo del derecho al uso de la lengua materna en cualquier gestión judicial y a disponer de intérpretes u otros medios adecuados al efecto. Luego, el derecho indicado a obtener la comparecencia de peritos o de “testigos expertos” (entendiendo por tales a autoridades tradicionales indígenas u otros miembros de la comunidad indígena) habilita concretamente la defensa cultural operativizada mediante peritaje antropológico, lo cual, a su vez, se comprende dentro de la dimensión penal (y procesal penal) el DFICPI. Todo, bajo una lectura amplia y compleja del principio de igualdad.

Por último, el derecho fundamental a la identidad cultural, bajo la fundamentación constitucional antes explicada, se concretiza en dos garantías constitucionales que en materia de derechos de los pueblos indígenas se han comprendido de manera conexas: el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (sano) y la protección del dominio (amparando la propiedad indígena). Ambos confluyen en la protección de los derechos territoriales indígenas⁶³, en tanto *hábitat* y territorios indígenas⁶⁴.

Como desarrollamos previamente, el DFICPI se ubica en la base de los restantes derechos de estos pueblos. Por ello, exige considerar el aseguramiento efectivo de las condiciones de existencia de estos pueblos y dichas condiciones son inseparables de su derecho a la vida en sentido amplio o colectivo, estrechamente ligado a la protección de las tierras, territorios, *habitat* y sus recursos naturales. Entonces, el derecho fundamental a la identidad cultural es presupuesto y expresión de la propia vida en comunidad, de la vida colectiva

revisa los alcances del derecho a la identidad cultural en el contexto europeo, más bien se trata de un esfuerzo de refutación de este derecho, en especial respecto de su dimensión colectiva. Con todo, la División de Investigación del TEDH señala que el derecho a la identidad cultural ha sido protegido indirectamente a través de los artículos 8, 9 y 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). El derecho a la identidad cultural es comprendido, indirectamente, en el art. 8, que contempla el derecho a vivir de acuerdo con una identidad cultural y el derecho a elegir libremente la identidad cultural; el art. 9, como derecho a la identidad religiosa; y el artículo 11, que ampara la libertad de asociación bajo un fin cultural. v. COUNCIL OF EUROPE, “*Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights*”, III. RIGHT TO CULTURAL IDENTITY”, 2011, pp. 14-22.

⁶⁰ FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Revista Izquierdas*. n. 45, p. 51-78, Feb. 2019.

⁶¹ Art. 8, letra f) CADH y art. 14 PDCP.

⁶² FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Revista Izquierdas*. n. 45, p. 51-78, Feb. 2019; LOMBRANA Andrea; CARRASCO Morita (eds.). *Experiencias de lectura insolente: abordajes empíricos en el campo jurídico*. Buenos Aires: Antropofagia, 2018. CADH, arts. 8 y 25; Convenio 169, art. 12; DNUDPI, art. 13.

⁶³ En Chile, Corte Suprema Rol 2840-2008 de 25 de noviembre de 2009; Corte Suprema, Rol 14003-13 de 15 de mayo de 2014; Corte Suprema Rol 3010-2013 de 26 de septiembre de 2013; Corte Suprema, Rol 6628-2015 de 4 de mayo de 2016; Tribunal Constitucional Rol 2552-2014 de 24 de diciembre de 2014.

⁶⁴ v. BERRAONDO, Mickel. Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente. In: BERRAONDO, Mickel. (coord.). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Bilbao: Ediciones Universidad de Deusto, 2006. p. 469-487.

conforme los valores culturales y comprensiones espirituales del mundo, de las formas de organización colectiva y de vida familiar indígena.

En consecuencia, el DFICPI en relación con el principio de igualdad y de los derechos fundamentales señalados ampara (respecto de los sectores mayoritarios de la sociedad): el derecho a vivir conforme sus propias creencias religiosas; el derecho a la recuperación de las tierras perdidas históricamente y a la protección de sus tierras y territorios, considerando sistémicamente sus *hábitat* y recursos naturales; el derecho a una educación y salud conforme su propia cosmovisión; el derecho a la consulta indígena respecto de proyectos y medidas que les afecten o que sean susceptibles de afectarles; el derecho al uso y promoción de la propia lengua; el derecho a su propio derecho y sistemas de justicia, el cual, a su vez, comprende: la coordinación con la justicia del Estado, en una relación de articulación sobre la base de principios constitucionales compartidos e interculturales⁶⁵; el derecho a que cuando los miembros de los pueblos indígenas sean sometidos al sistema de justicia estatal se tenga en especial consideración el contexto cultural en que han ocurrido los hechos de relevancia judicial⁶⁶; y tantas otras formas en que el derecho a la propia cultura se pueda manifestar integral y cosmogónicamente respecto de los pueblos indígenas.

Desde la comprensión indicada, el enfoque del principio de igualdad se amplía a una concepción de la ciudadanía que, a su vez, se extiende a un conjunto de nuevas categorías de derechos establecidos en favor de colectivos y sus integrantes que reclaman el derecho a su identidad cultural. En especial, es el caso de los pueblos indígenas⁶⁷, conforme los estándares que exige el Convenio N° 169 de la OIT y que han sido incorporados por la Cte.IDH en su interpretación de la CADH.

En consecuencia, los ordenamientos jurídicos nacionales constitucionales deben adecuarse a los nuevos estándares que se sostienen en esta recompreensión del principio de igualdad, bajo el respeto del derecho fundamental a la identidad cultural, como una nueva visión de la ciudadanía y la convivencia en diversidad, con pleno respeto de grupos identitarios y de los derechos de los pueblos indígenas en particular.

5 El DFICPI desde la recepción constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos

La recepción del DFICPI implica una interpretación más o menos extensa, en relación con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que contemplan el derecho a la identidad cultural, conforme al grado de consolidación interna de este derecho o de los derechos vinculados a ella de contenido cultural.

Esta hermenéutica constitucional resulta especialmente relevante en los casos en que las constituciones no consideran en su texto expreso ni el reconocimiento del derecho a la identidad, ni los derechos culturales de los diversos colectivos que demandan el amparo de su identidad cultural, en especial, los derechos de los pueblos indígenas. En todos estos casos, la protección del DFICPI supone un ejercicio hermenéutico.

De esta forma, la protección del DFICPI, sus comunidades y miembros -en particular-, implica un ejercicio interpretativo y de integración jurídica en relación con la incorporación del Derecho Internacional de

⁶⁵ ATTARD, María Elena. La última generación del constitucionalismo: el pluralismo descolonizador intercultural y sus alcances en el estado plurinacional de Bolivia. *Revista jurídica de los derechos sociales Lex Social*. v. 2, n. 2, p. 133-162. 2012. p. 154.

⁶⁶ FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Revista Izquierdas*. n. 45, p. 51-78, Feb. 2019; DE MAGLIE, Cristina. *Los delitos culturalmente motivados ideologías y modelos penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012; VILLEGAS, Myrna; MELLA, Eduardo. *Cuando la costumbre se convierte en ley. La cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile*. Santiago: LOM ediciones, 2017.

⁶⁷ RAMIREZ, Silvina. Igualdad como Emancipación: los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas. En: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (coords.). *El Derecho a la Igualdad, aportes para un Constitucionalismo Igualitario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

los Derechos Humanos (convencional y consuetudinario). Ahora bien, como hemos dicho, conforme esta perspectiva hermenéutica, planteado el derecho fundamental a la identidad cultural por los pueblos indígenas debe desplegarse como *derecho matriz* y *filtro hermenéutico*.

En todos estos casos –en el nivel nacional- se tratará de un enfoque de derechos humanos, bajo diversas fórmulas de reenvío constitucional conceptualizadas, entre otras, como “bloque de constitucionalidad”, “El Estado abierto” o la “estatalidad abierta”⁶⁸. Estos diversos mecanismos y enfoques constitucionales de apertura al derecho internacional de los derechos humanos permiten la recepción y reconocimiento progresivo del DFICPI en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y sus constituciones, mediante control de convencionalidad judicial.

En particular, en el derecho constitucional latinoamericano comparado, son dos las grandes modalidades de introducción del bloque de constitucionalidad, con, a su vez, diversas fórmulas positivas nacionales.

En un primer conjunto de casos se menciona expresamente el bloque de constitucionalidad en la Constitución. Ello ocurre, por ejemplo, en países como Nicaragua (art. 89), Bolivia (arts. 30 a 33), Ecuador (arts.56 a 60) y Venezuela (arts.119 a 126). En el segundo conjunto de países, las fórmulas constitucionales de recepción del Derecho Internacional de los derechos humanos, aunque no disponen expresamente el “bloque de constitucionalidad”, generan una integración sistemática entre derechos fundamentales asegurados en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los establecidos en la Constitución, conformando el referido “bloque de constitucionalidad”, como “Constitución material”⁶⁹, Esta es la situación de constituciones como las de Brasil (art. 78 N° 2), Argentina (Art. 22) y Chile (art. 5 inc.2°)⁷⁰. En estos casos, el bloque de constitucionalidad supone, al mismo tiempo, Control de Convencionalidad.

Respecto del DFICPI, en particular, una primera forma de recepción dice relación con la problemática general de los efectos de las sentencias de la Cte.IDH en los ordenamientos internos y del Control de Convencionalidad. Al respecto, asumimos el que denominamos “un enfoque de derechos humanos”. Esto es, que el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (y derechos de los pueblos indígenas en particular) emana de un conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos que operan en interacción con el derecho interno, como un cuerpo integrado y sistemático de fuentes que busca asegurar la vigencia de estos derechos nacional e internacionalmente⁷¹.

Asimismo, este enfoque sobre la base de un consenso mínimo en torno a la aplicación preferente de las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos, en que claramente existe una tendencia latinoamericana compartida a la apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, bajo la cual los derechos humanos pasan a ser un auténtico límite para el ejercicio de la soberanía por parte de los organismos del Estado configurando un diálogo de diversos alcances entre las cortes internacionales y nacionales. Por ejemplo, en el ámbito regional americano se ha propuesto la conformación de un *Ius Constitutionale Commune Americano*⁷².

⁶⁸ MORALES-ANTONIAZZI, Mariela. El estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela. *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, MPI, IIDC, 2014, p. 265, 299.

⁶⁹ NOGUEIRA, Humberto. Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno. *Revista Ius et Praxis*, año 2, p. 9-72, 1997.

⁷⁰ Para el caso chileno de inclusión en el bloque de constitucionalidad de los instrumentos “universales” (emanados de la ONU) v. DÍAZ FUENZALIDA, Juan Pablo. ¿Son parte del bloque de constitucionalidad los principales tratados internacionales de derechos humanos de la ONU en Chile?. Del texto positivo a la aplicación en tribunales de justicia. *Revista Brasileira De Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 152-171, 2019.

⁷¹ FAUNDES, Juan Jorge. Corpus iuris internacional de derechos humanos. En, ÁLVAREZ Mario FAUNDES, Juan Jorge. *Corpus iuris internacional de derechos humanos*. En ÁLVAREZ Mario Ledesma y CIPPITANI Roberto (coords.). *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma□ Perugia□ México: ISEG, p. 93-95. 2013. Disponible en: http://www.academia.edu/9196380/Diccionario_anali_tico_de_derechos_humanos_e_integracio_n_Juri_dica. Fecha de consulta: 15 Dic. 2018

⁷² BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.). *Ius Consti-*

En este sentido, para los países que han ratificado la jurisdicción obligatoria de la Cte.IDH, las sentencias de la Corte son vinculantes y, vía Control de Convencionalidad, introducen en el derecho interno los entendimientos de la Corte sobre los derechos fundamentales amparados por la CADH, incluso el desarrollo hermenéutico de nuevos derechos fundamentales. Así, afirmaremos como presupuesto de nuestro trabajo —preliminarmente y solo en una síntesis⁷³— que los países que han ratificado la jurisdicción obligatoria de este tribunal internacional, se sujetan al cumplimiento de las decisiones de la Cte.IDH y deben adecuar su ordenamiento jurídico a la luz del Control de Convencionalidad⁷⁴.

Entonces, este enfoque de derechos humanos implica, en primer término, que los derechos fundamentales asegurados en los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados son parte del conjunto de derechos fundamentales que asegura la Constitución; y, en segundo lugar, que, constitucionalmente, estos derechos constituyen un límite para el ejercicio de la soberanía por parte del Estado⁷⁵. Luego, el DFICPI es exigible ante el Estado, el cual debe velar por su articulación con el ordenamiento jurídico interno. Esta armonización debe realizarse conforme dos procesos hermenéuticos conexos, el Control de Convencionalidad (en este caso de la CADH y del Convenio N° 169 de la OIT) y la Interpretación evolutiva de los derechos humanos⁷⁶. La interpretación evolutiva fue metafóricamente descrita por la Cte.IDH cuando dijo que los tratados internacionales “son instrumentos *vivos*” que, más allá de la literalidad de sus textos, deben ser aplicados conforme el *contexto* y los tiempos en dicha aplicación tiene lugar⁷⁷, teniendo como directriz el principio *pro homine* o “pro-persona”. Como señala Nash, este enfoque se traduce en un estándar internacional de derechos humanos que opera como “una concepción unitaria de las instancias normativas internacionales y nacionales de derechos humanos que dan un contenido material a principios constitucionales e internacionales” lo cual permite dar solución a los casos en el ámbito doméstico⁷⁸.

De esta forma, para la interpretación del DFICPI, por mandato del artículo 35 del Convenio 169 de la OIT, la CADH en su artículo 29.b y la jurisprudencia de la Cte.IDH, (entendida como intérprete auténtica de acuerdo al artículo 63.3 de la CADH)⁷⁹, se integran hermenéuticamente otros instrumentos internacionales, tales como: la DNUDPI, las observaciones de la CEACR de la OIT⁸⁰ relativas al Convenio 169, las decisiones de la Cte.IDH y las recomendaciones de los relatores especiales de Naciones Unidas sobre las libertades y derechos fundamentales de los indígenas, formando un estándar internacional de derechos humanos

tionale Commune em América Latina: Textos Básicos para su Comprensión. *RDA*, v. 269, p. 13-66, maio/ago. 2015.

⁷³ Un suficiente y correcto tratamiento exigiría especificar la compleja variedad de efectos comprendidos en este control, los órganos respectivamente responsables. En especial, deben enfrentarse los aspectos no pacíficos de esta doctrina, como la cuestión del “margen de apreciación nacional” y la eventual flexibilidad en los “extremos” de las decisiones y la cuestión del seguimiento a la ejecución.

⁷⁴ ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediciones Ediar, 2008; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales. Em: UGARTEMENDIA, Juan Ignacio; SAIZ, Alejandro; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela (eds.) *La jurisdicción constitucional en la tutela de los Derechos Fundamentales de la UE*. Oñati: IVAP, MPI, 2017, p. 155-174; HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER Ediciones, 2017. NOGUEIRA, Humberto. *Derechos Fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*. México: Ubijus, 2014.

⁷⁵ Por ejemplo, en Chile, así lo señaló expresamente la sentencia de la Corte de Apelaciones Rancagua, Rol N° 103-2011, 14 enero 2013 que dio cumplimiento nacional al conocido caso “Arellano Almonacid Vs. Chile” de la Cte.IDH (2006)

⁷⁶ NASH, Claudio. *La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica: tendencias jurisprudenciales*. Tesis de doctorado. Santiago, U. de Chile. Mar. 2008. p. 73, 245-246; MARTÍNEZ BULLÉ, Víctor. Estándares internacionales de derechos humanos. Em: ÁLVAREZ, Mario; CIPPITANI, Roberto (coords.). *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma, Perugia, México: ISEG, p. 244-247. Disponible en: http://www.academia.edu/9196380/Diccionario_analitico_de_derechos_humanos_e_integracion_n_juridica. Fecha de consulta: 13 nov. 2018;

⁷⁷ CTE.IDH, Comunidad (Sumo) *Awas Tigni* Vs. Nicaragua, agosto 2001.

⁷⁸ NASH, Claudio. *La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica: tendencias jurisprudenciales*. Tesis de doctorado. Santiago, U. de Chile. Mar. 2008. pp.73, 245-246.

⁷⁹ NOGUEIRA, Humberto. *Derechos Fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*. México: Ubijus, 2014.

⁸⁰ La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

de los pueblos indígenas, un *corpus iuris* de *hard law* y *soft law*⁸¹, que a en su núcleo es vinculante, aunque en sus deslindes admite diversas formas de cumplimiento⁸².

6. Conclusiones

En primer lugar, hemos podido dar cuenta del concepto, y de los alcances del derecho fundamental a la identidad cultural para los pueblos indígenas como titulares de este derecho.

En segundo término, hemos buscado justificar robustamente y desde diversos enfoques el DFICPI y las categorías asociadas a sus efectos como: *derecho matriz* y *filtro hermenéutico*. Así, desde las tres vías de fundamentación abordadas (filosófica pluralista intercultural, desde una recompreñión del principio de igualdad constitucional y desde un enfoque de derechos humanos para la recepci3n nacional del Derecho Internacional de los derechos humanos), podemos afirmar que el DFICPI es un derecho vigente o cuya vigencia es exigible en las constituciones de la Regi3n.

Tercero, en t3rminos m3s espec3ficos, podremos afirmar dos cuestiones: i) las constituciones, bajo la hermen3utica estudiada (*derecho matriz* y *filtro hermen3utico*) deben comprenderse arm3nicamente con los instrumentos internacionales, por tanto, reconociendo y operativizando las medidas necesarias para la efectiva vigencia del DFICPI; ii) en los casos de reconocimiento constitucional expreso o de disposiciones de la Constituci3n que permiten la protecci3n del derecho, estas normas vienen a reforzar el reconocimiento que ya surte sus efectos por la v3a de la recepci3n del Derecho Internacional de los derechos humanos. Por cierto, mientras m3s robustas las normas de la Constituci3n, m3s potencia tendr3 tambi3n la hermen3utica que defendemos en este trabajo.

En cuarto lugar, sabemos que las constituciones no pueden separarse de los procesos de judicializaci3n, de los contextos normativos, sociales y pol3ticos en que se aplican, incluso no son escindibles de factores internos y externos que influyen en el comportamiento de los jueces con competencia constitucional⁸³. En este sentido, la propia Constituci3n –m3s all3 de los m3rgenes particulares nacionales- interact3a en diversos niveles y alcances, con el Derecho Internacional de los derechos humanos. Luego, la recepci3n por parte de los estados de los instrumentos internacionales que aseguran derechos, en especial a los pueblos indígenas, en relaci3n con los textos constitucionales propiamente tales, podr3 significar muy diversas formas de reconocimiento, m3s o menos amplio, del DFICPI.

En consecuencia, usando las categor3as de *derecho matriz* y *filtro hermen3utico* del DFICPI, todo, desde las fundamentaciones estudiadas, podremos revisar cr3ticamente, tanto, los textos constitucionales nacionales de recepci3n del derecho fundamental a la identidad cultural, como su concreci3n en los precedentes de competencia constitucional. Desde la perspectiva indicada, esta propuesta de un *derecho matriz* y *filtro hermen3utico* para el derecho fundamental a la identidad cultural constituye una “l3nea de base” para establecer los m3rgenes de vulneraci3n caso a caso. Al efecto, las categor3as propuestas quedan disponibles para examinar –en un segundo momento- los dispositivos constitucionales “en acci3n”, en concreto.

As3, el DFICPI, bajo la fundamentaci3n y metodolog3a descrita, debiera permitir revisar la aplicaci3n de las normas o de su hermen3utica frente a las situaciones de demanda de protecci3n o de vulneraci3n de la identidad cultural en concreto, prop3sito 3ltimo de nuestra investigaci3n. Ello nos permitir3 transitar de

⁸¹ AYLWIN, Jos3; MEZA-LOPEHANDIA, Mat3as; YAÑEZ, Nancy. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Observatorio Ciudadano; LOM, 2013.

⁸² FAUNDES, Juan Jorge. Corpus iuris internacional de derechos humanos. En 3LVAREZ Mario Ledesma y CIPPITANI Roberto (coords.). *Diccionario Analtico de Derechos Humanos e Integraci3n Jur3dica*. Roma-Perugia-M3xico: ISEG, p. 93-95. 2013. Disponible en: http://www.academia.edu/9196380/Diccionario_analitico_de_derechos_humanos_e_integracion_n_juridica. Fecha de consulta: 15 Dic. 2018.

⁸³ MELLO, Patricia Perrone Campos. *Nos Bastidores do SFT*. R3o de Janeiro: Forense, 2015.

una hermenéutica abstracta a una en contexto, propia de un entendimiento intercultural, para pensar en un *horizonte democrático pluralista e intercultural*.

Referencias

- ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediciones Ediar, 2008.
- ATTARD, María Elena. La última generación del constitucionalismo: el pluralismo descolonizador intercultural y sus alcances en el estado plurinacional de Bolivia. *Revista jurídica de los derechos sociales Lex Social*. v. 2, n. 2, p. 133-162. 2012.
- AYLWIN, José; MEZA-LOPEHANDIA, Matías; YAÑEZ, Nancy. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Observatorio Ciudadano; LOM, 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*. Sao Paulo: Saraiva jur, 2019.
- BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, 2001.
- BERRAONDO, Mickel. Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente. En: BERRAONDO, Mickel. (coord.). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Bilbao: Ediciones Universidad de Deusto, 2006.
- BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Ius constitutionale commune en América Latina, rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, MPI, IIDC. 2014.
- BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.). *Ius Constitutionale Commune em América Latina: Textos Básicos para su Comprensión*. *RDA*, v. 269, maio/ago. 2015.
- BREMS, Eva. *Diversity and european human rights: rewriting judgments of the ECHR*. Cambridge: Cambridge university press, 2013.
- CARRASCO Morita (ed.). *Experiencias de lectura insolente: abordajes empíricos en el campo jurídico*. Buenos Aires: Antropofagia, 2018.
- Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (2003).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. caso Pueblo Indígena Sarayaku Vs. Ecuador, 12 junio 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua (2001).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay (2006).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (2005)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Xucuro Vs. Brasil, 5 febrero de 2018
- Corte Apelaciones de Temuco, Rol 1773-2008. 16 de septiembre de 2009; Corte Suprema Rol 7287-2009. 30 de noviembre de 2009.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-778/05.
- Corte de Apelaciones Rancagua, Rol N° 103-2011, 14 enero 2013. Sentencia que da cumplimiento al caso “Arellano Almonacid Vs. Chile” de la Cte.IDH (2006).

- DE MAGLIE, Cristina. *Los delitos culturalmente motivados ideologías y modelos penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural (2001).
- DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo Jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Aranzadi, 2014.
- DEL REAL, Alberto. *El derecho a la identidad cultural*. Pamplona: Aranzadi, 2014.
- DÍAZ FUENZALIDA, Juan Pablo. ¿Son parte del bloque de constitucionalidad los principales tratados internacionales de derechos humanos de la ONU en Chile?. Del texto positivo a la aplicación en tribunales de justicia. *Revista Brasileira De Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 152-171, 2019.
- ELÓSEGUI ITXACO, María. *El derecho a la identidad cultural en la Europa del siglo XXI: hacia una ciudadanía inclusiva*. Pamplona: Universidad de Navarra, 2012.
- FAUNDES, Juan Jorge. Corpus iuris internacional de derechos humanos. En ÁLVAREZ Mario Ledesma y CIPPITANI Roberto (coords.). *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma□Perugia□México: ISEG, p. 93-95. 2013. Disponible en: http://www.academia.edu/9196380/Diccionario_analitico_de_derechos_humanos_e_integracion_n_Juridica. Fecha de consulta: 15 Dic. 2018.
- FAUNDES, Juan Jorge. Corpus iuris internacional de derechos humanos. En ÁLVAREZ Mario Ledesma y CIPPITANI Roberto (coords.). *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma□Perugia□México: ISEG, p. 93-95. 2013. Disponible en: http://www.academia.edu/9196380/Diccionario_analitico_de_derechos_humanos_e_integracion_n_Juridica. Fecha de consulta: 15 Dic. 2018.
- FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Revista Izquierdas*. n. 45, p. 51-78, Feb. 2019.
- FAUNDES, Juan Jorge. Honneth y la demanda por reconocimiento intercultural de los pueblos indígenas. *Revista Perfiles Latinoamericanos*, n. 49, p. 303-320, jun. 2017.
- FAUNDES, Juan Jorge. Pensando un horizonte democrático, pluralista e intercultural para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina, desde una relectura crítica a Laclau y Mouffe. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 6, n. 3, p. 85-121, Sep./Dic. 2015.
- FAUNDES, Juan Jorge. Recomprensión intercultural de los derechos humanos. Apuntes para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina. *Revista Justiça do Direito*, v. 29, n. 1, p. 108-130, 2015.
- FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina. INTRODUCCIÓN: El Derecho a la identidad cultural, horizontes plurales latinoamericanos. En: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (eds.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile, 2019.
- FAUNDES, Juan Jorge; VALLEJOS, Liz. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, titulares, naturaleza, contenido y alcances, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Em: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (eds.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile, 2019.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales. Em: UGARTE-MENDIA, Juan Ignacio; SAIZ, Alejandro; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela (eds.) *La jurisdicción constitucional en la tutela de los Derechos Fundamentales de la UE*. Oñati: IVAP, MPI, 2017.
- FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Identidad*. Aachen: Setiembre, 2010. Disponible en: http://www.casadelcorregidor.pe/colaboraciones/_biblio_Fornet-Betancourt.php. Fecha de consulta: 22 Dic. 2018.
- FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Tareas y propuestas de la filosofía intercultural*. Concordia, Serie monografías.

Tomo 49. 2009.

FORST, Rainer. *Justificación y crítica: perspectivas de una teoría: crítica de la política*. Buenos Aires: Kats, 2014.

GOSDECKA, Dorota A.; KEMAK, Magdalena (eds.). *Europe at the Edge of Pluralism*. Cambridge: Intersentia Publishing Ltda., 2015.

HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER Ediciones, 2017.

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. Políticas públicas e etnodesenvolvimento com enfoque na legislação indigenista brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. especial, p. 387-388, 2015.

HONNETH, Axel. *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos*. Barcelona: Crítica, 1997.

HONNETH, Axel. *Patologías de la razón: historia y actualidad de la teoría crítica*. Madrid: Katz, 2009.

HONNETH, Axel: Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser. Em: FRASER, N. y HONNETH, A. *¿Redistribución o reconocimiento?: Un debate político-filosófico*. Madrid: Morata, 2006. p. 127-133.

LACLAU, Ernesto. *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.

LECHNER, Norbert. *La conflictiva y nunca acabada construcción del orden deseado*. Santiago: Flacso, 1984.

LOMBRAÑA Andrea; CARRASCO Morita (eds.). *Experiencias de lectura insolente: abordajes empíricos en el campo jurídico*. Buenos Aires: Antropofagia, 2018.

MARCHART, Oliver. *El pensamiento político posfundacional: la diferencia política en Nancy, Lefort, Badiou y laclau*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

MARTÍNEZ BULLÉ, Víctor. Estándares internacionales de derechos humanos. Em: ÁLVAREZ, Mario; CIPPITANI, Roberto (coords.). *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma, Perugia, México: ISEG, p. 244-247. Disponible en: http://www.academia.edu/9196380/Diccionario_anali_tico_de_derechos_humanos_e_integracio_n_Juri_dica. Fecha de consulta: 13 nov. 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos Bastidores do SFT*. Río de Janeiro: Forense, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Río de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, p. 667-688. abr. 2018.

MORALES-ANTONIAZZI, Mariela. El estado abierto como objetivo del ius constitutionale commune. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, MPI, IIDC, 2014.

MOUFFE, Chantal. *El Retorno de lo Político: comunidad, ciudadanía, pluralismo y democracia radical*. Buenos Aires: Paidós Ibérica, 1999.

NASH, Claudio. *La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica: tendencias jurisprudenciales*. Tesis de doctorado. Santiago, U. de Chile. Mar. 2008.

NEGRI, Antonio. *El poder constituyente: ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Minnesota: Libertarias,

Prodhufi, 1994.

NOGUEIRA, Humberto. *Derechos Fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*. México: Ubijus, 2014.

NOGUEIRA, Humberto. Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Paraguay, v. 5, 2010.

NOGUEIRA, Humberto. Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno. *Revista Ius et Praxis*, año 2, 1997.

RAMIREZ, Silvina. Igualdad como Emancipación: los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas. En: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (coords.). *El Derecho a la Igualdad, aportes para un Constitucionalismo Igualitario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

RAMÍREZ, Silvina. La identidad cultural como desafío a las teorías políticas contemporáneas. En: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (eds.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: Universidad Autónoma de Chile, 2019. En prensa.

RANCIERE, Jacques. *El desacuerdo: política y filosofía*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1996.

RIVEROS, Carolina. El derecho al conocimiento del origen biológico como un derecho fundamental de naturaleza civil-constitucional derivado del derecho a la identidad y de la dignidad humana. En: LA TORRE VARGAS, M. Gómez de. *Las técnicas de Reproducción Humana asistida Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*. Legal Publishing, 2013.

RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 5, año 3, 2006.

RUIZ RICO, Gerardo; RUIZ RUIZ, Juan José. *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales: la jurisprudencia nacional y europea: identidad religiosa en sociedades multiculturales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

SALAS, Ricardo, FAUNDES, Juan Jorge. Justicia e interculturalidad. Conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wallmapu (Chile). Em: LEDESMA, M. (coord.). *Justicia e Interculturalidad, análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional del Perú, 2018.

SALAS, Ricardo. *Ética Intercultural: (re)lecturas del pensamiento latinoamericano*. Santiago: UCSH, 2003.

SALVAT, Pablo; SALAS, Ricardo. Del autoritarismo y la interminable transición: notas sobre la discusión de la democracia en Chile. *Revista Ciencia Política*, n. 7, ene./jul. 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introducción: cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. Em: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI, José Luis (eds.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. La Paz: Fundación Rosa Luxemburg, Abya-Yala, 2012.

SARMIENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional*. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

UNESCO. “Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales” México, 1982.

VILLEGAS, Myrna; MELLA, Eduardo. *Cuando la costumbre se convierte en ley. La cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile*. Santiago: LOM ediciones, 2017.

YRIGOYEN, Raquel. *Entrevista: 28 agosto 2013*. Entrevistador: Juan J. Faundes, Temuco.

ZEGADA, María Tereza; ARCE, Claudia; CANEDO, Gabriela; QUISPE, Albert. *Democracia desde los márgenes: transformaciones en el campo político boliviano*. La Paz : CLACSO, Muela del Diablo, 2011.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Povos indígenas e a (ausência de) justiça de transição brasileira: uma análise à luz do constitucionalismo pluralista latino-americano

Indigenous peoples and (the absence of) transitional justice in brazil: an analysis in the light of latin american pluralist constitutionalism

Jamilly Izabela de Brito Silva

Sílvia Maria da Silveira Loureiro

Povos indígenas e a (ausência de) justiça de transição brasileira: uma análise à luz do constitucionalismo pluralista latino-americano*

Indigenous peoples and (the absence of) transitional justice in Brazil: an analysis in the light of Latin American pluralist constitutionalism

Jamilly Izabela de Brito Silva**

Sílvia Maria da Silveira Loureiro***

Resumo

O artigo objetiva debater se o constitucionalismo pluralista latino-americano pode funcionar como embasamento teórico para que se efetive uma justiça de transição em favor dos povos indígenas que sofreram graves violações de direitos humanos durante o regime de exceção brasileiro (1964-1985). Nesse panorama, num primeiro momento, será esmiuçado o conceito de justiça de transição, bem como brevemente explicitados os posicionamentos contraditórios do Estado brasileiro sobre o tema. Em seguida, a pesquisa apresentará as principais violações de direitos humanos cometidas durante o período de exceção contra os povos indígenas Waimiri-Atroari e Krenak, bem como a ausência, por ora, de mecanismos de transição específicos, voltados à reparação de violações que ameaçaram a própria existência desses povos. Por fim, serão analisadas as aproximações existentes entre o constitucionalismo pluralista latino-americano e a Constituição Federal de 1988, seja para situar o atual marco constitucional brasileiro no âmbito desse movimento constitucional, seja para demonstrar o papel que pode ser desempenhado pelo constitucionalismo pluralista latino-americano como vetor para a mudança do paradigma vigente. O método de pesquisa utilizado será o indutivo. A pesquisa é, ainda, qualitativa, a partir de estudo de caso e será executada por intermédio da análise crítica do material bibliográfico e documental.

Palavras-chaves: Constitucionalismo pluralista latino-americano, justiça de transição, povos indígenas

Abstract

The article aims to discuss whether Latin American pluralistic constitutionalism can work as a theoretical basis for transitional justice in favor of indigenous peoples who suffered serious human rights violations during the Brazilian exception regime (1964-1985). In this scenario, will be first examined the concept of transitional justice and then briefly exposed the contradictory positions of the Brazilian State on the subject. The research will then

* Recebido em 27/05/2019

Aprovado em 31/07/2019

** Discente do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental (PPGDA-UEA). Atua como Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas (TRE/AM), colabora com os trabalhos desenvolvidos pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental (CDHDA-UEA) e participa do Grupo de Pesquisa "Direitos Humanos na Amazônia". É graduada em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas, com Habilitação em Direito Internacional. Possui Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Civil e Direito Processual Civil e em Direito Público, ambas pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). E-mail : jamilly.izabela@gmail.com

*** Doutora em Direito (área de concentração em Teoria do Estado e Direito Constitucional) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Atua como professora do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Escola Superior de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Amazonas (ESO/UEA), nas áreas de Direito Constitucional e Direito Internacional. Desenvolve atividades de pesquisa e extensão na Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da ESO/UEA. É graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM), possui especialização em Direito Processual pelo Instituto Superior de Administração e Economia da Amazônia/Fundação Getúlio Vargas e Mestrado em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail : silviamloureiro@gmail.com.

present the main human rights violations committed in the exception regime against the indigenous peoples Waimiri-Atroari and Krenak, as well as the absence, for the moment, of specific transition mechanisms, aimed at repairing violations that threatened the very existence of these peoples. Finally, will be analyzed the existing approaches between Latin American pluralist constitutionalism and the Federal Constitution of 1988, either to situate the current Brazilian constitutional framework within this constitutional movement, or to demonstrate the role that can be played by Latin American pluralist constitutionalism as a vector for change of the current paradigm. The research method used is the inductive. The research is also qualitative, based on a case study and will be performed through the critical analysis of selected bibliography and documents.

Keywords: Latin american pluralist constitutionalism. Transitional justice. Indigenous peoples.

1 Introdução

No dia 10 de dezembro de 2014, a Comissão Nacional da Verdade (CNV)¹ apresentou seu Relatório Final², destacando, entre tantas outras, as violações de direitos humanos dos povos indígenas no recente período de exceção brasileiro (1964-1985).

O documento estima que, pelo menos, 8.350 (oito mil trezentos e cinquenta) indígenas morreram em decorrência da ação direta do Estado ou de sua omissão, sendo certo que

[...] os diversos tipos de violações dos direitos humanos cometidos pelo Estado brasileiro [...] se articularam em torno do objetivo central de forçar ou acelerar a ‘integração’ dos povos indígenas e colonizar seus territórios”³,

conforme fosse considerado estratégico para a implementação do então vigente projeto político e econômico.

Na mesma conjuntura fática do regime de exceção brasileiro, entrou em vigor o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), legislação infraconstitucional que é marcadamente caracterizada como integracionista e, portanto, verdadeiro corolário da suposta necessidade de “tutelar” os povos originários até sua completa absorção pela sociedade envolvente.

É certo, todavia, que a Constituição Federal de 1988 inaugurou, para o Estado brasileiro, o respeito à di-

¹ Criada pela Lei nº 12.528/2011 e instituída em 16.05.2012. O período investigado abrange os anos de 1946 a 1988 e, portanto, os anos do regime de exceção brasileiro (1964-1985).

² O material é bastante extenso e se encontra assim dividido: (1) *Volume I* (Parte I – A Comissão Nacional da Verdade; Capítulo 1 – A criação da Comissão Nacional da Verdade; Capítulo 2 – As atividades da CNV; Parte II – As estruturas do Estado e as graves violações de direitos humanos; Capítulo 3 – Contexto histórico das graves violações entre 1946 e 1988; Capítulo 4 – Órgãos e procedimentos da repressão política; Capítulo 5 – A participação do Estado brasileiro em graves violações no exterior; Capítulo 6 – Conexões internacionais: a aliança repressiva no Cone Sul e a Operação Condor; Parte III – Métodos e práticas nas graves violações de direitos humanos e suas vítimas; Capítulo 7 – Quadro conceitual das graves violações; Capítulo 8 – Detenções ilegais e arbitrárias; Capítulo 9 – Tortura; Capítulo 10 – Violência sexual, violência de gênero e violência contra crianças e adolescentes; Capítulo 11 – Execuções e mortes decorrentes de tortura; Capítulo 12 – Desaparecimentos forçados; Parte IV – Dinâmica das graves violações de direitos humanos: casos emblemáticos, locais e autores O Judiciário; Capítulo 13 – Casos emblemáticos; Capítulo 14 – A Guerrilha do Araguaia; Capítulo 15 – Instituições e locais associados a graves violações de direitos humanos; Capítulo 16 – A autoria das graves violações de direitos humanos; Capítulo 17 – O Judiciário na ditadura; Parte V – Conclusões e recomendações; Capítulo 18 – Conclusões e recomendações); (2) *Volume II – Textos Temáticos* (Texto 1 - Violações de direitos humanos no meio militar; Texto 2 – Violações de direitos humanos dos trabalhadores; Texto 3 – Violações de direitos humanos dos camponeses; Texto 4 – Violações de direitos humanos nas igrejas cristãs; Texto 5 – Violações de direitos humanos dos povos indígenas; Texto 6 – Violações de direitos humanos na universidade; Texto 7 – Ditadura e homossexualidades; Texto 8 – Civis que colaboraram com a ditadura e; Texto 9 – A resistência da sociedade civil às graves violações de direitos humanos) e; (3) *Volume III – Mortos e Desaparecidos Políticos* (Índice em ordem alfabética; Índice em ordem cronológica; Introdução; 1950 – 1969; 1970 – 1971; 1972 – maio de 1973; Junho de 1973 – abril de 1974 e Maio de 1974 – outubro de 1985). A íntegra do documento encontra-se disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

³ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. (v. 2, texto 5). p. 251. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

versidade cultural dos povos indígenas ao assegurar, em seu art. 231, o reconhecimento de “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”.

Nesse panorama, o texto constitucional brasileiro atual, em certos aspectos, pode ser inserido no contexto do constitucionalismo pluralista latino-americano, para utilizar a nomenclatura de Raquel Yrigoyen Fajardo⁴. Em suma, o horizonte pluralista busca suplantiar os modelos constitucionais liberal e social que, entre outras coisas, visam tutelar e integrar os povos indígenas à sociedade envolvente, para reconhecer a igual dignidade das culturas, rompendo com a supremacia institucional da cultura ocidental sobre as demais e trazendo consigo o direito à identidade cultural, individual e coletiva, e o caráter de sujeito coletivo dos povos e comunidades indígenas e demais comunidades tradicionais, inclusive afrodescendentes e campesinas.

Com essas considerações, a (ausência de) “transição” do regime de exceção para a democracia brasileira e da legislação integracionista para a legislação pluralista, especificamente em relação aos povos indígenas, é o ponto de partida do presente artigo que pretende responder a seguinte indagação: o constitucionalismo pluralista pode funcionar como embasamento teórico para que se efetive uma justiça de transição em favor dos povos indígenas que sofreram graves violações de direitos humanos durante o regime de exceção brasileiro (1964-1985)?

Para tanto, na primeira seção, o estudo se dedicará a esmiuçar o conceito de justiça de transição, bem como explicitar, ainda que de forma breve, como o Estado brasileiro possui posicionamentos contraditórios sobre o tema, ora reconhecendo a ocorrência de graves violações de direitos humanos para fins meramente civis e/ou indenizatórios, ora se utilizando da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) para impedir a investigação e punição criminal dos responsáveis pelas atrocidades cometidas durante o regime de exceção.

Ato contínuo, na segunda seção, a pesquisa apresentará, com base no Relatório emitido pela Comissão Nacional da Verdade (CNV), as principais violações de direitos humanos cometidas contra os povos indígenas Waimiri-Atroari e Krenak⁵, bem como a inexistência, por ora, de mecanismos de transição específicos, voltados à reparação de violações que ameaçaram a própria existência desses povos.

⁴ O presente artigo utilizará como diretriz o constitucionalismo pluralista de Raquel Yrigoyen Fajardo. Por oportuno, convém ressaltar que o constitucionalismo pluralista se encontra inserido no que se convencionou denominar Novo Constitucionalismo Latino-Americano (NCLA). Em suma, o NCLA é uma teoria constitucional surgida na América Latina em que diversos autores, com algumas diferenças entre si, refletem sobre as reivindicações de diversos movimentos sociais, inclusive movimentos indígenas, de comunidades tradicionais e de afrodescendentes — com algumas diferenças entre si — combinadas com propostas políticas adotadas pelo povo num cenário de elevado conflito social e político. Nesse sentido, sintetiza Rubén Martínez Dalmau, em tradução livre: “No âmbito do constitucionalismo, o poder constitucional e o poder constituído adquirem significado um no outro. O poder constituído obtém sua legitimidade do constituinte, e este é consciente de que sua efervescência é uma faculdade extraordinária que acabará por separar seus componentes e destilar o produto legítimo e legitimador chamado Constituição. É precisamente essa consciência em relação ao potencial revolucionário do poder constituinte, que finca suas raízes na origem do conceito, mas que, ao mesmo tempo, tem sido conscientemente ignorada pelos constituintes das elites, o que diferencia o velho e o novo constitucionalismo na América Latina. Desse ponto de vista, o novo constitucionalismo latino-americano é um constitucionalismo sem país. Ninguém, tirando o povo, pode se sentir o pai da Constituição, considerando a genuína dinâmica participativa e legitimadora que acompanha os processos constituintes. Desde a própria ativação do poder constituinte por meio de um referendo, até a votação final para sua entrada em vigor [...], passando pela introdução participativa de seus conteúdos, os processos estão cada vez mais se afastando daqueles encontros de elites do antigo constitucionalismo para entrar, com suas vantagens e desvantagens, em seu próprio caos, a partir do qual se obterá um novo tipo de Constituição: mais abrangente e detalhada, de maior originalidade, pensada para servir ao povo” (p. 6). Cfr. DALMAU, Rubén Martínez. Asambleas constituintes e novo constitucionalismo em América Latina. *Tempo Exterior*, n. 17, p. 5-15, 2008, ISSN 1579-6582. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5862528>. Acesso em: 20 mar. 2019.

⁵ Convém esclarecer que somente serão mencionadas as violações cometidas contra os povos indígenas Waimiri-Atroari e Krenak por razões exclusivamente metodológicas, tendo em conta, inclusive, as delimitações inerentes ao escopo do estudo que ora se apresenta. De fato, o Texto 5 do Volume II do Relatório da CNV, lamentavelmente, relata uma infinidade de violações cometidas contra os povos indígenas, relacionadas aos mais variados assuntos, a saber: política fundiária e esbulho de terras indígenas; usurpação de trabalho indígena, confinamento e abusos de poder; contatos e às remoções forçadas; omissão nas políticas públicas de saúde; certidões negativas fraudulentas de existência de índios; expulsão, remoção e intrusão de territórios indígenas; desagregação social e extermínio; mortandades e massacres; invasões, garimpo, desassistência e morte; prisões, torturas, maus-tratos e desaparecimentos forçados e; perseguições ao movimento indígena.

Por fim, na última seção, serão analisadas as aproximações existentes entre o constitucionalismo pluralista e a Constituição Federal de 1988, seja para situar o atual marco constitucional brasileiro no âmbito desse movimento constitucional desenvolvido na América Latina, seja para, em última análise, demonstrar o papel que pode ser desempenhado pelo constitucionalismo pluralista como vetor para a mudança do paradigma vigente.

O método de pesquisa utilizado será o indutivo. O procedimento de pesquisa adotado será a pesquisa qualitativa, especificamente o estudo de caso⁶, sendo certo que o estudo será executado por intermédio da busca, seleção, leitura e análise crítica do material bibliográfico e documental disponível em livros, documentos oficiais, processos judiciais, artigos em periódicos especializados e publicações acadêmicas.

2 Justiça de transição: diferentes formas de enfrentar o passado

A justiça de transição⁷ “é um campo multidisciplinar de pesquisa e prática ligado à luta contra a impunidade e aos domínios mais amplos dos direitos humanos e da resolução de conflitos”⁸. Em outras palavras, a expressão em questão refere-se a diversas políticas estatais de enfrentamento das graves violações aos direitos humanos (legados de abuso em massa — *legacies of mass abuse*) perpetradas em períodos autoritários, não democráticos e/ou de guerra.

Para tal desiderato, são utilizados diversos mecanismos, entre os quais podem ser citados meios formais e informais não judiciais e quase-judiciais, como comissões da verdade, programas de reparação de vítimas e medidas de reforma institucional, especialmente do aparato de segurança pública; a revelação da verdade e a promoção da memória e; a responsabilização, inclusive criminal, dos perpetradores das graves violações, tudo com o objetivo de consolidar a democracia, acelerar a reconciliação e garantir a não-repetição.

Em suma, a justiça de transição, por regra, encontra-se caracterizada quando são utilizados mecanismos não judiciais e quase judiciais devidamente acompanhados por julgamentos (persecução penal).

Assim, ainda que cada processo transicional seja diferente e as medidas que serão adotadas possam ser diversas, é possível identificar 04 (quatro) obrigações a serem cumpridas por parte dos Estados na justiça de transição, a saber: (a) conhecer a verdade dos fatos; (b) democratizar a política (qualidade das reformas); (c) reparar as vítimas e seus familiares e; (d) proporcionar a responsabilização dos autores⁹.

É indubitável, portanto, que, no processo de transição, os direitos à justiça, à verdade e à memória devem ser assegurados, seja para garantir o acesso público às informações, seja para exigir que o Estado adote medidas que assegurem entender o que ocorreu, por que ocorreu e quem são os responsáveis, ainda que seja necessário buscar uma aplicação da justiça restaurativa, para além da justiça meramente punitiva, como forma de conciliá-la com os ideais de paz e reconciliação.

Ora, o ideal de justiça ligado à justiça de transição deve ser entendido de forma ampla, “indo mais além

⁶ Sobre o método de pesquisa e o procedimento de pesquisa utilizados no presente artigo, cfr. MEZZAROBÀ, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 90-93, 138-140 e 149-151.

⁷ O conceito de justiça de transição é recente. De fato, aponta-se que, em 1992, foi a primeira vez que a expressão foi citada. Embora suas raízes históricas remontem a Nuremberg e a antes, o termo justiça de transição não entrou no léxico político moderno até pouco depois da guerra fria. Cfr. AMBOS, Kai *et al.* *Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 9 e FREEMAN, Mark. *Necessary evils: amnesties and the search for justice*. Nova Iorque: Cambridge Press University, 2009. p. 18 e 255.

⁸ FREEMAN, Mark. *Necessary evils: amnesties and the search for justice*. Nova Iorque: Cambridge Press University, 2009. p. 18. As citações diretas dessa obra são traduções livres do texto original em inglês.

⁹ Cfr., nesse sentido: GARFUNKEL, Ianiv. *Verdad y justicia: terminos incompatibles en la justicia transicional*. *American University International Law Review*, v. 32, Iss. 2, Article 7, 2015. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol32/iss2/7/>. Acesso em: 28 mar. 2019. p. 409-410.; AMBOS, Kai *et al.* *Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 158.

da mera justiça penal e incluindo certos elementos-chave tais como responsabilidade, equidade (*fairness*) na proteção e reivindicação de direitos e na prevenção e punição dos infratores”. Dito de outro modo, a justiça de transição busca

[...] muito mais que justiça penal retributiva [...] e abarca a justiça restaurativa [...] na medida em que visa restaurar ou inclusive reconstruir a comunidade (no sentido de justiça ‘criativa’)¹⁰.

Feitas tais considerações prefaciais, tem-se que, no caso brasileiro, a linha adotada pela justiça de transição é “permeada por uma descontinuidade lógica”¹¹, seja porque as ações adotadas pelo Estado, além de seguirem caminhos alternativos à via punitiva, não foram embasadas na justiça restaurativa, seja porque as medidas para confrontar o passado foram deslocadas para um plano inferior.

De fato, em primeiro lugar, foi editada uma Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979), embasada no “mito da existência de um amplo acordo político-social, o qual teria sido bem incorporado pelo perdão concedido a todos os agentes envolvidos”¹².

É importante que se diga, todavia, que a anistia foi negociada no âmbito do próprio regime de exceção e, a princípio, não beneficiava os opositores políticos¹³ (somente incluídos no rol de anistiados pela Emenda Constitucional 26/1985¹⁴, que convocou a assembleia nacional constituinte da Constituição Federal de 1988), sendo certo, ainda, que a interpretação dada à anistia englobou os crimes políticos e os crimes conexos aos crimes políticos, inclusive as torturas, os desaparecimentos forçados, as execuções extrajudiciais e outras graves violações de direitos humanos.

Somente em meados da década de 90, foi editada a primeira lei que, de alguma forma e no âmbito cível, buscava reparar as violações ocorridas no período de exceção. A Lei nº 9.140/95, com as alterações das Leis nºs 10.536/02 e 10.875/04, reconheceu como mortas as pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 02.09.1961 a 05.10.1988¹⁵, e que, por esse motivo, tenham sido detidas por agentes públicos.

Além disso, a referida lei (art. 4º) criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos¹⁶, cujos objetivos principais eram três: (a) proceder ao reconhecimento das pessoas desaparecidas ou falecidas por causas não naturais em dependências policiais ou em virtude da repressão policial sofrida em manifestações públicas ou em conflitos armados com agentes do poder público; (b) envidar esforços para a localização dos corpos de pessoas desaparecidas no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados e; (c) emitir parecer sobre os requerimentos relativos a indenização que venham a ser formulados.

A mesma lei, todavia, previu expressamente (art. 2º) que a aplicação de suas disposições e todos os seus

¹⁰ AMBOS, Kai *et al.* *Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 24 e 29.

¹¹ AMBOS, Kai *et al.* *Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 158-192.

¹² AMBOS, Kai *et al.* *Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 158-159.

¹³ O §2º. do art. 1º. da Lei de Anistia excetuou expressamente dos benefícios da anistia os delitos comumente cometidos pela oposição armada. Confira-se, *in litteris*: “§2º – Excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal”.

¹⁴ Cfr. art. 4º., especialmente o §1º. (“§1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais”).

¹⁵ Art. 1º. São reconhecidos como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por esse motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, desde então, desaparecidas, sem que delas haja notícias (Redação dada pela Lei nº 10.536, de 2002).

¹⁶ Ainda no âmbito dessa Comissão, foram editadas as obras intituladas “Direito à Memória e à Verdade” e “Luta, substantivo feminino”. A íntegra das obras encontra-se disponível na rede mundial de computadores.

efeitos deveriam ser orientados “pelo princípio de reconciliação e de pacificação nacional, expresso na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 – Lei de Anistia”.

Já em 2001, por meio da Medida Provisória nº 2.151-3¹⁷, foi criada a Comissão de Anistia que, apesar do nome, tem por objetivo tão somente examinar e julgar, no âmbito administrativo, os pedidos de indenização formulados por aqueles que foram impedidos de exercer atividades econômicas, em razão de perseguição política, no período compreendido entre 18.09.1946 e 05.10.1988 e, por isso, são declarados anistiados políticos.

No âmbito da mesma Comissão de Anistia, foi desenvolvido um projeto de educação em direitos humanos, intitulado “Caravana da Anistia”, o qual “tem por objetivo a realização pública dos julgamentos dos pedidos de indenização, especialmente em escolas, universidades”¹⁸.

Finalmente, no ano de 2011, a Lei nº 12.528 cria a Comissão Nacional da Verdade (CNV) com a finalidade de

[...] examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição de 1988], a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.

São listados como objetivos da CNV, *in litteris*:

Art. 3º. São objetivos da Comissão Nacional da Verdade:

I – esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no caput do art. 1º;

II – promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior;

III – identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos mencionadas no caput do art. 1º e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade;

IV – encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995;

V – colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos;

VI – recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; e

VII – promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações.

O trabalho desenvolvido pela CNV foi consolidado em um Relatório apresentado à sociedade brasileira em 10 de dezembro de 2014, composto por três volumes. Nesse ponto, importa consignar que o mandato da CNV não possuía como função punir nem indiciar, criminalmente, qualquer indivíduo violador de direitos humanos, mas antes buscava efetivar os direitos à memória e à verdade e, ainda, fazer “recomendações” ao Estado brasileiro.

Foi por ocasião dos trabalhos da CNV que o Estado brasileiro assumiu, de forma oficial, os crimes cometidos por seus agentes durante o período de exceção, tendo sido confirmado que, pelo menos, 434 mortes e desaparecimentos ocorreram durante o regime de exceção brasileiro (esse número não inclui a morte de indígenas):

¹⁷ Ver, ainda, Medida Provisória nº 65/2002 posteriormente convertida na Lei nº 10.559/2002.

¹⁸ AMBOS, Kai *et al.* *Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 163.

4. A CNV pôde documentar a ocorrência de graves violações de direitos humanos entre 1946 e 1988, período assinalado para sua investigação, notadamente durante a ditadura militar, que se estendeu de 1964 a 1985. Essa comprovação decorreu da apuração dos fatos que se encontram detalhadamente descritos neste Relatório, nos quais está perfeitamente configurada a prática sistemática de detenções ilegais e arbitrárias e de tortura, assim como o cometimento de execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres por agentes do Estado brasileiro. Para essa apuração, a CNV valeu-se de elementos consistentes, frutos de sua atividade de pesquisa, bem como de evidências obtidas por órgãos públicos, entidades da sociedade civil e vítimas e seus familiares, que, antes da existência da comissão, se dedicaram a essa busca.

5. No âmbito desse quadro de graves violações de direitos humanos, a CNV teve condições de confirmar 434 mortes e desaparecimentos de vítimas do regime militar, que se encontram identificados de forma individualizada no Volume III deste Relatório, sendo 191 os mortos, 210 os desaparecidos e 33 os desaparecidos cujos corpos tiveram seu paradeiro posteriormente localizado, um deles no curso do trabalho da CNV. Esses números certamente não correspondem ao total de mortos e desaparecidos, mas apenas ao de casos cuja comprovação foi possível em função do trabalho realizado, apesar dos obstáculos encontrados na investigação, em especial a falta de acesso à documentação produzida pelas Forças Armadas, oficialmente dada como destruída¹⁹.

O Relatório Final da CNV apontou, ainda, a “comprovação do caráter generalizado e sistemático das graves violações de direitos humanos”, a “caracterização da ocorrência de crimes contra a humanidade” e a “persistência do quadro de graves violações de direitos humanos”, sendo que uma de suas recomendações determinava que os órgãos competentes investigassem a “responsabilidade jurídica — criminal, civil e administrativa — dos agentes públicos que deram causa às graves violações de direitos humanos ocorridas no período investigado”, afastando-se, nesses casos,

[...]a aplicação dos dispositivos concessivos de anistia inscritos nos artigos da Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, e em outras disposições constitucionais e legais²⁰.

Entretanto, ainda que tenham ocorrido avanços no processo transicional brasileiro, especialmente na seara cível com a fixação de indenizações, o caminho até a conclusão desse processo parece estar longe do fim. De fato, a maior parte das recomendações emanadas da Comissão Nacional da Verdade — as quais envolvem medidas institucionais, reformas constitucionais e legais e medidas de seguimento das ações e recomendações²¹ — não foram cumpridas, inserindo-se nesse rol a determinação de persecução penal dos

¹⁹ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 1, parte 5. p. 962-963. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

²⁰ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 1, parte 5. p. 965. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

²¹ Seguem as recomendações: (A) *medidas institucionais*: (1) reconhecimento, pelas Forças Armadas, de sua responsabilidade institucional pela ocorrência de graves violações de direitos humanos durante a ditadura militar (1964 a 1985), (2) determinação, pelos órgãos competentes, da responsabilidade jurídica — criminal, civil e administrativa — dos agentes públicos que deram causa às graves violações de direitos humanos ocorridas no período investigado pela CNV, afastando-se, em relação a esses agentes, a aplicação dos dispositivos concessivos de anistia inscritos nos artigos da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, e em outras disposições constitucionais e legais, (3) proposição, pela administração pública, de medidas administrativas e judiciais de regresso contra agentes públicos autores de atos que geraram a condenação do Estado em decorrência da prática de graves violações de direitos humanos, (4) proibição da realização de eventos oficiais em comemoração ao golpe militar de 1964, (5) reformulação dos concursos de ingresso e dos processos de avaliação contínua nas Forças Armadas e na área de segurança pública, de modo a valorizar o conhecimento sobre os preceitos inerentes à democracia e aos direitos humanos, (6) modificação do conteúdo curricular das academias militares e policiais, para promoção da democracia e dos direitos humanos, (7) retificação da anotação da causa de morte no assento de óbito de pessoas mortas em decorrência de graves violações de direitos humanos, (8) retificação de informações na Rede de Integração Nacional de Informações de Segurança Pública, Justiça e Fiscalização (Rede Infoseg) e, de forma geral, nos registros públicos, (9) criação de mecanismos de prevenção e combate à tortura, (10) desvinculação dos institutos médicos legais, bem como dos órgãos de perícia criminal, das secretarias de segurança pública e das polícias civis, (11) fortalecimento das Defensorias Públicas, (12) dignificação do sistema prisional e do tratamento dado ao preso, (13) instituição legal de ouvidorias externas no sistema penitenciário e nos órgãos a ele relacionados, (14) fortalecimento de Conselhos da Comunidade para acompanhamento dos estabelecimentos penais, (15) garantia de atendimento médico e psicossocial permanente às vítimas de graves violações de direitos humanos, (16) promoção dos valores democráticos e dos direitos humanos na educação, (17) apoio à instituição e ao funcionamento de órgão de proteção e promoção dos direitos humanos; (B) *reformas constitucionais e legais*: (18) revogação da Lei de Segurança Nacional, (19) aperfeiçoamento da legislação brasileira para tipificação das figuras penais correspondentes aos crimes contra a humanidade e ao crime de desapare-

agentes públicos que deram causa às graves violações de direitos humanos ocorridas no período.

A evidenciar o que ora se afirma, antes mesmo da criação da CNV, podem ser citados os julgamentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, proferidos pelo Pretório Excelso em abril de 2010, e do caso Gomes Lund e outros c. Brasil (Guerrilha do Araguaia), decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em novembro do mesmo ano, por terem desfechos diametralmente opostos — o primeiro reconheceu a validade da Lei de Anistia brasileira e o segundo declarou sua invalidade e incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos —, trazem implicações político-jurídicas sem precedentes para o Brasil que, até o momento, não emitiu posicionamento definitivo sobre a questão.

Mais recentemente, em novel sentença proferida em 15 de março de 2018, ao julgar o caso Vladimir Herzog c. Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou que, no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, do qual o Brasil faz parte por decisão soberana,

são reiterados os pronunciamentos sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados, quando se trata de graves violações de direitos humanos.²²

Ainda assim, no âmbito interno, o impasse acerca da validade (ou não) da Lei de Anistia permanece, mesmo após a divulgação do já citado Relatório da CNV.

Com relação às violações perpetradas contra os povos indígenas, a situação é ainda mais alarmante. Segundo o próprio Relatório da CNV, ainda não existe — sequer — um número definitivo dos indígenas afetados pelo período de exceção²³, sendo certo que

[...] o número real de indígenas mortos no período deve ser exponencialmente maior, uma vez que apenas uma parcela muito restrita dos povos indígenas afetados foi analisada e que há casos em que a quantidade de mortos é alta o bastante para desencorajar estimativas.²⁴

Mais que isso: ressalvado o Texto 5 do Volume II do Relatório Final da CNV, que será objeto da seção seguinte do presente estudo, as violações de direitos humanos cometidas contra os povos indígenas não são mencionadas no processo transicional brasileiro. Tal fato, por si só, demonstra que os povos indígenas, como se inexistentes fossem, foram desconsiderados pelas poucas, tardias e incompletas tentativas do Estado brasileiro de enfrentar seu passado recente.

cimento forçado, (20) desmilitarização das polícias militares estaduais, (21) extinção da Justiça Militar estadual, (22) exclusão de civis da jurisdição da Justiça Militar federal, (23) supressão, na legislação, de referências discriminatórias das homossexualidades, (24) alteração da legislação processual penal para eliminação da figura do auto de resistência à prisão, (25) introdução da audiência de custódia, para prevenção da prática da tortura e de prisão ilegal; (C) *medidas de seguimento das ações e recomendações*: (26) estabelecimento de órgão permanente com atribuição de dar seguimento às ações e recomendações da CNV, (27) prosseguimento das atividades voltadas à localização, identificação e entrega aos familiares ou pessoas legitimadas, para sepultamento digno, dos restos mortais dos desaparecidos políticos, (28) preservação da memória das graves violações de direitos humanos e, (29) prosseguimento e fortalecimento da política de localização e abertura dos arquivos da ditadura militar. Cfr.: BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 1, parte 5). p. 964-975. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

²² Corte IDH. Caso Herzog e outros vs. BRASIL. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de março de 2018. Série C, n. 353, parágrafo 279. As citações diretas dessa sentença são traduções livres do texto original em espanhol.

²³ Como já mencionado alhures, o número inicial indicado no Relatório da CNV aponta que, pelo menos, 8.350 indígenas morreram durante o regime de exceção (cerca de 1.180 Tapayuna, 118 Parakanã, 72 Araweté, mais de 14 Arara, 176 Panará, 2.650 Waimiri-Atroari, 3.500 Cinta-Larga, 192 Xetá, no mínimo 354 Yanomami e 85 Xavante de Marãiwatsédé). Cr. BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. p. 254. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

²⁴ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. p. 205. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

3 Regime de exceção brasileiro (1964-1985) e povos indígenas: a caracterização da invisibilidade desses povos originários

Os povos indígenas do Brasil sofrem “violência decorrente de políticas de assimilação, negação de direito às terras e impactos decorrentes do desenvolvimento em larga escala”²⁵ desde o chamado “encontro”²⁶ entre civilizações, ocorrido no âmbito da expansão colonialista promovida especialmente pelas Coroas Portuguesa e Espanhola, no Século XVI, com o apoio do pensamento dominante²⁷ e da Igreja Católica que propagava a necessidade de “espalhar a fé cristã”.

É certo, ademais, que as violações de direitos humanos dos povos indígenas ocorridas durante o período de exceção, e até mesmo antes do início do regime²⁸, como regra, permanecem invisíveis^{29 30 31}, como se inexistentes fossem para o Estado brasileiro. Exemplifica tal panorama a política estatal integracionista materializada pelo Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPI/ITN), criado em 1910, e substituído pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a partir de 1967³² e até o marco constitucional de 1988, cujos efeitos ainda repercutem nos dias atuais.

Durante o regime de exceção (1964-1985), portanto, o *status quo ante* em relação aos povos indígenas foi mantido e fortalecido pelo Estado brasileiro. Dito isto, para os fins do presente estudo, utilizando os principais casos catalogados no Relatório Final emitido pela CNV como parâmetro, serão a seguir brevemente explicitados apenas dois eixos (ou grupos) principais de violações praticadas pela política estatal contra os

²⁵ SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Direitos humanos dos povos indígenas. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (coord.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. P. 379.

²⁶ O termo é parte da expressão “encontro entre dois mundos” utilizado por Joseph Höffner para designar o momento em que os europeus aportaram na América e tiveram seu primeiro contato com os índios. Cfr.: HÖFFNER, Joseph. *La ética colonial española del siglo de oro, cristianismo y dignidad humana*. Rivadeneira: Madrid, 1957. p. 97 e ss.

²⁷ Nesse ponto, importa ressaltar o trabalho desenvolvido pelos pensadores da Escola Ibérica da Paz (séculos XVI e XVII) que, de forma contramajoritária e baseados na *recta ratio*, questionavam o “direito” das potências marítimas de subjugar os povos indígenas da América. Cfr.: LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *A reconstrução da subjetividade coletiva dos povos indígenas no direito internacional dos direitos humanos: o resgate do pensamento da escola ibérica da paz (séculos XVI e XVII) em prol de um novo jus gentium para o século XXI*. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.; CALAFATE, Pedro; GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado (dir.). *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América/Escuela Ibérica de la Paz: la conciencia crítica de la conquista e colonización de América: 1511 – 1694*. Santander: Universidade de Cantábria, 2014. Na atualidade, o conceito de *recta ratio* vem sendo resgatado por Caçado Trindade, atual Juiz da Corte Internacional de Justiça, ao citar os “pais fundadores” do Direito Internacional em seus votos (Cfr., *inter alia*, os três casos envolvendo as Ilhas Marshall (contra Reino Unido, Índia e Paquistão), o caso Croácia v. Sérvia e o caso Alemanha v. Itália, com intervenção da Grécia. Cfr., ainda, TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 6-29).

²⁸ Em Carta Régia de 13 de maio de 1808, a Coroa Portuguesa declarou guerra justa contra o Povo Krenak, sob a alegação de antropofagia. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Carta Régia de 13 de maio de 1808. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/carreg_sn/antioresa1824/cartaregia-40169-13-maio-1808-572129-publicacaooriginal-95256-pe.html. Acesso em: 23 maio 2019.

²⁹ Em sentido contrário, merecem destaque as denúncias de violações de direitos humanos contra indígenas que foram enviadas ao Tribunal Russell II (1974-1976) e ao Tribunal Russel IV (1980), citados, inclusive, no Relatório da CNV. BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. p. 208. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

³⁰ Outrossim, conforme o Relatório final da CNV, houve também a instalação de diversas Comissões Parlamentares de Inquérito para apurar esses tipos de violações de direitos humanos e a elaboração do Relatório Figueiredo – relatório produzido em 1967 pelo Procurador Jader de Figueiredo Correa que apurou matanças de comunidades inteiras, torturas e toda sorte de crueldades praticadas contra indígenas em todo o país desde a década de 40. O Referido relatório, supostamente eliminado em um incêndio no Ministério da Agricultura, foi encontrado no Museu do Índio (RJ), contendo 29 dos 30 tomos originais. BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. p. 208. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

³¹ Por fim, cite-se o Grupo de Trabalho sobre violações de direitos humanos relacionadas à luta pela terra e contra populações indígenas, por motivações políticas, instituído pela Resolução nº 5/2012, no âmbito da CNV.

³² Nesse ponto, saliente-se que, com a edição do Decreto nº. 66.882, em 1970, a FUNAI incorporou formalmente atividades de assessoramento de segurança e informações à sua estrutura, por meio de uma “Seção de Segurança e Informações”, vinculada à Divisão de Segurança e Informações (DSI) do Ministério do Interior, o que fortaleceu o ideal da doutrina da segurança nacional de que as terras indígenas e seus modos de vida seriam obstáculos ao desenvolvimento e à segurança da Nação.

povos indígenas durante o período.

O primeiro rol de violações será dedicado a analisar o massacre do povo indígena Waimiri-Atroari (Kinja ou Kiña), ocorrido na fronteira entre os estados do Amazonas e de Roraima em razão da suposta necessidade de se levar progresso e desenvolvimento à região Norte. Já o segundo rol analisará a instalação do Reformatório Krenak e da Guarda Rural Indígena (GRI) no território do povo indígena Krenak, além de determinações de deslocamentos forçados desse povo pelo SPI e pela FUNAI, fatos que tiveram lugar em Minas Gerais.

3.1 As violações praticadas contra o povo indígena Waimiri-Atroari

Segundo o Relatório da CNV, os Waimiri-Atroari foram massacrados, entre os anos 1960 e 1980, como parte de um plano oficial do Estado para removê-los de seu território e atraí-los com o objetivo exclusivo de acelerar seu processo de integração na sociedade nacional. Em 1972, segundo dados da FUNAI, os Waimiri-Atroari possuíam uma população de cerca de 3 mil pessoas, as quais foram reduzidas para 420, em 1987, e apenas 350 pessoas, em 1983.

Isso porque ao Estado brasileiro, naquele momento, interessava tão somente providenciar a abertura da BR-174 (Manaus-Boa Vista), a construção da hidroelétrica de Balbina e, ainda, assegurar a atuação de mineradoras e garimpeiros interessados em explorar jazidas que existiam naquele território.

Extraí-se do Relatório da CNV uma verdadeira política estatal genocida e etnocida institucionalizada para exterminar a cultura e o modo de vida dos Waimiri-Atroari, inclusive porque o contato com esse povo indígena “já havia sido tentado desde o início do século, mas não havia tido sucesso em razão da abundância de malocas indígenas em diferentes rios e da resistência dos índios à invasão de seu território”³³. Nesse panorama, para alcançar os objetivos fixados pelo governo militar, relacionados à construção da BR-174, segundo o Relatório:

[...] a partir de 1968, foi criado entre a Funai, o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), o Instituto de Terras (ITERAM), o Ministério da Aeronáutica e o Grupamento Especial de Fronteiras do Exército um plano de ação para possibilitar a invasão do território Waimiri-Atroari e a execução dos projetos econômicos do governo militar para aquela região. A criação dos Postos Indígenas de Atração (PIA) nos rios Camanaú, em 1969, Alalaú, em 1970, e Santo Antônio do Abanari, em 1972, ocorreu como consequência desse plano e visava a remoção dos índios e de suas malocas do traçado da rodovia. Em relatório da Frente de Atração Waimiri-Atroari lê-se que o PIA: tem como principal objetivo realizar a atração dos grupos indígenas Waimiri-Atroari acelerando seu processo de integração na sociedade nacional, assim como realizar trabalhos de apoio aos serviços da estrada BR-174³⁴.

A construção da BR-174 — a revelia da vontade dos índios e permeadas de atos violentos por parte do Estado brasileiro que funcionava sob a “lógica militar de guerra” — foi finalizada em 1979. Durante 1968 e 1979, são diversos os relatos que apontam para o genocídio desse povo indígena, seja por intermédio de bombardeios terrestres, seja por meio de bombardeios aéreos, inclusive com a utilização de *napalm* (composta por sais de alumínio e por ácidos naftétnico e palmítico, ao ser misturada com gasolina, torna-se uma substância explosiva), para garantir que a estrada não tivesse seu curso alterado e passasse por dentro do território Waimiri-Atroari.

Já no ano de 1981, na mesma região, é iniciada a construção da usina hidroelétrica de Balbina “e, para tanto, o general Figueiredo desmembrou a parte leste da terra indígena Waimiri-Atroari por meio do Decre-

³³ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. p. 234. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

³⁴ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. p. 234. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

to nº. 86.630”.³⁵ Aproximadamente 30.000 mil hectares foram inundados, o que ocasionou a remoção de, pelo menos, duas aldeias.

O desmembramento autorizado pelo já citado Decreto nº 86.603/1981 também serviu aos interesses das mineradoras Timbó/Parapanema e Taboca que, desde a década de 70, pediam autorização para prospecção mineral na área. Com o decreto de Figueiredo, as mineradoras Timbó/Parapanema e Taboca puderam se estabelecer numa área de 526.800 hectares dentro da reserva Waimiri-Atroari.

As empresas em questão, além de celebrarem um contrato com a FUNAI em 1982 para permitir a construção de outra estrada dentro das terras Waimiri-Atroari com a extensão de 38 quilômetros, possuíam autorização do Comando Militar da Amazônia para “manter ao seu serviço 400 homens equipados com cartucheiras 20 milímetros, rifle 38, revólveres de variado calibre e cães amestrados”³⁶, tendo sido contratada uma empresa paramilitar chamada Sacopã, especializada em “limpar a selva”.

Por fim, as terras dos Waimiri-Atroari foram invadidas por posseiros e fazendeiros que se instalavam às margens da BR-174 e ao sul da reserva, sendo certo também que

[...]o governo militar apoiou ainda iniciativas de colonização do território Waimiri-Atroari, com financiamentos de atividades agropecuárias por meio dos programas Polo Amazônia e Proálcool, que beneficiaram, entre outras empresas, a Agropecuária Jayoro.³⁷

A miríade de violações ocorridas em curto lapso temporal é tão extensa que é quase inacreditável que, até hoje, não tenha havido qualquer espécie de reparação ao povo indígena Waimiri-Atroari.

3.2. As violações praticadas contra o povo indígena Krenak

Igualmente avassaladoras são as graves violações de direitos humanos praticadas pelo regime de exceção brasileiro em relação ao povo indígena Krenak. Ao final dos anos 60, depois do AI-5, o Estado brasileiro criou uma cadeia oficial dentro do território Krenak, especificamente no município de Resplendor/MG, exclusiva para a detenção de indígenas considerados criminosos ou com comportamentos tidos como desviantes, sendo certo que a CNV colheu “denúncias de casos de morte por tortura no tronco, trabalho forçado e desaparecimento de prisioneiros”.³⁸

Sobre o assunto, a CNV transcreveu, inclusive, parte da denúncia contida em documento enviado ao Tribunal Russell II, em 1974:

[...] com relação aos índios, o clima é de terror. Contrariando seus Estatutos e atentando contra os direitos humanos, a Funai criou uma prisão para os índios em Crenaque, no município de Governador Valadares, Minas Gerais. Na gestão de Bandeira de Melo [Presidente da FUNAI] a prisão tem sido muito usada. Segundo palavras do sertanista Antonio Cotrim Soares, jamais contestadas pela Funai, Crenaque “é um campo de concentração” para onde são enviados os índios revoltados com o sistema explorador e opressivo da Funai. A prisão é dirigida por um oficial da PM de Minas Gerais [capitão Manoel Pinheiro], comandando um destacamento de seis soldados. Os índios presos são obrigados a um regime de trabalho forçado de oito horas diárias. São colocados em prisões celulares, isolados uns dos outros. E recebem espancamentos e torturas. Cotrim conta o caso do índio Oscar Guarani, de Mato Grosso, que ao entrar na prisão pesava 90 quilos e de lá saiu pesando 60, além de apresentar marcas de sevícias no corpo [em tempo, segundo a própria CNV, o crime de Oscar Guarani foi ter ido

³⁵ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. p. 235. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

³⁶ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. p. 236. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

³⁷ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. p. 236. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

³⁸ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. p. 239-240. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

a Brasília apresentar reivindicações à direção da Funai, sendo preso após se desentender, nos corredores da instituição, com um militar que não permitiu seu encontro com o presidente da instituição. Ficou detido por três anos]³⁹.

Contabiliza-se que, pelo menos, 121 índios, de várias etnias⁴⁰, foram encarcerados no conhecido Reformatório Krenak entre os anos de 1969 e 1979, muitos deles sem qualquer ordem judicial.

A CNV, ao visitar as ruínas da prisão clandestina na terra indígena Krenak, colheu o depoimento do ancião Oredes Krenak, o qual contou que eles [indígenas] eram punidos por coisas pequenas, como desobediência por não aceitar fazer trabalho forçado, ou quando não faziam o que lhes era pedido por não saber fazer. E qual seria essa punição? O próprio Oredes Krenak relembra: “a punição era: ficar presos, passar dois dias sem comer, mais dois dias só com duas refeições, e só eram soltos no quinto dia. Na cadeia, muitos passavam fome, ficavam sem comer nem beber”⁴¹.

Muitas perguntas sobre o que aconteceu naquela cadeia oficial, símbolo da violência e arbitrariedade com as quais foram tratados os povos indígenas durante o regime de exceção, permanecem sem respostas, como asseverou a CNV:

quais serão as memórias dos 121 presos indígenas listados? Quantos indígenas foram presos sem registros? De quais etnias seriam esses presos sem documentação? Quais foram torturados e quantos desapareceram? Quem são os responsáveis pelas violências, torturas e desaparecimentos de índios na cadeia do Krenak? Qual a estrutura de comando acima do capitão Pinheiro?

A CNV, mesmo que ainda não tenha as respostas para as questões acima, com base na documentação reunida reconhece, no Reformatório Krenak e na Fazenda Guarani (que o sucedeu), a sua abrangência nacional quanto à função de prisão de índios rebeldes, encarcerando indígenas de 23 etnias. Ademais, especificamente para a população Krenak, obrigada a viver sob as mesmas condições de índios presos em suas terras, o reformatório assume um caráter de “campo de concentração”, conforme denunciado no Tribunal Russell II, ou “prisão domiciliar”, como descrito no caso Aikewara. Os indícios levantados relacionam esse reformatório aos centros de torturas e, portanto, as investigações deverão ser aprofundadas pelo Estado brasileiro⁴².

Afora as diversas violações relacionadas ao Reformatório Krenak, o povo indígena Krenak sofreu também as consequências da instituição da Guarda Rural Indígena (GRI) no ano de 1969 e, ainda, com determinações de deslocamentos forçados pelo SPI e pela FUNAI.

Quanto à Guarda Rural Indígena, entidade criada para recrutar índios para atuar como força policial nas áreas indígenas, a CNV conseguiu apurar tão somente que houve denúncias de “arbitrariedades, espancamentos, e abusos de toda a sorte”⁴³, considerando imprescindível que as investigações fossem aprofundadas, o que, até o momento, não ocorreu.

Ainda que os relatos apontem para um curto período de atuação da Guarda Rural Indígena, a própria criação de uma espécie de polícia indígena destinada a “fiscalizar” os próprios indígenas, inclusive, com as vestimentas e técnicas policiais típicas de um período de exceção, desestruturando a hierarquia tradicional-

³⁹ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. p. 244. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

⁴⁰ Extrai-se do Relatório da CNV: “Foram identificados pelo nome: 22 Karajá, 17 Terena, 13 Maxacali, 11 Pataxó, nove Krenak, oito Kadiweu, oito Xerente, seis Kaiowá, quatro Bororo, três Krahô, três Guarani, dois Pankararu, dois Guajajara, dois Canela, dois Fulniô e um Kaingang, Urubu, Campa, Xavante, Xakriabá, Tupinikim, Sateré-Mawé, Javaé, além de um não identificado, porém, o número de índios presos na ditadura militar pode ser maior”. Cfr.: BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. p. 239-240 e 244. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

⁴¹ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. p. 245. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

⁴² BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. p. 245. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

⁴³ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. p. 212. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

mente existente nas comunidades, já possibilita mensurar a enormidade da violação à cultura desse povo. Na formatura da 1ª turma da GRI, foram feitas imagens históricas de soldados da própria Guarda carregando um homem pendurado em um pau de arara⁴⁴.

Antes mesmo da instalação do Reformatório e da criação da GRI, o povo indígena Krenak havia sido deslocado forçosamente “de seu território, no município de Resplendor (MG) para a região de Águas Formosas em 1957”. A decisão, tomada com o aval do SPI (antecessor da FUNAI), “respondia à última etapa da ação do órgão para liberar as terras para colonização, foi tomada de forma atropelada e sem nenhum início do planejamento da direção acerca da transferência dos Krenak”. Como atestou a CNV,

[...] frente às péssimas condições de vida no posto de Águas Formosas, os indígenas retornam a pé, de carro e de trem em uma viagem de três meses e cinco dias⁴⁵.

Em dezembro de 1972, novo deslocamento forçado foi coordenado em razão da demonstração de interesses econômicos na terra tradicionalmente ocupada pelos Krenak. Dessa vez para levar os indígenas para a Fazenda Guarani, situada no município de Carmésia/MG, local que também serviu como prisão indígena. Somente na década de 80, o povo indígena Krenak, mesmo receoso com eventual violência por parte dos agentes do Estado e dos fazendeiros, começou a retornar ao seu território.

Esse conjunto de graves violações de direitos humanos causou grande desagregação social e cultural do povo indígena Krenak, podendo ser rotulada, inclusive, como verdadeira política etnocida do Estado brasileiro.

4 As aproximações existentes entre o constitucionalismo pluralista latino-americano e a Constituição Federal de 1988

Para Raquel Yrigoyen Fajardo, o constitucionalismo pluralista, iniciado na década de 80 e em andamento até os dias atuais no âmbito do movimento do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, apresenta três ciclos de reformas constitucionais e aponta para a construção e consolidação de um Estado que reconhece o direito à diversidade e à identidade cultural dos povos indígenas⁴⁶.

Busca-se, portanto, o pluralismo jurídico, o qual pode ser definido como a convivência ou coexistência de mais de um sistema normativo no mesmo espaço geopolítico. Em suma, o horizonte constitucionalista proposto reconhece que “os povos indígenas possuem dignidade e direitos, não estando sujeitos à tutela colonial”⁴⁷ e desconstitui a ideologia de inferioridade “natural”.

Esse processo de reconstrução do paradigma constitucional, retirando os povos originários da posição subordinada que lhes foi imposta, é iniciado com a emergência do multiculturalismo sem alcançar o pluralismo jurídico (primeiro ciclo – 1982-1988), passa pelo reconhecimento do modelo de Estado pluricultural e o

⁴⁴ Cfr. reportagem da Folha de São Paulo intitulada “Como a ditadura ensinou técnicas de tortura à Guarda Rural Indígena”. CAPRIGLIONE, Laura. Como a ditadura ensinou técnicas de tortura à Guarda Rural Indígena. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 11 nov. 2012. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2012/11/1182605-como-a-ditadura-ensinou-tecnicas-de-tortura-a-guarda-rural-indigena.shtml>. Acesso 25 abr. 2019.

⁴⁵ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. p. 210. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

⁴⁶ Cfr.: FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El derecho en la América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 140-143 e 149-154.

⁴⁷ FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. In: AHRENS, Helen (comp.). *El estado de derecho hoy en América Latina: libro em homenagem a Horst Schönbohm*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. (Coleção Fundação Konrad Adenauer). p. 171. Disponível em: https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_documento_dok_pdf_31788_4.pdf/2a209f4a-6317-211c-9b00-1b66721b18b3?version=1.0&t=1539656876906. Acesso em: 2 jan. 2019. As citações diretas dessa obra são traduções livres do texto original em espanhol.

pluralismo jurídico (segundo ciclo – 1989-2005) até, por fim, restar caracterizado que os povos indígenas se constituem em nações ou nacionalidades originárias e, fazendo um novo pacto com o Estado, conformam um Estado plurinacional (terceiro ciclo – 2006-2009).

No primeiro ciclo (multicultural), as Constituições introduzem os conceitos de diversidade cultural e de identidade cultural, além de reconhecer a configuração multicultural e multilíngue da sociedade. Exemplos desse marco são as Constituições do Canadá (1982), da Guatemala (1985) e Nicarágua (1987). A Constituição brasileira de 1988, como se verá detalhadamente abaixo, também é incluída nesse ciclo, mas já apresenta parte das características do ciclo seguinte.

Por seu turno, o segundo ciclo (pluricultural) caracteriza-se por apresentar Constituições que reconhecem constitucionalmente os direitos — seja de forma individual, seja de forma coletiva — de identidade e diversidade cultural, desenvolvendo, ainda, os conceitos de nação multiétnica e Estado pluricultural. Nesse marco, encontra-se a adoção da Convenção 169 da OIT, em 1989, e as Constituições de diversos países latino-americanos⁴⁸. O grande destaque desse ciclo, todavia, refere-se à introdução do pluralismo jurídico que rompe com a identidade Estado-direito monista.

Já o terceiro ciclo (plurinacional), explicitado pela adoção da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) e pelas Constituições de Bolívia (2006-2009) e Equador (2008), aponta, explicitamente, para um projeto “descolonizador”, afirmando peremptoriamente o Princípio do Pluralismo Jurídico, a igual dignidade dos povos e culturas e a interculturalidade, conceitos que são traduzidos, em análise última, no direito à autodeterminação ou livre determinação dos povos. Assim, a constitucionalização do pluralismo jurídico põe fim à monoculturalidade estatal⁴⁹.

Sedimenta-se, assim, a ideia de Estado plurinacional e se reconhece, constitucionalmente, o direito à diversidade cultural e à identidade, o que, por sua vez, ocasiona a revisão dos conceitos de legitimidade e participação popular, especialmente de parcela da população historicamente excluída dos processos de decisão, como a população indígena. Sobre o assunto, Raquel Yrigoyen Fajardo sintetiza:

[...] as reformas constitucionais mais importantes ocorridas nas últimas três décadas impactaram a própria definição do modelo de Estado e reconfiguraram a relação jurídica entre os Estados e os povos indígenas. Estas reformas foram feitas segundo o horizonte da Convenção 169 da OIT; com exceção do Chile, todos os países andinos mudaram a Constituição (Colômbia em 1991, Peru em 1993, Bolívia em 1994-2007, Equador em 1998 e 2008, e Venezuela em 1999) incorporando elementos da Convenção 169. Entre tais reformas, cabe ressaltar as que seguem: (a) o reconhecimento do caráter pluricultural do Estado/nação/república, e o direito à identidade cultural, individual e coletiva, o que permite superar a ideia de Estado-nação monocultural e monolíngue; (b) o reconhecimento da igual dignidade das culturas, que rompe com a supremacia institucional da cultura ocidental sobre as demais; (c) o caráter do sujeito político dos povos e comunidades indígenas e campesinas. Os povos indígenas têm direito ao controle das suas instituições políticas, culturais e sociais e seu desenvolvimento econômico, o que permite superar o tratamento tutelar desses povos, como objeto de políticas que ditam terceiros; (d) o reconhecimento de diversas formas de participação, consulta e representação direta de povos indígenas, campesinos e afrodescendentes, o que supera a ideia de que apenas os funcionários públicos representam e podem formar a vontade popular; (e) o reconhecimento do direito (consuetudinário) indígena e a jurisdição especial. Isto supõe uma forma de pluralismo jurídico interno. Todos os países andinos incorporaram na Constituição alguma fórmula de pluralismo legal reconhecendo autoridades indígenas ou campesinas, funções de justiça ou jurisdicionais, e o direito indígena ou suas próprias normas e procedimentos; (f) junto a isso, o reconhecimento de um conjunto de direitos relativos à terra,

⁴⁸ Entre eles: Colômbia (1991), México (1992), Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia (1994), Equador (1996 e 1998) e Venezuela (1999).

⁴⁹ Cfr., nesse sentido: FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. In: AHRENS, Helen (comp.). *El estado de derecho hoy en América Latina*: livro em homenagem a Horst Schönbohm. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. (Coleção Fundação Konrad Adenauer). p. 171. Disponível em: https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_31788_4.pdf/2a209f4a-6317-211c-9b00-1b66721b18b3?version=1.0&t=1539656876906.

as formas organizacionais coletivas, educação bilíngue intercultural, oficialização de idiomas indígenas etc. [...] (Tradução livre)⁵⁰.

No mesmo contexto em que inserido o constitucionalismo pluralista, a Constituição de 1988 inaugura a mudança na proteção dos direitos indígenas no Brasil ao romper o paradigma até então vigente de que a condição de indígena era transitória e deveria ser respeitada até a sua integração “*progressiva e harmoniosamente à comunhão nacional*”⁵¹.

Assim, o Estado brasileiro, pelo menos no texto constitucional e de forma pioneira, “embora sem coragem para declarar o país multiétnico e pluricultural”⁵², para utilizar as palavras de Frederico Marés, garantiu o direito de ser e continuar sendo índio, reconhecendo-lhes seus costumes e tradições (art. 231). Em outras palavras, a Constituição atual assegura juridicamente aos povos indígenas o “resgate” de sua cultura e modo de viver.

Nesses termos, a partir de 1988, o marco constitucional brasileiro encontra-se inserido no que Raquel Yrigoyen Fajardo intitula primeiro ciclo do constitucionalismo pluralista, já na fase de transição para o segundo ciclo:

[...] o primeiro ciclo de reformas constitucionais que cabe ser colocado no horizonte do constitucionalismo pluralista desenvolveu-se durante os anos oitenta do século XX (1982-1988) e está marcado pelo surgimento de multiculturalismo e por novas demandas indígenas. Neste ciclo, as Constituições introduzem o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural e multilíngue da sociedade, o direito — individual e coletivo — à identidade cultural e alguns direitos indígenas específicos.

A Constituição do Canadá (1982) abre a lacuna então existente com um reconhecimento pioneiro de sua herança multicultural (*multicultural heritage*) e com a incorporação de direitos aborígenes (*rights of aboriginal peoples*). Duas constituições da América Central, a da Guatemala em 1985 e da Nicarágua em 1987, também fazem parte deste horizonte, procurando reconciliar suas sociedades e dar respostas às demandas indígenas no contexto de conflitos.

A Constituição da Guatemala reconhece a configuração multiétnica, multicultural e multilíngue do país e “o direito dos indivíduos e comunidades à sua identidade cultural”, bem como certos direitos específicos para grupos étnicos e comunidades indígenas. A Constituição da Nicarágua também reconhece a “natureza multiétnica” do povo, assim como os direitos culturais, linguísticos e territoriais das comunidades étnicas do Atlântico, para que possam se organizar de acordo com “suas tradições históricas e culturais” e desenvolver um sistema de autonomias. A Constituição Brasileira de 1988, que antecede e um ano a adoção da Convenção 169 da OIT sobre os direitos indígenas, e reconhece algumas questões debatidas por ocasião da revisão da Convenção 107 da OIT, está localizada no limiar para o segundo ciclo (tradução livre)⁵³.

Ao tratar sobre os direitos territoriais indígenas à luz do texto constitucional atual e a partir de uma interpretação intercultural, Julio José Araujo Junior assevera que a “Constituição Federal de 1988 não fechou os olhos à ferida colonial”, sendo certo que é possível extrair de seu texto

[...]um potencial transformador, que repudia o racismo e incita a construção livre, justa e solidária, comprometida com erradicação da pobreza e o enfrentamento das desigualdades.

⁵⁰ FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In: BERRAONDO, Mikel (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. p. 30-31. Disponível em: <http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019.

⁵¹ Nesse sentido, é expresso o Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/73 – Art. 1.º): “Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”.

⁵² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 185.

⁵³ FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El derecho en la América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 141.

Mais que isso: a Carta Constitucional enfatiza “a autonomia dos povos indígenas, com respeito a seus modos de vida, costumes, tradições e mediante o reconhecimento das terras que tradicionalmente ocupa” e, por isso, “a compreensão sobre os conceitos exarados na Constituição deve ser aberta à incidência de múltiplas cosmovisões, sem estabelecer a precedência dos valores hegemônicos”⁵⁴.

Com essas premissas, e para que haja sucesso na interpretação intercultural, é indispensável que ocorra a “ampliação de canais e espaços que assegurem o protagonismo indígena de alta intensidade”⁵⁵. Em síntese, prossegue o autor:

a suplantação de olhares coloniais e até de interpretações como a ora proposta depende de uma ativa manifestação dos indígenas acerca de suas percepções sobre o tema [...]. Novos arranjos de participação e internalização, por meio da interpretação, de cosmovisões indígenas, colhendo-se os bons frutos do constitucionalismo andino, são tarefas prementes.

Indubitavelmente, o mesmo raciocínio deve ser aplicado à justiça de transição brasileira sob pena de, mais uma vez, os povos indígenas serem invisibilizados no processo — ainda em curso — de reconciliação com passado recente.

Isso porque, mesmo diante da gravidade dos fatos, até em razão da invisibilidade já citada, as violações perpetradas contra os povos indígenas Waimiri-Atroari, Krenak e tantos outros no período de exceção fez com que a justiça transicional brasileira não levasse em consideração, na estruturação de seus mecanismos, as especificidades das violações e das reparações necessárias no caso dessas comunidades.

Impõe-se, portanto, mais um desafio ao já desconexo processo transicional brasileiro: a adequação dos mecanismos transicionais que, até o momento, são primordialmente centrados no indivíduo, para possibilitar, no caso dos povos indígenas, a reparação de violações que atingiram a própria existência do ser coletivo (povo).

Para tanto, o desenvolvimento do horizonte pluralista no modelo constitucional brasileiro, seja em razão do já citado art. 231, seja em virtude da internalização da Convenção 169 da OIT, surge como fundamento teórico adequado para viabilizar uma justiça de transição aos povos indígenas.

5 Considerações finais

O constitucionalismo pluralista latino-americano — enquanto “grande projeto descolonizador” que expressa resistência aos antigos e novos colonialismos — questiona o próprio fato colonial que é embasado na ideologia de “inferioridade natural dos índios” e coloca os povos originários em uma posição subordinada, forçando-os à conversão a “cidadãos”⁵⁶.

Descortina-se, assim, um novo paradigma constitucional em busca do pluralismo jurídico. A Constituição Federal de 1988 já deu o passo indispensável para que os povos indígenas possuam seu lugar de falar e sua representatividade, bem como tenham sua diversidade e identidade culturais respeitadas.

Nesse contexto, o enfrentamento da violação dos direitos humanos dos povos indígenas no regime de exceção brasileiro é premente e deve ser auxiliado pelo atual viés pluralista adotada pela Carta Constitucional de 1988.

⁵⁴ ARAUJO JUNIOR, Julio José. *Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 305-306.

⁵⁵ ARAUJO JUNIOR, Julio José. *Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 367.

⁵⁶ FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El derecho en la América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 139. As citações diretas dessa obra são traduções livres do texto original em espanhol.

O processo de justiça transicional ainda se encontra incompleto, mesmo para as graves violações de direitos humanos perpetradas contra a sociedade envolvente. Quando se analisa a situação dos povos indígenas, a dita incompletude beira à completa ausência de justiça de transição. A investigação iniciada pela CNV, como ela mesma destacou, “precisa de continuidade para que esses povos participem e sejam beneficiados pelo processo de justiça transicional em desenvolvimento no Brasil”⁵⁷.

Recentes iniciativas do Ministério Público Federal no Amazonas (no caso dos Waimiri-Atroari) e em Minas Gerais (no caso dos Krenak) geraram o ajuizamento de ações civis públicas. No primeiro caso, busca-se

[...] apresentar os fatos que culminaram no extermínio de membros do povo Waimiri-Atroari e pedir provimento jurisdicional que assegure a reparação pelos danos causados, cujos efeitos são sentidos até hoje, bem como garantias de que jamais se repitam violações similares, com vistas a assegurar a efetiva paz no território Kinja (ACP 1001605-06.2017.401.3200).

Por sua vez, no segundo caso, pretende-se enfrentar as graves violações de direitos humanos relacionadas ao povo indígena Krenak, mormente em razão da criação da Guarda Rural Indígena, da instalação do Reformatório Krenak e do deslocamento forçado de indígenas, de diversas etnias, principalmente da Krenak, para a Fazenda Guarani, localizada no município de Carmésia/MG, que também funcionou como centro de detenção arbitrária de indígenas após a extinção do Reformatório Krenak (ACP 64483-95.2015.4.01.3800).

Em ambas as ações, o Ministério Público Federal aponta para a necessidade de mecanismos de justiça de transição específicos para os povos indígenas e que respeitem seus modos de vida e costumes.

No caso dos Waimiri-Atroari, o *Parquet* federal elencou, entre os pedidos formulados na inicial, a necessidade de:

Quadro 1

(1)	“preservação de locais sagrados, cemitérios e espaços territoriais imprescindíveis de pertencimento ao povo que sejam impactados pela rodovia, mediante indicação e sinalização, observado o art. 6º da Convenção nº 169/OIT”;
(2)	realização de “cerimônia pública de pedido de desculpas na Terra Indígena Waimiri-Atroari, com a presença de representantes do Poder Executivo Federal e Estadual, com convite às autoridades dos municípios circunvizinhos àquela Terra Indígena, em data e formato a serem acordados antecipadamente com os Kinja, com máxima publicidade dos atos praticados em todos os meios de comunicação de que dispõe o Estado brasileiro, observado o disposto no art. 6º da Convenção nº 169/OIT”;
(3)	“traduzir para a língua Karib, a Constituição da República de 1988, a Convenção nº 169/OIT e o texto temático do relatório final da Comissão Nacional da Verdade sobre as violações de direitos humanos dos povos indígenas, entregando os textos traduzidos ao povo Waimiri-Atroari”;
(4)	“entregar à comunidade todos os documentos governamentais, civis ou militares, mantidos sob qualquer meio impresso, digital ou audiovisual, produzidos no período da ditadura militar, referentes à etnia e ao empreendimento de construção da BR174”;
(5)	“promover, após consulta prévia, livre e informada à comunidade, a implantação, em parceria com os indígenas e eventualmente com terceiros interessados, de um Centro de Memória, destinado a manter a memória das violações aos direitos dos povos indígenas no país e no Estado do Amazonas e”;

⁵⁷ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. p. 206. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.

(6)	“garantir a inclusão, no conteúdo programático dos estabelecimentos de ensino médio e fundamental, do estudo das violações dos direitos humanos dos povos indígenas durante a ditadura militar, com destaque ao genocídio do povo Waimiri-Atroari, nos termos do art. 26-A da Lei nº 9.394/1996”.
-----	---

Quanto aos Krenak, do mesmo modo, o Ministério Público Federal incluiu, nos pedidos da Ação Civil Pública, a necessidade de:

Quadro 2

(1)	“realizar cerimônia pública na Terra Indígena Krenak, com a presença de altos representantes do Poder Executivo Federal e Estadual, durante a qual: a) seja feito pedido público de desculpas ao Povo Krenak pelas graves violações de direito perpetradas contra esta etnia durante a ditadura militar; b) seja destacada a obrigação do Estado, perante a Constituição da República de 1988 e tratados internacionais, de proteger e incentivar os modos de vida dos povos indígenas e de valorizar a diversidade cultural no país; devendo c) a data, o formato e a própria possibilidade de transmissão da cerimônia ser acordados antecipadamente com os Krenak; bem como d) a cerimônia ser transmitida, em rede televisiva pública com cobertura nacional”;
(2)	“traduzir, para a língua Krenak, a Constituição da República de 1988, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho e o texto temático do relatório final da Comissão Nacional da Verdade sobre as violações de direitos humanos dos povos indígenas, entregando os textos traduzidos ao povo Krenak”;
(3)	restaurar a “sede da Fazenda Guarani, implantando no local, em parceria com os indígenas e eventualmente com terceiros interessados, um Centro de Memória, destinado a manter a memória das violações aos direitos dos povos indígenas no país e no Estado de Minas Gerais, bem como a abrigar atividades culturais a serem realizadas pelos povos indígenas, desde que o resultado da consulta prévia seja favorável a esta medida”;
(4)	“implementar ações e apoiar iniciativas indígenas voltadas ao registro, transmissão e ensino da língua Krenak, bem como outras destinadas a resgatar e preservar a cultura do povo Krenak nos seus demais aspectos, as quais deverão ser definidas em consulta prévia a ser realizada na Terra Indígena Krenak”;
(5)	“garantir a inclusão, no conteúdo programático dos estabelecimentos de ensino médio e fundamental, do estudo das violações dos direitos humanos dos povos indígenas durante a ditadura militar, como forma de conferir efetividade ao disposto no art. 26-A da Lei nº 9.394/1996”;
(6)	“produzir material didático e promover a capacitação dos professores dos ensinos médio e fundamental sobre o tema das violações dos direitos humanos dos povos indígenas durante a ditadura militar, como meio de conferir efetividade ao disposto no art. 26-A da Lei nº 9.394/1996” e;
(7)	“produzir, em conjunto com os indígenas, material didático sobre a violação de direitos dos povos indígenas durante a ditadura militar, a ser utilizado nas escolas indígenas, em cumprimento ao disposto no art. 79, §2º, IV, da Lei nº 9.394/1996”.

Tais fatos, por óbvio, corroboram que o horizonte do constitucionalismo pluralista pode ser a fresta aberta para que os povos indígenas busquem as devidas reparações para as graves violações de direitos humanos perpetradas no período de exceção e que atingiram a sua própria existência coletiva.

O processo de justiça de transição brasileiro não deve parar até que haja reparação e consolidação de um regime plenamente democrático e fincado no pluralismo insito ao texto constitucional, sendo indubitável, em última análise, que

[...] para desencadear o diálogo intercultural, é necessário dar voz. Escutar. Enxergar. Permitir que se abra o coração. Nada será pleno sem a participação dos indígenas. Construir caminhos em conjunto é saber e garantir que eles podem, devem e irão falar. E que nós vamos ouvir⁵⁸.

Referências

- AMBOS, Kai *et al.* *Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- ARAUJO JUNIOR, Julio José. *Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 1,2 e 3. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 de maio de 2019.
- BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 2, texto 5. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.
- BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório final*. Brasília: CNV, 2014. v. 1, parte 5. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2019.
- BRASIL. *Exceções Preliminares, mérito, reparações e custas*. Sentença de 15 de março de 2018. Série C, n. 353, parágrafo 279.
- BRASIL. *Exceções preliminares, mérito, reparações e custas*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, n. 219.
- BRASIL. *Exceções preliminares, mérito, reparações e custas*. Sentença de 15 de março de 2018. Série C, n. 353.
- CALAFATE, Pedro; GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado (dir.). *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América/Escuela Ibérica de la Paz: la conciencia crítica de la conquista e colonización de América: 1511 – 1694*. Santander: Universidade de Cantábria, 2014.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Carta Régia de 13 de maio de 1808. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/carreg_sn/antioresa1824/cartaregia-40169-13-maio-1808-572129-publicacaooriginal-95256-pe.html. Acesso em: 23 maio 2019.
- CAPRIGLIONE, Laura. Como a ditadura ensinou técnicas de tortura à Guarda Rural Indígena. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 11 nov. 2012. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2012/11/1182605-como-a-ditadura-ensinou-tecnicas-de-tortura-a-guarda-rural-indigena.shtml>. Acesso 25 abr. 2019.
- DALMAU, Rubén Martínez. Asambleas constituintes e novo constitucionalismo em América Latina. *Tempo Exterior*, n. 17, p. 5-15, 2008, ISSN 1579-6582, Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5862528>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista In: AHRENS, Helen (comp.). *El estado de derecho hoy en América Latina: livro em homenagem a Horst Schönbohm*. Coleção Fundação Konrad Adenauer. México: UNAM, Instituto de Investigações Jurídicas, 2016. Disponível em: https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_31788_4.pdf/2a209f4a-6317-211c-9b00-1b66721b18b3?version=1.0&t=1539656876906. Acesso em: 2 jan. 2019.
- FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina In: VERDUM, Ricardo (org.). *Povos indígenas: constitui-*

⁵⁸ ARAUJO JUNIOR, Julio José. *Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 368.

ções e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

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

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In: BERRAONDO, Mikel (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. Disponível em: <http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019.

FREEMAN, Mark. *Necessary evils: amnesties and the search for justice*. Nova Iorque: Cambridge Press University, 2009.

GARFUNKEL, Ianiv. Verdad y justicia: terminos incompatibles en la justicia transicional. *American University International Law Review*, v. 32, Iss. 2, Article 7, 2015. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol32/iss2/7/>. Acesso em: 28 mar. 2019.

HÖFFNER, Joseph. *La ética colonial española del siglo de oro, cristianismo y dignidad humana*. Rivadeneyra: Madrid, 1957.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *A reconstrução da subjetividade coletiva dos povos indígenas no direito internacional dos direitos humanos: o resgate do pensamento da escola ibérica da paz (séculos XVI e XVII) em prol de um novo jus gentium para o século XXI*. 2015. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Direitos humanos dos povos indígenas. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. (coord.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Jurisdição indígena e pluralismo jurídico na América Latina:
estudo de caso sobre a justiça Waiwai

Indigenous jurisdiction and Latin American legal pluralism:
case study on the Waiwai justice

João Vitor Cardoso

Luiz Guilherme Arcaro Conci

Jurisdição indígena e pluralismo jurídico na América Latina: estudo de caso sobre a justiça Waiwai*

Indigenous jurisdiction and Latin American legal pluralism: case study on the Waiwai justice

João Vitor Cardoso**

Luiz Guilherme Arcaro Conci***

Resumo

Este artigo busca não somente descrever uma relação mais complexa e interativa entre formas jurídicas oficiais e não oficiais, mas também desenvolver hipóteses concernentes ao seu encadeamento, a fim de verificar se o pluralismo jurídico expressa características do constitucionalismo latino-americano. O caso de Denilson Trindade, indígena habitante da comunidade Manoá-Pium, que foi “condenado a waiwaizar”, após ser denunciado pelo Ministério Público por haver assassinado seu irmão, é utilizado para ilustrar o estado da arte do pluralismo jurídico no Brasil. Além disso, explora-se material empírico, proveniente de fontes etnográficas secundárias, bem como a revisão de estudos sociojurídicos acerca dos conceitos trabalhados. Oferta-se ao leitor alguma evidência que, talvez, possa haver a respeito do pluralismo jurídico no Brasil e, por conseguinte, do reconhecimento da legitimidade de jurisdições indígenas. Uma análise generalizante do caso exige um diálogo intercultural, confluindo para o enriquecimento recíproco entre as culturas jurídicas “originárias” e “contemporâneas” da América Latina. Nesse âmbito, é interessante a necessidade apontada pelo tribunal de explorar o direito comparado, tendo em vista o déficit de produção jurisprudencial no Brasil, perfazendo uma leitura dialogante como meio de legitimação da decisão judicial. A discussão revela que o pluralismo jurídico é um conceito-chave e parte integrante do acervo comum do constitucionalismo latino-americano. Ainda que seja um caso detentor de significado próprio, será preciso observar, em outros casos futuros, o desdobramento desse precedente. Nesses limites, este estudo realiza uma descrição sociojurídica do confronto entre jurisdições estatais e indígenas.

Palavras-chave: Pluralismo Jurídico. Direito Constitucional. Jurisdição Indígena. Waiwai.

Abstract

The present Article aims not only to describe a more complex and interactive relationship between official and unofficial legal systems, but also to

* Recebido em 31/05/2019
Aprovado em 17/08/2019

** Bolsista de Colaboração Acadêmica do Doutorado em Direito da Universidade do Chile, Pesquisador Bolsista do Projeto *Fondecyt* Número 1170940, Mestre pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, com estágio de investigação na *Université Paris Descartes*. Formado em Docência no Ensino Superior, pelo Programa de Formação Didática da Pós-Graduação da Universidade de São Paulo.
jvcardoso@usp.br

*** Professor de Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo – SP – Brasil), onde coordena o Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional e é Professor Permanente do PEPG em Governança Global e Políticas Públicas Internacionais (Stricto Sensu). Professor Titular de Teoria do Estado da Faculdade de São Bernardo do Campo (São Paulo – SP – Brasil). Doutor e Mestre em Direito (PUC-SP), com estágio de estudos pós-doutorais no Instituto de Derecho Parlamentar da Universidad Complutense de Madrid (2013-2014). Professor Visitante nas Universidades de Bolonha (2016), Buenos Aires (2011-2014) e Messina (2019). E-mail : lgaconci@hotmail.com.

develop hypotheses concerning its linkage, in order to explore whether legal pluralism expresses characteristics of Latin American constitutionalism. The case of Denilson Trindade, an indigenous inhabitant of the Manoá-Pium community, who was condemned to “become *waimai*” after being denounced by the District Attorney of Roraima for murdering his brother, is used to illustrate the current state of the art of legal pluralism in Brazil. In addition, empirical material from secondary ethnographic sources is explored, as well as the review of socio-legal studies on the concepts worked out. It is offered some evidence about legal pluralism in Brazil, and also on the recognition of the legitimacy of indigenous jurisdictions. A generalizing analysis of the case requires an intercultural dialogue, converging on the reciprocal enrichment between Latin American “traditional” and “contemporary” legal cultures. In this context, the criminal judge explored comparative law, given the lack of jurisprudential production in Brazil, performing a dialogical reading of the case as a means of legitimizing his decision. The discussion reveals that legal pluralism is a key concept and part of the common heritage of Latin American constitutionalism. Although this research concerns a case with its own value, it will be necessary to observe how this precedent evolve in further cases. Within these limits, this study offers a socio-legal description of the confrontation between state and indigenous jurisdictions.

Keywords: Legal Pluralism. Constitutional Law. Indigenous jurisdictions. Waiwai.

1 Introdução

Nossa tarefa fundamental, neste ensaio, como estudiosos e praticantes do constitucionalismo na América Latina, é esboçar aquilo que temos em comum, no quadro das transformações pelas quais a região vem passando desde o último quarto do Século XX. Levando-se em conta o acontecimento que foi o movimento constitucionalista latino-americano nessas últimas décadas, teriam surgido desvios “pluralistas” em relação ao constitucionalismo tradicional, “monista”, especialmente, nas novas constituições de Bolívia (2009) e Equador (2008), em que essa nuance aparece de maneira mais explícita. Essas constituições consagram o respeito aos ciclos vitais do planeta, a incorporação do autogoverno indígena e o pluralismo jurídico.

Nessa conjunção de fatores, Sousa Santos identifica a emergência de um constitucionalismo “transformador”, “experimental” e “pós-colonial”, que visa superar a crise do Estado ao articular vários tipos de democracia: participativa, comunitária e intercultural¹. Diante disso, o desafio em mãos consiste em reconstruir a teoria constitucional, no sentido de contestar, em vista de todo o imbróglia a respeito de sua pertença ou não à tradição liberal, se o “pluralismo jurídico” teria reverberado no caso brasileiro, elevando a jurisdição indígena a um posto de destaque no debate nacional.

Para investigar o “pluralismo jurídico” no Brasil, foi conduzido um estudo de caso, que busca a apresentação de alguns dados empíricos sobre uma relação mais complexa e interativa entre formas jurídicas oficiais e não oficiais. A grande vantagem desta metodologia é que, da mesma forma que os experimentos, estudos de casos são generalizáveis a proposições teóricas. Nesse sentido, o estudo de caso, como o experimento, não representa uma “amostragem”, e seu objetivo é expandir e generalizar teorias (generalização analítica) e não enumerar frequências (generalização estatística)². Busca-se fazer uma análise “generalizante” e não “particularizante”, a fim de contestar em que medida a justiça indígena é reconhecida no Brasil. Com efeito, ofertamos ao nosso leitor um intento de interpretar o conteúdo de alguma evidência que, talvez, possa haver a respeito do pluralismo jurídico no Brasil e, por conseguinte, do reconhecimento da legitimidade de jurisdições indígenas.

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. 1ª reimpr. La Paz: Plural Editores, 2010, pp. 148-149.

² YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Trad. Daniel Grassi. 2a ed. Porto Alegre: Bookman, 2001, p. 54.

O estudo de caso é uma metodologia amplamente utilizada no exame dessa temática. Em 1978, diversos estudos de caso sobre pluralismo jurídico foram apresentados em uma conferência na Universidade de Warwick, incluindo casos de indígenas norte-americanos, cooperativas rurais húngaras, sindicatos ingleses, e casos tradicionais do pluralismo jurídico em Nova Guiné, Quênia e no Níger. Na obra *The Imposition of Law*, as editoras Sandra Burman e Barbara Harrell-Bond compilaram alguns artigos apresentados nesta conferência, com o fim de “desmascarar os processos por meio dos quais o direito é imposto, examinar as reações a tais imposições e especificar seus efeitos em contextos sociopolíticos particulares³”. Por sua vez, a descrição de Sally F. Moore, sobre a litigiosidade entre os Chagga, da Tanzânia, ilustra como os contornos de litígios locais podem estar inextricavelmente conectados com confrontos políticos mais amplos, apontando para o entrelaçamento da competição política local por poder e conhecimento e pelo acesso aos sistemas jurídicos comunitários e estatais⁴. Finalmente, em sua análise sociológica da resolução de litígios numa favela do Rio de Janeiro, a que dá o nome fictício de Pasárgada, Sousa Santos abordou como residentes da comunidade do Jacarezinho criaram sua própria legalidade valendo-se de elementos do direito oficial, para constituir o “direito de Pasárgada”⁵. O autor explora algumas vias de acesso sociológico ao discurso jurídico, demonstrando como o direito de Pasárgada e o direito estatal ocupam posições estruturalmente distintas. Assim, o pluralismo jurídico é utilizado para descrever as relações entre um sistema jurídico subalterno, criado por comunidades urbanas oprimidas, para resistir ou se adaptar à dominação (o direito de Pasárgada), e um sistema jurídico dominante, criado para assegurar a reprodução de interesses hegemônicos; relações estas que refletiriam a dominação de classe no Brasil.

Em suma, utilizando recursos analíticos da resolução de litígios da antropologia jurídica, valemo-nos no presente trabalho de um estudo de caso único (holístico) para a análise da questão do reconhecimento formal, no mesmo espaço geopolítico do Estado-nação brasileiro, da existência de mais de um direito. Nesse caso o direito indígena previsto na Constituição Federal de 1988. Vale dizer, como coloca Yin: “o caso único pode significar uma importante contribuição à base de conhecimento e à construção da teoria⁶”. Segundo ele, haveria, no mínimo, três condições a justificar um estudo de caso único, aquelas “nas quais o caso representa um teste crucial da teoria existente, nas quais o caso é um evento raro ou exclusivo ou nas quais o caso serve a um propósito revelador⁷”. O fundamento metodológico para o caso único ora examinado é aquele em que o objeto de análise representa um caso extremo: o fratricídio cometido por Denilson Trindade Douglas, indígena da etnia Macuxi (subgrupo Pemon), denunciado pelo Ministério Público do Estado de Roraima. Pode ser que existam centenas de casos similares na jurisdição indígena. Entretanto, aquele eleito para o presente estudo se justifica, visto que o tratamento dado ao tema pela justiça do estado de Roraima se diferencia daquele usualmente utilizado. Isso porque não se trata de aplicar o Estatuto do Índio (Lei Federal 6.001/73) e a consequente verificação, por meio de laudo antropológico, constante em seu artigo 4º, do nível de “aculturação” do indígena e a consequente decisão de aplicação do direito estatal. Trata-se de reconhecer a legitimidade do direito e das instituições indígenas, regulados pelos seus próprios costumes, como legítimos, e a dispensar a aplicação da lei estatal. Ainda, embora tradicionalmente os diversos sistemas de justiça indígena e originária na América Latina atendam casos de homicídio, na atualidade a tendência majoritária é de não resolver este tipo de ocorrência dentro da comunidade. Sob essa premissa, Martín Bazurco Osorio e José Luis Exeni Rodríguez enumeram diversas formas pelas quais se dá o encaminhamento do caso para a justiça ordinária na Bolívia⁸. No território Quechua, *i.e.*, as autoridades originárias remetem o caso em forma

³ BURMAN, Sandra; HARRELL-BOND, Barbara. *The Imposition of Law*. Nova Iorque: Academic Press, 1979, p. xiii.

⁴ MOORE, Sally Falk. (1970). Politics, Procedures, and Norms in Changing Chagga Law. *Africa*, Cambridge, 40(4), p. 321-344, out., 1970.

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014, p. 344.

⁶ YIN, Robert K. Estudo de caso: planejamento e métodos. Trad. Daniel Grassi. 2a ed. Porto Alegre: Bookman, 2001, p. 62.

⁷ YIN, Robert K. Estudo de caso: planejamento e métodos. Trad. Daniel Grassi. 2a ed. Porto Alegre: Bookman, 2001, p. 67.

⁸ OSORIO, Martín Bazurco; y RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. “Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad.” In: Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez (Eds.). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, p. 102.

verbal ou escrita à justiça ordinária. Percebe-se, assim, certa articulação entre justiça indígena e justiça estatal.

Este artigo se organiza da seguinte maneira. Na primeira sessão, aclararmos como o conceito de pluralismo jurídico tornou-se indispensável para a análise de casos como o do tipo descrito. Na segunda, situamos a jurisdição Waiwai no contexto político-jurídico que acompanha o progresso do movimento indígena na América Latina. Na terceira, adentramos no estudo de caso a partir de evidências, relacionadas ao material etnográfico dos Macuxi e Waiwai, de como suas formas jurídicas podem e tendem a ressoar umas nas outras, e como é nessa ressonância entre os domínios do direito indígena que são feitos — e desfeitos — sujeitos singulares e coletivos locais, passando a valorar os limites e possibilidades do pluralismo indígena utilizando eixos analíticos do constitucionalismo latino-americano. Finalmente, oferecemos algumas observações finais.

2 Pluralismo Jurídico

O estudo do pluralismo jurídico se inicia com alguns antropólogos interessados em como os povos colonizados mantinham sua ordem social na ausência de arranjos institucionais. Logo, a partir dos anos 1960, sua atenção se volta para o exame do papel que o direito desempenha na imposição da dominação colonial. Assim, o problema do pluralismo constitui-se pela coexistência em um mesmo espaço social, arbitrariamente unificado como colônia, do direito do Estado colonizador e dos “direitos tradicionais”.

Segundo esse enfoque, as situações de pluralismo jurídico seriam aquelas em que populações autóctones, “nativas” ou indígenas, quando não totalmente extintas, foram submetidas ao direito do colonizador com a permissão —expressa ou implícita—de em certos domínios continuarem a seguir o seu direito tradicional. No entanto, esse enfoque, largamente realizado na forma de estudos etnográficos em nível local, aos poucos, rompe com a ideologia de “centralismo jurídico” que os antropólogos costumavam adotar implicitamente, conceituando os níveis do direito oficial e do direito tradicional em termos de coexistência, como corpos normativos que se interpenetram. Por esse curso, amplia-se o conceito de pluralismo jurídico, a fim de cobrir situações e formas normativas não estatais, suscetíveis de ocorrer em sociedades industriais que possuíam instituições liberais¹⁰. De fato, a partir dos anos 1970, acadêmicos pioneiros do movimento Direito e Sociedade, como Stuart Macaulay, demonstram que há muitos sistemas de regras que seria viável descrever como “direito informal”. Por exemplo, nas organizações empresariais, vige uma ampla gama de mecanismos normativos. Pois, regras jurídicas são difíceis de aprender e executar. Macaulay entrevistou executivos e advogados para descobrir como os fabricantes de peças automotivas de Wisconsin resolviam suas disputas contratuais, ignorando o direito oficial¹¹. Seus achados indicam que, sob certas condições, litigantes potenciais ignoram o direito formal. A seu turno, Lisa Bernstein demonstrou que a indústria de diamantes, sistematicamente, se afasta do direito oficial criado pelo Estado¹². Em seu lugar, *traders* que dominam esse negócio desenvolveram um conjunto de regras internas, de acordo a seus usos e costumes, um pouco de senso comum, algum direito judeu e princípios jurídicos do *common-law*.

Esses autores centram sua crítica na rejeição do “centralismo jurídico” adotado em estudos tradicionais do fenômeno jurídico, argumentando que nem tudo o que é direito se pode demandar nos tribunais. Partindo dessa premissa, John Griffiths, em seu artigo seminal “*What is legal Pluralism?*”, distingue entre uma

⁹ ROULAND, Norbert. *Legal Anthropology*. Londres: The Athlone Press, 1994. Ver também SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito*, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014, p. 55.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito*, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014, p. 57.

¹¹ MACAULAY, Stewart. *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study*. *American Sociological Review*, Chicago, V. 28, n. 1, pp. 55-67, fev., 1963.

¹² BERNSTEIN, Lisa. *Opting out of the legal system: Extralegal contractual relations in the diamond industry*. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, V. 21, n. 1, pp. 115-157, 1992.

abordagem do pluralismo jurídico, como ciência social — a partir de um estado de coisas dado na sociedade (a presença de mais de uma ordem jurídica no campo social, de forma que no interior de cada subgrupo haveria a coexistência de mais de um sistema jurídico) —, e aquilo que chama de pluralismo jurídico “legalista”, como um problema peculiar de dualidades que emergiram quando os países europeus estabeleceram colônias que sobrepujaram seus sistemas jurídicos a outros preexistentes¹³. Um sistema jurídico é pluralista, em sentido legalístico, quando a soberania designa diferentes corpos jurídicos para diferentes grupos populacionais, variando de acordo a sua etnia, religião, nacionalidade ou geografia, e quando os regimes jurídicos paralelos são todos dependentes do sistema jurídico estatal. Problemas jurídicos de tipo legalístico confrontam líderes políticos de diversas sociedades pós-coloniais, que consideram esses complexos de relações jurídicas como entraves e obstruções caóticas ao progresso.

Sally Engle Merry propõe maneiras de compatibilizar esses dois tipos de pluralismo jurídico, de forma a incrementar, em lugar de obstar, nosso entendimento acerca da interação entre ordens jurídicas plurais. Ao mesmo tempo em que a autora reconhece que, virtualmente, toda sociedade é juridicamente plural, apenas havendo variações de escala, a autora observa que é essencial vislumbrar o direito estatal como fundamentalmente diverso por força do exercício de poder coercitivo e monopólio do poder simbólico associado à autoridade do estado¹⁴.

Ainda, outra forma de compreender o pluralismo jurídico é em termos de diferentes sistemas simbólicos inscritos nos diversos “ordenamentos”. Nessa corrente se inscreve a tradição da Língua Portuguesa e cujo expoente principal é Boaventura de Sousa Santos. Além de afirmar que o pluralismo jurídico é um conceito-chave para a compreensão do direito pós-moderno, ele oferece um quadro analítico para a análise da interação entre grupos ou classes sociais dominantes e subalternos. Ao utilizar como base metafórica a ideia de um mapa para examinar o direito, o autor delinea dois tipos ideais de simbolização jurídica da realidade: o “estilo homérico” e o “estilo bíblico”. Essa cartografia simbólica do direito contribui para vulgarizar, questionar e criticar o poder social daqueles que insistem na sacralização, ritualização e profissionalização do direito. O primeiro estilo, denominado “homérico”, retrata a realidade diária descrita em abstrato e em termos formais por meio de signos convencionais, referenciais e cognitivos; enquanto o estilo “bíblico” pressupõe uma legalidade embasada em uma imagem na qual interações são inscritas em contextos multiníveis e descritas em termos figurativos e informais por meio de signos icônicos, emotivos ou expressivos. Estes dois estilos estão perpetuamente em tensão, variando seu predomínio durante períodos históricos particulares. Em conclusão, Boaventura sugere que a ordem jurídica estatal moderna é predominantemente homérica. Com efeito, o pluralismo jurídico que o autor descreve não é aquele conceito da antropologia jurídica tradicional, em que as diferentes ordens jurídicas são concebidas como entidades separadas, coexistindo no mesmo espaço político, “porém a concepção de diferentes espaços jurídicos sobrepostos, interpenetrados e misturados tanto em nossas mentes como em nossas ações¹⁵”. Assim:

nossa vida jurídica é constituída por uma intersecção de diferentes ordens jurídicas, isto é, pela interlegalidade. A interlegalidade é a contrapartida fenomenológica do pluralismo jurídico e é por isso que é o segundo conceito-chave de uma concepção pós-moderna do direito.¹⁶

A seu turno, A. C. Wolkmer, ao recorrer a autores provenientes de México, Colômbia e Argentina, realiza uma síntese das principais correntes do pluralismo jurídico na América Latina. Segundo ele, por meio do pluralismo, nasce a “juridicidade alternativa”, visto que “o Estado não é o lugar único do poder político,

¹³ GRIFFITHS, John. What is legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Oxfordshire, V. 18, n. 24, p. 1-55, 1986.

¹⁴ MERRY, Sally Engle. *Legal Pluralism*. *Law & Society Review*, Massachusetts, Vol. 22, No. 5, pp. 869-896, 1988, p. 879.

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. “Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law.” *Journal of Law and Society* 14, no. 3 (1987), p. 297.

¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. “Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law.” *Journal of Law and Society* 14, no. 3 (1987), p. 298.

tampouco a fonte exclusiva da produção do Direito¹⁷”. O autor ressalta que o objeto tem sido abordado pelo Instituto Latino-Americano de Serviços Legais Alternativos, que não somente tem privilegiado o estudo de culturas jurídicas informais, como tem incentivado a formação de coordenações nacionais de práticas jurídicas insurgentes em toda a região. Assim, nasce o impulso que propicia, gradualmente, amplas possibilidades para o surgimento de orientações “prático-teóricas” paralelas que questionam o reducionismo dogmático-positivista representado pela ideologia monista centralizadora. Daí o autor propõe a construção de uma práxis normativa sedimentada em um “novo” tipo de pluralismo. Segundo ele, “trata-se da compreensão do pluralismo como marco de ruptura e denúncia dos mitos sacralizados do instituído e como expressão mais direta dos reais interesses e exigências da experiência interativa e histórico-social¹⁸”. Finalmente, Wolkmer propõe fundamentos para o pluralismo jurídico como novo paradigma epistemológico:

o exaurimento do atual paradigma preponderante da Ciência Jurídica tradicional — quer em sua vertente idealista-metafísica, quer em sua vertente formal-positivista — descortina, lenta e progressivamente, o horizonte para a mudança e a reconstrução paradigmática, modelada tanto por contradiscursos desmistificadores que têm um amplo alcance teórico-crítico, quanto por novas proposições epistemológicas fundadas na experiência histórica e na prática cotidiana concreta de um pluralismo jurídico de teor comunitário-participativo.¹⁹

No bojo dessa reação antidogmática à ciência jurídica tradicional, a presente pesquisa se inscreve numa corrente do pluralismo jurídico que em certo sentido teria se desenvolvido na América Latina, sob uma “sociologia crítica do direito”, que busca superar os modelos sociológicos funcionalistas, representados na teoria da burocracia e da racionalidade jurídico-formal de Weber, no formalismo kelseniano e na legitimação por meio da redução procedimental da complexidade de Luhmann, bem como no correlato domínio estético do cânon modernista, nas epistemologias positivistas, na microética individual e na crescente colonização da sociedade civil pelo Estado²⁰. Evita-se, igualmente, a exacerbação do pluralismo jurídico ocasionado pela globalização da produção e a exportação/importação do Estado de Direito e dos programas de reforma judicial. Em consequência, rechaçamos estudos sobre direito e sociedade que fracassam no momento de acolher a crescente oposição popular em relação à ampliação das instituições neoliberais, e perdem de vista estruturas jurídicas alternativas. Adotamos o eixo metodológico da sociologia crítica, segundo o qual a justiça formal da sociedade moderna se construiu a partir da formalização e unificação das diversas “justiças” da sociedade pré-moderna, uma vez que se assenta na eliminação autoritária de todas as ordens jurídicas informais, não estatais. Isto é, o monopólio estatal do direito oculta a existência (nas atuais sociedades “complexas”, não apenas naquelas ditas “primitivas”) de outras juridicidades “informais” (nas fábricas, na família, nas favelas, nas comunidades indígenas etc.), de caráter autogestionário, que expressam valores de igualdade e equidade material distintos àqueles dominantes²¹.

3 Justiça Indígena

O continente Latino-americano possui uma grande população indígena. Por outro lado, impôs-se na região uma institucionalidade na qual se organizam os Estados nacionais, que historicamente ignorou esse

¹⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura na Direito. 3ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. 203.

¹⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura na Direito. 3ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. 170.

¹⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura na Direito. 3ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. 233.

²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. El Estado y el derecho en la transición pós-moderna: por un nuevo sentido común sobre el poder y el derecho. In: COURTIS, Christian. Desde otra mirada: textos de teoría crítica del Derecho. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2001b, p. 275.

²¹ LLEDÓ, Pérez Juan A. Teorías Críticas del Derecho. In: VALDÉS, Ernesto Garzón. LAPORTA, Francisco J. El derecho y la justicia. Buenos Aires: Editorial Trota, 2000, p. 95.

grande agrupamento humano, que ancestralmente ocupa essas terras, muito antes da chegada dos europeus. A seu turno, os povos indígenas persistiram frente a esse modelo colonial, que não lhes oferecia nada senão a exploração e o aniquilamento físico, a tutela paternalista, a assimilação cultural.

O direito indígena foi moldado por conquistas e migrações durante séculos. De um ponto de vista anticolonialista, a mobilização transnacional dos povos indígenas desatou um processo de inovação jurídica que tem profundas implicações para os sistemas constitucionais nacionais e o regime internacional dos direitos humanos, alterando os pressupostos individualistas e etnocêntricos ocidentais do pensamento e das instituições jurídicas liberais. Como dizem Rodríguez Garavito e Arenas, a autodeterminação indígena implica o autogoverno político segundo suas tradições e leis, reivindicação que requer, às vezes, algum tipo de autonomia dentro de um Estado nacional maior²². Segundo eles, a reivindicação das diferenças culturais concerne, em suma, ao direito dos povos indígenas de se opor aos projetos assimilacionistas e outras formas de imposição da cultura ocidental.

Desde meados dos anos oitenta, as Constituições da América Latina vêm reconhecendo o caráter multicultural de sua população e incluindo os direitos indígenas. Com a introdução pioneira de direitos indígenas na Constituição nicaraguense de 1987, uma onda de novas Constituições introduziu disposições específicas sobre direitos indígenas, em Brasil (1988), Colômbia (1991), México (1991), Peru (1993) e Venezuela (2000). Merece destaque a contribuição da Constituição Equatoriana (2008) para esse fenômeno, ao consagrar os Direitos de *Pacha mama*, “de onde se reproduz e se realiza a vida” (art. 71), e, ainda, celebra, em seu preâmbulo, tanto as “nacionalidades indígenas” como a natureza, “de que somos parte e que é vital para nossa existência”, invocando a “sabedoria de todas as culturas que nos enriquecem como sociedade” para “construir uma nova forma de convivência cidadã, em diversidade e harmonia com a natureza, para alcançar o bem viver, o *sumak kawsay*”. Para efetivar o referido art. 71 da Carta Fundamental, o Equador promulgou um novo Código Orgânico Geral de Processos (2015), que prevê um capítulo inteiro destinado à Representação da Natureza, dispondo que esta poderá ser processualmente tutelada por qualquer pessoa natural ou jurídica.

Por sua vez, a Constituição Política do Estado da Bolívia (2009) consagrou o direito das nações e povos indígenas, originários e camponeses de exercer seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com suas cosmovisões (art. 30.II.14). Esses sistemas jurídicos foram reconhecidos como parte da função judicial, sob o nome de Jurisdição Indígena Originária Camponesa (arts. 179, 190 e 192). Além disso, consagrou “princípios ético-morais da sociedade plural: *ama qhilla, llulla ama, ama suwa* (não seja preguiçoso, não minta, não seja ladrão), *suma qamaña* (viver bem), *ñandereko* (vida harmoniosa), *teko kavi* (vida boa), *ivi maraei* (terra sem mal) e *qhapaq ñan* (caminho ou vida nobre)” (Art. 8.1). No preâmbulo da Carta Fundamental, que descreve com profundidade poética e histórica o passado ecológico da Bolívia, os constituintes afirmam: “Povoamos esta sagrada Mãe Terra com rostos diferentes, e compreendemos desde então a pluralidade vigente de todas as coisas e nossa diversidade como seres e culturas”. A Constituição prevê outra evidência de “pluranacionalismo”: o direito de voto a estrangeiros. E, conforme a Carta, o Tribunal Constitucional Plurinacional é composto mediante sufrágio universal, garantindo-se a representação indígena na Corte.

Nesse sentido, essas novas constituições nascem das lutas de movimentos indígenas, camponeses e afrodescendentes, em contexto de crise ecológica²³, e também, capitalista. Assim, alguns autores argumentam que, ao propor uma “plurinacionalidade”, as constituições da Bolívia e do Equador, de fato, rompem com o modelo de Estado que buscou “homogeneizar, assimilar a cultura indígena, bem como a cultura dos imigrantes negros, que vieram escravizados para as Américas”²⁴. Portanto, essas novas constituições, “jus-

²² RODRÍGUEZ GARAVITO, César A.; ARENAS, Luis Carlos. Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U’wa en Colombia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; et al. (eds), El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita, Barcelona: Anthropos Editorial, 2007.

²³ OSORIO, Martín Bazarco; y RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. “Bolívia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad.” In: SANTOS, Boaventura de Sousa; et al (orgs.). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolívia. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, pp. 54-56.

²⁴ VIEIRA, José Ribas; DYNIEWICZ, Letícia Garcia Ribeiro. Estado Plurinacional na América Latina: diálogo conceitual entre

tamente por terem como origem um processo de lutas populares, podem emancipar, bem como libertar politicamente as culturas minoritárias até então reprimidas”²⁵.

Em síntese, como ensinam Osorio e Rodríguez, a justiça indígena implica sistemas associados a um espaço local e concreto, a estruturas organizacionais e de autoridade próprias, donde emerge seu conteúdo e sentido²⁶. Isto não impede que, em cada comunidade, seja frequente a internalização de normas, princípios e procedimentos de outros sistemas jurídicos, dando lugar a um tipo especial de direito em que se entrelaçam tradições, costumes e interpretações de outras normas, princípios e procedimentos. Para os autores, a justiça indígena decorre não somente do reconhecimento de uma concepção de pluralismo jurídico em sentido forte, senão também de uma maneira de compensar as deficiências do sistema formal de justiça, em áreas em que este não tem presença, seja devido à distância geográfica, pela falta de financiamento ou por força da pura e simples exclusão violenta do diverso.

Segundo seus próprios princípios e práticas, a justiça indígena visa restaurar e reconciliar, mais do que punir, o que pode implicar, e.g., a realização de rituais como a *wajta* (oferenda à *Pacha Mama*), ou cavar a cova e enterrar o corpo da vítima. Portanto, na justiça indígena, a restauração ou a reconciliação podem atingir dimensões para além da própria comunidade, em sentido estrito, extrapolando dimensões terrenas da realidade, podendo incluir a própria *Pacha Mama* ou, se preferir, uma dimensão sobrenatural²⁷. Consonante esse traço comum, de acordo com a forma de funcionamento da justiça Wawai, os “líderes se encontram antes ou após reuniões públicas para discutir problemas comunitários ou convocar famílias para resolver litígios”. Como reconhece Catherine Howard, “os líderes Waiwai exercem autoridade não por meio de comandos ou coerção, mas, por meio de persuasão, eloquência, generosidade e exemplo”. Assim, cada festa, cada trabalho coletivo, cada decisão, é um indicador sensível da influência atual que líderes, aspirantes ou rivais discretamente exercem nos assuntos comunitários. Vale ressaltar:

a oratória dos líderes se enche de sermões e arengas para que os membros do vilarejo “Comecem a se amar!” e “Sejam pacíficos”. Tais arengas, ainda que acaloradas, não se definem como “palavras raivosas”, mas, sim, como discursos relevantes que visam “advertir outros para serem respeitosos” (*nítwerimesi*). (...) os líderes brandem discursos persuasivos, moralizantes, para reprimir hostilidades e ordenar as relações entre indivíduos e parentelas²⁸.

O caso objeto deste estudo possui um precedente, ocorrido em 2000, que confirma essa lógica de funcionamento também na justiça Macuxi, em que o indígena Basílio Alves Salomão foi absolvido pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri Popular, em Roraima, com a tese de causa supralegal de culpabilidade, como ilustra, Helder Girão Barreto, então presidente da Sessão do Júri Federal:

no dia do julgamento o acusado estava há quase catorze anos sem poder retornar ao convívio da Comunidade Indígena do Maturuca. Ao ser interrogado em plenário o acusado declarou: “quando um índio comete um crime é costume ele ser julgado pelos próprios companheiros Tuxauas”; e que isso

multiculturalismo canadense e teoria pós-colonial. In: DE MORAIS, Jose Luis Balzan; BARROS, Flaviane de Magalhães. (Coords.). Novo constitucionalismo latino-americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 33.

²⁵ VIEIRA, José Ribas; DYNIEWICZ, Letícia Garcia Ribeiro. Estado Plurinacional na América Latina: diálogo conceitual entre multiculturalismo canadense e teoria pós-colonial. In: DE MORAIS, Jose Luis Balzan; BARROS, Flaviane de Magalhães. (Coords.). Novo constitucionalismo latino-americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 33.

²⁶ OSORIO, Martín Bazarco; y RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. “Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad.” In: SANTOS, Boaventura de Sousa; et al (orgs.). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012.

²⁷ OSORIO, Martín Bazarco; y RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. “Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad.” In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, p. 115.

²⁸ HOWARD, Catherine. Wrought identities: the Waiwai expeditions in search of the “unseen tribes” of Northern Amazonia. 2001. 594 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Antropologia. Faculdade de Ciências Sociais, Universidade de Chicago, Chicago, 2001, p. 198.

“é um costume que vem antes do tempo dos seus avós”. (...) Em plenário, foi ouvida a antropóloga Alesandra Albert, que assegurou que na tradição da etnia Macuxi “um índio que mata outro é submetido a um Conselho, escolhido pela própria comunidade e reconhecido como detentor de autoridade; que a maior pena aplicada pelo Conselho é o banimento; que tanto o julgamento quanto a pena são modos como eles encaram a Justiça”; e, conclui; “para a pessoa que sofreu banimento o julgamento e a pena têm o sentido da perda da convivência e da diminuição do conceito perante a Comunidade, coisas que são muito importantes (...)”.²⁹

Portanto, é preciso considerar-se que, como a co-vigência dessas justiças existe há muito, foram se desenvolvendo ao longo do tempo múltiplas formas de relação entre o direito estatal e o direito indígena. Historicamente, notaram-se as principais formas de relação: a negação, a coexistência a distância, a reconciliação e a convivência³⁰. Como Boaventura de Sousa Santos tem argumentado, é preciso abrir uma via de mão dupla de aprendizagem, dando “lugar a múltiplos pluralismos que por ora surgem no debate político e na luta social como múltiplas dualidades: de saberes, de temporalidades, de reconhecimentos, de escalas e de produtividades”³¹. Nesse sentido, “se de fato se busca cumprir o mandato constitucional de uma coordenação entre justiças em um Estado plurinacional, há que ir caminhando lentamente das dualidades de saberes jurídicos às ecologias de saberes jurídicos”³².

Ademais, Lenio Streck e Fábio de Oliveira pontuam que os arranjos de democracia direta, a plurinacionalidade, a integração latino-americana e a anunciada solapada no paradigma antropocêntrico demonstram certo ímpeto, no sentido de incrementar a formação do que chamam de “direito constitucional comum latino-americano”³³. Por sua vez, Armin Von Bogdandy anota, entre outros traços marcantes de um *Ius Constitutionale Commune* latino-americano, o que chama de “pluralismo dialógico”, que, apesar de estar ancorado em um discurso universal, apresenta características muito latino-americanas. Pois “refere-se a normas que não formam parte do ordenamento jurídico estatal, mas regem as relações sociais de certos grupos”³⁴. O autor ressalta o valor da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já que muitas de suas sentenças paradigmáticas são fruto de litígio estratégico de grupos da sociedade civil, que habitualmente apoiam o pluralismo étnico-cultural, buscando a inclusão da população indígena e afrodescendente, a fim de abrir espaço nas instituições estatais para reconhecer que são grupos com valores e interesses específicos.

Como visto, a justiça indígena é, no contexto do constitucionalismo latino-americano, um sistema em si mesmo que, dentro da construção de Estados plurais, busca complementar-se com as demais jurisdições, em pé de igualdade. Porém, conforme alguns, “o reconhecimento constitucional brasileiro aos indígenas não chega ao patamar constante do *novo constitucionalismo latino-americano*”³⁵. Buscaremos a seguir testar essa hipótese diante de um caso recente e certo material etnográfico.

²⁹ HELDER GIRÃO BARRETO, *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. 1ª ed., 6a Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011, p. 119-120.

³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, p. 35.

³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, p. 50.

³² SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, p. 50.

³³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio Corrêa de. Reflexões sobre o novo constitucionalismo latino-americano. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; et al (org.) *Direitos e democracia no novo constitucionalismo latino-americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 140-141.

³⁴ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 34, jan-jun./ 2015, p. 33.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio Corrêa de. Reflexões sobre o novo constitucionalismo latino-americano. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; et al (org.) *Direitos e democracia no novo constitucionalismo latino-americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 129.

4 Estudo de caso sobre a justiça indígena frente à justiça penal

A presente seção, embora limitada a um caso único, encontra sólido fundamento metodológico. Assim como Boaventura de Sousa Santos observou em certa feita que, “apesar de toda sua precariedade, o direito de Pasárgada representa a prática de uma legalidade alternativa e, como tal, um exercício alternativo de poder político, ainda que muito embriônico³⁶”, a justiça Waiwai poderá se materializar em um pluralismo jurídico que também implique linhas de fuga da ação política. Para se confirmar tal hipótese, ainda que seja um caso detentor de significado próprio, será preciso observar, em outros casos futuros, o desdobramento desse precedente. Sob esse cenário, trazemos à baila um exemplo sociojurídico que problematiza o confronto entre jurisdições estatais e indígenas, bem como a explosão de escalas de conflitualidade nesses agrupamentos.

Os Waiwai vivem atualmente em grandes comunidades. De acordo com Renato Sztutman, os “novos” aglomerados consistem numa espécie de condensação das redes supralocais, que coincide com situações de contato intensivo com a população não indígena, concentrando num mesmo espaço o que antes se encontrava disperso³⁷. Nesses aglomerados Waiwai — reunião de diferentes povos que aceitaram se “waiwaizar” e se conformar a um novo padrão de convivialidade — a vida acompanha a condenação dos xamãs e das bebidas fermentadas, como se os mecanismos de comunicação intercomunitários, potencializados pelo xamanismo e pelo oferecimento de *caxiri*, tivessem sido sobrepostos pela prática de conversão e liturgia protestante.

Conforme Catherine Howard, os contatos pacíficos, realizados durante expedições de missionários, representam o começo de um longo processo de transformação de “pessoas ferozes” em verdadeiros Waiwai³⁸. Isto hoje se dá pelo convencimento de atrair novatos para a comunidade, acompanhado de hospitalidade e generosidade exageradas, o que permite aos Waiwai certa superioridade moral e definir-se como “cuidadores” de seus convidados “isolados”. À medida que os imigrantes se “acostumam” ao seu contexto, encontram formas de responder à generosidade de seus anfitriões e começam a ser capturados por redes de reciprocidade. Nesse processo, a identidade desses povos recém-incorporados, gradualmente, se “waiwaiza”. Isto reconfigura suas relações com missionários, agentes do Estado e outros colonizadores ocidentais, tornando-os figuras centrais em complexos encontros interétnicos, é dizer, os mediadores indispensáveis entre grupos radicalmente diferentes.

O material etnográfico que acessamos realça o papel dos Waiwai ao “civilizar” outros povos vizinhos, como os Macuxi, que tradicionalmente vivem à beira do rio Branco e hoje habitam a terra Manoá-Pium, constantemente ameaçada por processos minerários. Exploraremos a seguir o caso de Denilson Trindade Douglas, irmão de Alanderson Trindade Douglas, indígena Macuxi, habitante da comunidade Manoá-Pium, que foi “condenado a waiwaizar”, após ser denunciado pelo Ministério Público do Estado de Roraima, por haver assassinado seu irmão, sob efeito de bebida alcoólica. Portanto, cuida o caso de acusado e vítima, ambos indígenas, sobre fato ocorrido dentro da terra indígena, na Região Serra da Lua, Município de Bonfim, Estado de Roraima. O caso ocorreu em 26 de junho de 2009, quando Denilson Trindade Douglas, embriagado, desferiu diversas facadas nas costas de seu irmão, por força de um desentendimento.

4.1 A condenação indígena: “waiwaizar-se”

Conforme Catherine Howard, em comparação com os demais povos da região, o sistema de autoridade

³⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014, p. 76.

³⁷ SZTUTMAN, Renato. Sobre a ação xamânica. In: GALLOIS, Dominique Tilkin. (org.) Redes de Relações nas Guianas. Série Redes Ameríndias – NGII-USP. São Paulo: Editora Humanitas, 2005.

³⁸ HOWARD, Catherine. Wrought identities: the Waiwai expeditions in search of the “unseen tribes” of Northern Amazonia. 2001. 594 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Antropologia. Faculdade de Ciências Sociais, Universidade de Chicago, Chicago, 2001, pp. 327-328.

dos Waiwai é bastante elaborado, diferenciado e pressupõe certa hierarquia de funções³⁹. Como pontua a antropóloga, há entre os Waiwai ao menos três tipos de liderança: o *kayaritomo* ou chefe de aldeia; o líder de trabalho, *antomañe komo*, que muitas vezes coincide com o chefe de parentela; e, por fim, o líder religioso, antes da chegada dos missionários, o *yaasi komo* (xamã) e, depois, o *kaan min yenñe komo* (pastor). Todas essas figuras são identificadas pelos Waiwai como *enñe komo*; segundo a tradução de Howard, “aqueles que tomam conta”, que promovem a convivialidade, o que não é o mesmo, vale ressaltar, do que representar.

No dia 26/06/2009, os membros do Conselho Manoá reuniram-se e deliberaram pela punição de Denilson. A pena aplicada ao indígena, por tuxauas e membros da comunidade Manoá, inicialmente foi construir uma casa para a esposa da vítima e a proibição de ausentar-se da comunidade Manoá sem permissão dos tuxauas, como narra, em sua sentença, Aluizio Ferreira Vieira, magistrado que atuou no caso⁴⁰.

Sem embargo, após essa deliberação, as lideranças indígenas reuniram-se novamente, com tuxauas de várias comunidades, entre elas, Anauá, Manoá e Waiwai, bem como servidores da FUNAI, estes apenas para prestar apoio às lideranças no decorrer do procedimento. Em conclusão, foi decidido que:

1. O índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região Wai Wai por mais 5 (cinco) anos, com possibilidade de redução conforme seu comportamento;
2. Cumprir o Regimento Interno do Povo Wai Wai, respeitando a convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo Wai Wai;
3. Participar de trabalho comunitário;
4. Participar de reuniões e demais eventos desenvolvidos pela comunidade;
5. Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com tuxaua;
6. Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do tuxaua;
7. Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua;
8. Aprender a cultura e a língua Wai Wai;
9. Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar outra decisão.

Um dos elementos contidos nessa resolução que merece destaque é o ponto 8: “aprender a cultura e a língua Wai Wai”. Como notou Evelyn Schuler Zea, após 1950, quando os Waiwai permitiram a instalação da UFM (*Unenwangelized Field Mission*), as expedições evangélicas na Amazônia passaram a contar com o apoio material (como a disponibilização de motores de popa) e imaterial (como o discurso da salvação evangélica) dessa missão. Um dos frutos do contato permanente com a missão — e, aos poucos, com outros agentes não-indígenas, como a FUNAI, além de contatos esporádicos com pesquisadores e a população ribeirinha, entre outros — foi o uso do termo “Waiwai” para designar não apenas a língua Karib predominantemente falada entre eles, mas também para se referir ao coletivo como um todo, que eles passaram a chamar de “comunidades Waiwai” (ou Wai Wai) de tal ou tal lugar. Até recentemente, observa a antropóloga, havia várias outras línguas também faladas nessas comunidades, cada uma por parentelas de outros índios que se intercaram com os Waiwai ou que migraram para conviver com os Waiwai durante a fase de sua centralização em grandes aldeias entre 1950 e 1980. Tais processos de centralização e descentralização ajudam a esclarecer porque a língua Waiwai se transformou em língua franca na região, sendo aquela predominantemente falada nas Assembleias Gerais, que começaram a ser organizadas a partir de 2002⁴¹. Portanto, é preciso não cair em uma leitura grandiloquente acerca da efetividade da proteção jurídica das práticas originárias, sobretudo,

³⁹ HOWARD, Catherine. Wrought identities: the Waiwai expeditions in search of the “unseen tribes” of Northern Amazonia. PhD thesis. Chicago, University of Chicago, p. 198.

⁴⁰ BRASIL. TJRR. Ação Penal n. 0090.10.000302-0. Julgado em 03 de setembro de 2013.

⁴¹ SCHULER ZEA, Evelyn. (Trans)Formações Waiwai. In: Reinaldo Imbrozio Barbosa; Valdinar Ferreira Melo. (Org.). Roraima: Homem, Ambiente e Ecologia. Boa Vista: FEMACT, 2010, p. 173-174.

ao se encarar o pluralismo indígena. Ainda assim, é preciso evitar uma leitura de julgamentos ocorridos na justiça originária que tomem por premissa sua *justeza* e *legitimidade* em relação à comunidade local.

4.1.1 A intervenção do Estado Policial

O Ministério Público do Roraima denunciou o indígena Denilson pelo crime de homicídio qualificado (CP, art. 121, §2º, II). A denúncia foi recebida pela justiça do Roraima, instaurando-se a ação penal n. 0090.10.000302-0/RR.

Diante da acusação, a defesa referiu a condenação de Denilson pela comunidade indígena à qual pertencia, pena que ele já estava cumprindo, e invocou o princípio do *non bis in idem*, segundo o qual ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato. Ademais, a Advocacia Geral da União ingressou no feito, em favor do réu, argumentando a incompetência do juízo, uma vez que já tinha sido julgado pela própria comunidade, não podendo, assim, ser processado novamente pelo Juízo da Comarca de Bonfim, em atenção ao art. 57 da Lei 6.001/73 e ao art. 9º da Convenção 169 da OIT.

Em resultado, a pena indígena foi convalidada. A decisão, em primeiro grau, reconheceu como legítima a punição aplicada pela comunidade, afastando o direito estatal de punir, conforme se verifica no trecho final da sentença:

Ante ao exposto, deixo de apreciar o mérito da denúncia do Órgão Ministerial, representante do Estado, para DECLARAR A AUSÊNCIA IN CASU DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL, em face do julgamento do fato por comunidade indígena, relativo ao acusado DENILSON TRINDADE DOUGLAS, brasileiro, solteiro, agricultor, nascido aos 13/03/89, filho de Alan Douglas e Demilza da Silva Trindade, com fundamento no art. 57, da Lei no 6.001/73 e art. 231, da Constituição da República.⁴²

No entanto, o Parquet Estadual recorreu da decisão. Ao cabo, em 18 de dezembro de 2015, a Apelação Criminal n. 0090.10.000202-0 foi julgada pela Turma Criminal do TJ/RR, que manteve por maioria de votos a sentença proferida no juízo *a quo*. Sem embargo, o pronunciamento do tribunal acatou a decisão em 1ª instância, ressaltando sua fundamentação, ao declarar a incompetência do Estado para conhecimento da causa em razão da punição aplicada pela comunidade indígena. O Relator, Des. Mauro Campello, fez constar em seu voto a experiência comparada:

Firme na Convenção 169 da OIT, bem assim no conhecido art. 231 da Constituição Federal, e tomando por base a experiência comparada (conforme o permite o art. 4º da LINDB), entendo como correta a decisão em 1ª instância, ressalvadas as considerações sobre parte da justificativa nela adotada, como anotei, o que, em todo caso, nos leva à mesma conclusão.

Ante o exposto, considerando afastada a jurisdição estatal com o julgamento do fato pela comunidade indígena concernida, sob pena de se acarretar *bis in idem*, voto pelo desprovimento do recurso de apelação ministerial, mantendo inalterada a sentença.⁴³

Algumas considerações podem derivar do estudo de caso, por meio do acionamento de fontes teóricas do constitucionalismo latino-americano. Da leitura do referido acórdão, percebe-se que o tema explorado primordialmente, a proibição do *non bis in idem*, vale-se não somente dos instrumentos domésticos, mas também daqueles internacionais existentes, o que aponta uma análise multinível de tal questão adequada para o problema enfrentado. Não se percebe, o que é louvável, uma interpretação supremacista do direito estatal, o que produz um resultado de integração (ou “interlegalidade”) entre os sistemas de justiça estatal e indígena.

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Ação Penal n. 0090.10.000302-0. Julgado em 03 de setembro de 2013.

⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Apelação Criminal no 0090.10.000302-0. Julgado em 18 de dezembro de 2015. Publicado no DJE em: 17.02.2016.

4.2 A proteção jurídica das práticas culturais indígenas

A proteção constitucional e convencional da cultura exige, como sustentaremos, formas dialongantes de busca de sentidos para conceitos jurídicos. Na América Latina, vale lembrar, a Constituição de Querétaro, de 1917, pôs o México como protagonista mundial ao elencar a cultura como bem constitucional protegido no campo da educação, o que, com o constitucionalismo social do século XX, ganhou espaço em diversas outras constituições.

No Brasil, José Afonso da Silva elenca, ao comentar a relação entre cultura e populações indígenas, o “*direito de proteção às manifestações das culturas populares indígenas (...) como bem constitucional*”, que se encontra protegido pela Constituição⁴⁴. A seu turno, a Convenção sobre Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de 2005 da UNESCO, promulgada pelo Decreto n. 6.177/2007, relaciona a defesa da diversidade cultural com o respeito à dignidade humana, ao estabelecer, no art. 2º, que a proteção da diversidade cultural é um “imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana”, afirmando que isso implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular, “os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones”.

No mesmo sentido, o art. 2.1 da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural (Decreto n. 5.753/2006) adota definição abrangente de patrimônio imaterial, ao conceber “(...) as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas — junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados”, usados pelas comunidades, grupos e indivíduos se utilizam como também seu patrimônio cultural que se “transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade”, fazendo com que se fomente a “diversidade cultural e a criatividade humana”.

Tal artigo do referido tratado internacional considera, ainda, levar em conta unicamente esse patrimônio, desde que sua compatibilidade exista em relação aos “instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável”. Ainda, pode ser mencionado o direito humano à participação na vida cultural, conforme o art. 15, § 1º, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pelo Decreto 591/92 e o art. 14. 1 a) do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, o denominado “Protocolo de São Salvador”, promulgado pelo Decreto n. 3321/99.

Conforme a Observação Geral n. 21 do Conselho Econômico Social da ONU, que confere conteúdo ao direito de toda pessoa participar da vida cultural (art. 15, parágrafo 1º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), é necessário que o Estado parte, às vezes, abstenha-se de fazer algo, por um lado, e que tome medidas positivas, por outro⁴⁵.

Portanto, os direitos culturais vêm relacionados não somente ao conceito de identidade cultural, mas também, sobretudo, ao da dignidade humana, posto que todos os direitos são interdependentes. No que se refere, especificamente, a comunidades indígenas, para além das normas internacionais de direitos culturais, cumpre reportar a Convenção 169 da OIT promulgada pelo Decreto Presidencial n. 5051/2004.

⁴⁴ AFONSO DA SILVA, José. Ordenação constitucional da cultura. Malheiros, São Paulo: 2001, pág. 52.

⁴⁵ Interessante mencionar que, sobre o significado de cultura, tal normativa coloca: “El Comité considera que la cultura, a los efectos de la aplicación del párrafo 1 a) del artículo 15, comprende, entre otras cosas, las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas. La cultura refleja y configura los valores del bienestar y la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades.”

Nesse sentido, a autodeterminação tem uma preponderância talvez não muito visível nas lutas contra o desenvolvimento predatório, como ocorre no caso dos Waiwai. Essa reivindicação está estreitamente relacionada à afirmação da diferença cultural, porque a noção indígena de “território”, mais ampla, distancia-se radicalmente da concepção da terra como um fator de produção e propriedade privada. Conforme a perspectiva indígena, “território” inclui tanto o espaço físico como os recursos naturais necessários para reproduzir a economia e a cultura de uma comunidade. Dessa forma, Rodríguez Garavito e Arenas observam que, na defesa indígena radical do direito coletivo à terra se reúnem a identidade, o território e a preservação ambiental⁴⁶.

Sem embargo, o conceito indígena de território abarca também uma dimensão sobrenatural como fonte de reprodução ritualística. Em suas incursões pela América Latina, Boaventura de Sousa Santos notou que os eventos vivenciados na região inauguraram processos de radicalização da democracia, construídos por lutas assentadas em conhecimentos ancestrais, populares e espirituais que evidenciam concepções ontológicas sobre o ser e a vida muito distintas do individualismo ocidentais: “os seres são comunidades de seres antes que indivíduos; nessas comunidades os antepassados estão presentes e vivos assim como os animais e a Mãe terra.”⁴⁷ Portanto, estamos diante de cosmovisões que impõem um trabalho de tradução intercultural da ideia de “território”. Sua dimensão jurídica dá lugar a um dos desafios mais poderosos aos sistemas políticos latino-americanos. Contra o prejuízo monocultural das ordens jurídicas modernas, os povos indígenas reivindicaram uma compreensão coletiva e relacional dos direitos (ampliando o repertório liberal de garantias individuais) e propõem marcos jurídicos multiculturais que garantem o direito à diferença⁴⁸.

Finalmente, as práticas culturais indígenas, inscritas nas múltiplas justiças que os povos construíram, como observa Miriam Lang, não têm o tom de uma utopia universal, mas constituem testemunhos de que outro mundo é possível, outra lógica de convivência e de organização social — que se plasmou, nos últimos anos, sob os conceitos de *Sumak Kamsay* e *Suma Qamaña*, ou Bom Viver (ou “*Buen Vivir*”)⁴⁹.

4.2.1. **Jurisdição indígena:** a necessária integração entre a Convenção 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e o ordenamento jurídico pátrio

Como visto nas seções anteriores, a relação entre cultura e direito vem sendo trabalhada há muito em diversos setores da produção do conhecimento jurídico. O direito, fruto da obra humana, pertence ao mundo da cultura e, no caso em que analisamos, a cultura dos povos indígenas deve nortear a compreensão e aplicação do seu direito. Reconhecer essa “culturalidade” ao direito é uma exigência do constitucionalismo latino-americano em sua vertente contemporânea.

O respeito à jurisdição indígena como meio de concretização do direito indígena tem fundamento ostensivo na Convenção 169 da OIT, avançando, inclusive, pela matéria penal, pois referido tratado “*especifica que se respetarán los métodos de control penal de los pueblos indígenas, por lo cual inclusive es claro que la materia penal (...) es de conocimiento del Derecho Indígena*”⁵⁰. Importa, nesta toada, diferenciar a análise tanto do sistema colonial quanto de interlegalidade, que se limitam a unicamente reconhecer o “*Derecho Indígena a casos de menor gravedad o de mínima cuantía*”, devendo seu respeito alcançar “*todo tipo de materias, sin importar la gravedad o cuantía de las mismas*”.

⁴⁶ RODRÍGUEZ GARAVITO, César A.; ARENAS, Luis Carlos. Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U’wa en Colombia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; et al. (eds), El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita, Barcelona: Anthropos Editorial, 2007, p. 221.

⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. 1ª reimpr. La Paz: Plural Editores, 2010, p. 29.

⁴⁸ RODRÍGUEZ GARAVITO, César A.; ARENAS, Luis Carlos. Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U’wa en Colombia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; et al. (eds), El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita, Barcelona: Anthropos Editorial, 2007, p. 222.

⁴⁹ LANG, Miriam. Presentación. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.) Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, p. 10.

⁵⁰ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999, p. 97.

A intermediação, assim, entre as jurisdições estatal e indígena deve ser feita, a nosso sentir, sem descuidar das práticas indígenas e das manifestações jurídicas como elementos culturais, tema bem apontado no julgado, sensível aos efeitos da referida Convenção na ordem constitucional brasileira. Significa dizer que a relação entre o direito estatal e o direito indígena deve ser modulada a partir dos costumes (art. 231 da Constituição Federal) e do direito à cultura indígena (art. 216, caput e inciso I e II), tendo em vista que ao impor a proteção da memória dos “diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, além dos seus “modos de criar, fazer e viver”, o estabelecimento de uma ordem jurídica fundada em sua experiência e cultura tem suporte e proteção na Carta Constitucional de 1988.

Também o art. 57, da Lei 6.001/73, conhecida como Estatuto do Índio, prevê que será tolerada a aplicação do direito indígena “de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros” com a condição de que “não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”. Além disto, a partir das obrigações advindas da Convenção 169 da OIT, o estado brasileiro deve adequar o ordenamento jurídico doméstico ao artigo 9º, exigindo que se respeite aos métodos a que recorrem os povos tradicionais com base em sua tradição para a “repressão dos delitos cometidos pelos seus membros” e aponta ademais a exigência de que as autoridades, inclusive as judiciárias, em matéria penal, tomem “em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto”.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), assinada pelo Brasil, também aponta caminhos no sentido do reconhecimento, quando, em seu artigo 5º, afirma o direito de conservar e reforçar “suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo, ao mesmo tempo, seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado”.

Percebe-se que, ao afirmar que as práticas indígenas são protegidas pelo estado brasileiro, a interpretação adequada do texto constitucional, ao levar em conta as obrigações decorrentes da Convenção 169, somente pode ser pelo reconhecimento da jurisdição e do direito indígenas, forjados a partir de sua cultura. Ter os costumes como fonte para o direito penal se trata de compreender as diferenças entre os sistemas de justiça oficial e não oficial, visto que, tal como afirma Olivè, talvez as comunidades indígenas reivindiquem o reconhecimento pleno de um *ius puniendi* consuetudinário, assentado em suas tradições e histórica, com o objetivo político de obter um maior autogoverno, ou mesmo para fins de poder ressocializar seus integrantes dentro da comunidade⁵¹. Tal leitura diversificada acerca do direito indígena se legitima, segundo o autor porque “el sistema penal basado en la costumbre se acepta en beneficio de los propios miembros de las comunidades indígenas, para no perjudicar una posición ya de por sí muy desfavorable”.

Outro argumento a ser rechaçado é o que diz respeito ao aspecto unicamente “moral” da Declaração dos Povos Indígena da ONU, pecando por sua fragilidade argumentativa, dado que, contemporaneamente, essa percepção meramente moral do que se convencionou denominar *soft law* no direito internacional tem sido superada pelo reconhecimento de maior normatividade a tais instrumentos⁵².

Ademais, tal reconhecimento e respeito às decisões das justiças indígenas são obrigações decorrentes tanto da Constituição quanto do direito internacional dos direitos humanos, segundo uma visão intercultural. Isto significa que a interculturalidade é uma evolução do conceito de multiculturalidade. Enquanto esta última “se refiere a la coexistencia de distintas culturas dentro de un mismo territorio e incluso compartiendo un mismo marco jurídico”, a interculturalidade, defendida neste artigo, protege uma “relación simétrica y dialógica entre culturas diversas en un intento de conocimiento y aceptación, trascendiendo la simple tolerancia”⁵³.

⁵¹ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. Diversidad cultural y sistema penal. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 13, p. 25-40, jul/dez 2009, p. 35.

⁵² SHAFFER, Gregory C.; POLLACK, Mark A. Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance (June 26, 2009). Minnesota Law Review, Vol. 94, pp. 706-99, 2010; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 09-23.

⁵³ MONDRAGÓN, Aracely. Interculturalidad, historias, experiencias y utopías. México: Universidad Intercultural del Estado de

Em outras palavras, o reconhecimento da legitimidade do direito e da jurisdição indígenas não pode ser feito a partir de uma leitura colonial, mas, sim, intercultural, segundo a qual não basta reconhecer as diferenças existentes entre as culturas (multiculturalismo), impondo-se a necessidade de garantir suas diferenças como condição de existência de uma ordem jurídica acorde com o direito doméstico e o direito internacional dos direitos humanos, ao mesmo tempo que se promova a interpretação intercultural das normas jurídicas.

5 Conclusões finais

À luz do caso analisado, seria lícito concluir que a relação entre os dois sistemas jurídicos, Waiwai e Mucuxi, tende a sobrepor princípios daquele primeiro sobre este, tendo em vista as transformações pelas quais vem passando essa comunidade, pela emergência das lideranças e dos “coletivos proféticos”, que fomentam um respeito pelo direito e pela ordem, que eventualmente aqueles indígenas irão transportar para as interações com o sistema jurídico oficial.

Assim, o direito da terra indígena onde ocorreu o delito é neutralizado pela trivialidade da aceitação dos Waiwai em relação às práticas missionárias, que preservam certa ética de domesticar pessoas consideradas em uma escala inferior de “evolução”, seres imperfeitos, quase bestiais. Portanto, a pura e simples aplicação do direito indígena não é automaticamente correlativa à resistência à colonização, mas pode ser também um resultado de uma polarização catalisada por ela própria.

Por outro lado, nas atuais circunstâncias de constante ameaça de mineradoras, a juridicidade não oficial pode ser um dos poucos instrumentos que esses agrupamentos têm à mão, para maximizar as possibilidades de resistência contra a intervenção do Estado e que faz aumentar o custo político de uma eventual intervenção⁵⁴.

Nesse sentido, o reconhecimento pelos agentes do Estado da autonomia do direito e da jurisdição indígenas irradia da Constituição e do direito internacional dos direitos humanos aos quais o Brasil se submete. A posição firmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima merece aplauso pela leitura intercultural feita da ordem jurídica brasileira, sem que o olhar colonizador do direito estatal se some à falsa supremacia de sua imposição sobre outra ordem tão legítima quanto.

É correta a necessidade apontada pelo relator do acórdão de explorar o direito comparado, tendo em vista o déficit de produção jurisprudencial no Brasil, perfazendo, com efeito, uma leitura dialogante como meio de legitimação da decisão judicial. Sem embargo, aos argumentos advindos da análise do direito norte-americano e australiano poderiam agregar-se outros, advindos de Estados latino-americanos, que têm protagonizado a jurisdição indígena e cuja realidade tem maior proximidade à brasileira.

Seria interessante, assim, explorar, em estudos futuros, as experiências equatoriana, boliviana e peruana, donde a existência de leis torna tal relacionamento entre ordens jurídicas mais coordenado. Ainda, a experiência colombiana e a jurisprudência construída por sua Corte Constitucional poderiam ser úteis para uma análise estrutural do pluralismo jurídico em perspectiva comparada.

O problema estudado no presente ensaio exige não somente uma reconceitualização profunda e transversal dos direitos humanos em termos pós-coloniais, mas um novo imaginário democrático, para se consolidar um “constitucionalismo transformador”. Essa conclusão é tão plausível quanto ao próprio “momento constituinte”, ao falar-se em uma teoria constitucional que desvia das vias já pavimentadas pelo hemisfério norte e que se insurge em relação àquelas. Em síntese, o pluralismo jurídico é um conceito-chave e parte integrante do acervo comum do constitucionalismo latino-americano.

México, 2010, p. 57.

⁵⁴ Nesse aspecto, fazemos um paralelo com o “Direito de Pasárgada”, em contexto ditatorial. Ver, neste sentido, SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014, p. 346.

Referências

- ACOSTA, Alberto. O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016.
- AFONSO DA SILVA, José. Ordenação constitucional da cultura. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima.
- Ação Penal n. 0090.10.000302-0. Julgado em 03 de setembro de 2013.
- Apelação Criminal n. 0090.10.000302-0. Julgado em 18 de dezembro de 2015.
- BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: Extralegal contractual relations in the diamond industry. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, V. 21, n. 1, pp. 115-157, 1992.
- BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* em América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 34, pp. 3-50, jan.-jun., 2015.
- BURMAN, Sandra; HARRELL-BOND, Barbara. The Imposition of Law. Nova Iorque: Academic Press, 1979.
- GRIFFITHS, John. What is legal Pluralism? **Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, Oxfordshire, V. 18, n. 24, p. 1-55, 1986.
- HÄBERLE, Peter. La Constitución como Cultura. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 6, pp. 177-198, 2002.
- HELDER GIRÃO BARRETO, Direitos indígenas: vetores constitucionais. 1ª ed., 6a Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.
- HOWARD, Catherine. Wrought identities: the Waiwai expeditions in search of the “unseen tribes” of Northern Amazonia. 2001. 594 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Antropologia. Faculdade de Ciências Sociais, Universidade de Chicago, Chicago, 2001.
- LANG, Miriam. Presentación. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.) Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, pp. 9-11.
- LLEDÓ PÉREZ, Juan A. Teorías Críticas del Derecho. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. (Org.) El derecho y la justicia. Buenos Aires: Editorial Trota, 2000. pp. 82-102.
- MACAULAY, Stewart. Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study. **American Sociological Review**, Chicago, V. 28, n. 1, pp. 55-67, fev., 1963.
- MERRY, Sally Engle. Legal Pluralism. **Law & Society Review**, Massachusetts, Vol. 22, No. 5, pp. 869-896, 1988.
- MONDRAGÓN, Aracely. Interculturalidad, historias, experiencias y utopías. México: Universidad Intercultural del Estado de México, 2010.
- MOORE, Sally Falk. Politics, Procedures, and Norms in Changing Chagga Law. **Africa: Journal of the International African Institute**. Cambridge, Reino Unido, Vol. 40, no. 4, pp. 321-344, Out., 1970.
- OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. Diversidad cultural y sistema penal. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 13, pp. 25-40, jul/dez 2009.
- OSORIO, Martín Bazurco; y RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. “Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad.” In: SANTOS, Boaventura de Sousa; et al (Orgs.). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012, pp. 49-145.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César A.; ARENAS, Luis Carlos. Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U'wa en Colombia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; et al. (ed.), *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*. Barcelona: Anthropos, 2007. pp. 217-239.

ROULAND, Norbert. *Legal Anthropology*. Londres: The Athlone Press, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa.

Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law. *Journal of Law and Society*, Cardiff, v. 14, n.º. 3, pp. 279-302, 1987.

Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2001a.

El Estado y el derecho en la transición pós-moderna: por un nuevo sentido común sobre el poder y el derecho. In: COURTIS, Christian. *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitario de Buenos Aires, 2001b. pp. 273-303.

Reconhecer para libertar os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. 1ª reimpr. La Paz: Plural Editores, 2010.

(Org.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012.

Quando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012.

O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito, parte 1. São Paulo: Cortez, 2014.

SHAFFER, Gregory C.; POLLACK, Mark A., Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance. *Minnesota Law Review*, Vol. 94, pp. 706-99, 2010.

SCHULER ZEA, Evelyn. (Trans)Formações Waiwai. In: Reinaldo Imbrozio Barbosa; Valdinar Ferreira Melo. (Org.). *Roraima: Homem, Ambiente e Ecologia*. Boa Vista: FEMACT, 2010, pp. 171-194.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio Corrêa de. Reflexões sobre o novo constitucionalismo latino-americano. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; et al (org.) *Direitos e democracia no novo constitucionalismo latino-americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, pp. 119-144.

SZTUTMAN, Renato. Sobre a ação xamânica. In: GALLOIS, Dominique Tilkin. (org.) *Redes de Relações nas Guianas. Série Redes Ameríndias – NGII-USP*. São Paulo: Editora Humanitas, 2005, pp. 151-226.

VIEIRA, José Ribas; DYNIEWICZ, Letícia Garcia Ribeiro. Estado Plurinacional na América Latina: diálogo conceitual entre multiculturalismo canadense e teoria pós-colonial. In: DE MORAIS, Jose Luis Balzan; et al. (Orgs.). *Novo constitucionalismo latino-americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, pp. 18-36.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Trad. Daniel Grassi. 2ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2001.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O novo constitucionalismo latino-americano e os povos indígenas: A visão do direito a partir dos caleidoscópios e dos monóculos

The new latin american constitutionalism and the indigenous people: The view of the law from the kaleidoscopes and the monocles

Lucas Silva de Souza

Valéria Ribas do Nascimento

Isadora Forgiarini Balem

O novo constitucionalismo latino-americano e os povos indígenas: A visão do direito a partir dos caleidoscópios e dos monóculos*

The new latin american constitutionalism and the indigenous people: The view of the law from the kaleidoscopes and the monocles

Lucas Silva de Souza**

Valéria Ribas do Nascimento***

Isadora Forgiarini Balem****

* Recebido em 31/05/2019

Aprovado em 01/09/2019

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) — Código de Financiamento 001.

** Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e bolsista CAPES. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade Damásio. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integra o grupo de pesquisa Centro de Culturas Jurídicas Comparadas (CCULTIS) liderado pela Professora Doutora Jânia Maria Lopes Saldanha e o grupo de pesquisa “Diálogo entre empresa y derecho constitucional: un análisis comparado de la responsabilidad social empresarial (colombia, francia y brasil) para proponer un proceso de gestión organizacional” vinculado à Universidade de Medellín na Colômbia. E-mail: adv.lucasdesouza@gmail.com.

*** Pós-doutora pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com período de pesquisa na “Universidad de Sevilla” (US). Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM; Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM. E-mail: valribas@terra.com.br.

**** Mestranda em Direitos da Sociedade em Rede pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Bolsista CAPES. Especialista em Direito de Família pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Graduada em Direito pela UFSM. Pesquisadora do Núcleo de Direito Constitucional e integrante do grupo de pesquisa Direito e Gênero, ambos da UFSM. E-mail: isa.forgiarini@gmail.com

Resumo

O presente trabalho visa expor o quanto o novo constitucionalismo latino-americano se mostra como um avanço para a Teoria Constitucional, ao apresentar grande preocupação com as populações sonegadas pela história, o meio ambiente e a diversidade como um todo. Para tanto, se dividirá em duas partes. Na primeira, será realizada uma breve abordagem das múltiplas concepções do “neoconstitucionalismo”, almejando demonstrar que, mesmo sendo um conceito polissêmico, seus significados e significantes apresentam como fio condutor a inserção social por meio de práticas democráticas. Ao delimitar-se no constitucionalismo latino-americano, será exposto o protagonismo dos povos indígenas, mormente no Equador e na Bolívia. Razão pela qual, na segunda parte da pesquisa, será realizado o estudo conjunto de suas constituições, assim como o tratamento brasileiro às populações autóctones. Com isso, geram-se os seguintes questionamentos justificadores de sua originalidade: o novo constitucionalismo latino-americano inova na proteção aos povos nativos ou permanece arraigado à visão monofocal de outrora, que lhes nega voz e participação? Quais os traços distintivos e as similitudes entre o constitucionalismo andino do Equador e da Bolívia e o que o Direito Constitucional pátrio poderia aprender com eles? Para respondê-los, valer-se-á do método de abordagem dialético e da metodologia fenomenológica. Conclui-se que as constituições equatoriana e boliviana, por recuperarem o conhecimento e as ideias tradicionais da coexistência do homem em harmonia com a natureza, são fontes de inspiração para países, como o Brasil, os quais, ainda que tutelem esses povos, se limitam a uma visão monocular e não plural como a do “caleidoscópio” andino.

Palavras-chave: Constitucionalismo latino-americano. Democracia. Direito constitucional. Meio ambiente. Neoconstitucionalismo. Povos indígenas.

Abstract

This paper aims to expose that the new Latin American constitutionalism shows itself as an advance for the constitutional theory by giving great importance to the historically excluded populations; environment and diversity as a whole. To do this, it is divided into two parts. In the first, it is made an approach of the multiple conceptions of neo-constitutionalism to expose that, despite being a polysemic term, all of them are guided by democratic practices that aim at social inclusion. By limiting itself to the new Latin American constitutionalism, it will be exposed the leading role of the indigenous people, especially in Ecuador and Bolivia. This is the reason why, in the second part of the investigation, the study of these constitutions will be carried out, as well as the Brazilian juridical treatment to the indigenous people. This leads to the following questions that justifies its originality: does the new Latin American constitutionalism innovate in the protection of native people, or does it remain rooted in the monofocal view of the past that deny voice and participation to them? What are the differentials and similarities between the constitutionalism of Ecuador and Bolivia and what the Brazilian constitutionalism could learn from them? To respond these questions, it is used the dialectical method of approach and the phenomenological methodology. The Ecuadorian and Bolivian constitutions recover the traditional ideals of harmony between man and nature, being then, inspiring for countries, such as Brazil, which, although protect the indigenous in their constitutions, are limited by a monocular and not plural vision as the “kaleidoscope” Andean.

Keywords: Environment. Indigenous people. Latin American constitutionalism. Neo-constitutionalism.

1 Introdução

O presente trabalho visa expor o quanto o novo constitucionalismo latino-americano — de certa maneira — mostra-se como um avanço ao apresentar grande preocupação com as populações sonegadas pela história, o meio ambiente e a diversidade como um todo, cujos efeitos são sentidos na própria teoria constitucional, ao apresentar grande preocupação com as populações sonegadas pela história, o meio ambiente e a diversidade como um todo. Tal como um caleidoscópio¹, esse neoconstitucionalismo faz com que seja possível vislumbrar um feixe de imagens coloridas e plurais a serem trilhadas pelo direito.

Para tanto, os novos constructos constitucionais latino-americanos valem-se da fórmula clássica do Princípio da Igualdade de Cunho Liberal, a qual apregoa o dever de tratar todos os seres humanos com a mesma consideração e respeito. Todavia, transcenderam-na ao promover um tratamento diferenciado às vozes historicamente excluídas do jogo político, dentre elas a dos povos indígenas.

Visa-se, com isso, respeitar e incluir a sua cosmovisão, cultura e espiritualidade no direito. Se não fosse assim, esse novo constitucionalismo, em vez de representar um caleidoscópio que emana a pluralidade, estaria mais parecendo com um antiquado monóculo², tipo de lente corretiva utilizada para corrigir a visão de apenas um olho, geralmente constituído por um fio ao redor da circunferência do anel associado a uma corda, cuja outra extremidade fica ligada ao vestuário em uso para evitar a sua perda.

Tal visão monocular é representada pela não inclusão efetiva dos povos indígenas à sociedade que, ao excluí-los, os reduzem a um estado de completa miséria³. Essas novas constituições latino-americanas servi-

¹ Etimologicamente, a palavra caleidoscópio se originou a partir da junção dos termos gregos *kallós* (belo, bonito); *eidós* (imagem); e *skopeo* (olhar para, observar). Assim, o significado pode ser “ver belas imagens”. SIGNIFICADO de caleidoscópio. Disponível em: <https://www.significados.com.br/caleidoscopio/>. Acesso em: 16 maio 2019.

² EDUCALINGO. Disponível em: <https://educalingo.com/pt/dic-pt/monoculo>. Acesso em: 16 maio 2019.

³ A população indígena da América Latina é de aproximadamente cinquenta e dois milhões de pessoas, 11% da população total da região. (p. 305). Apesar de constituírem apenas 11 % da população da América Latina, de 40% da população total vivendo na pobreza na região, 20 a 25% são indígenas, os quais constituem uma porcentagem ainda maior dentro de 17% da população total

riam como uma lente monofocal e acessória presa às suas vetustas vestes. Contribui-se, assim, para a manutenção de um paradigma que torna os indígenas vítimas do racismo e discriminação em sua vida cotidiana e dentro das instituições do Estado, onde sofrem múltiplas formas de violência e assédio. Realidade advinda do domínio de um ideário desenvolvimentista que impacta os modos de vida dos povos autóctones e reduz suas possibilidades de sobrevivência, em prol da exploração acelerada dos recursos naturais (petróleo, minerais, madeira e biogás), da construção de estradas e barragens e da expansão da agroindústria⁴.

A fim de atingir os intentos acima expostos pesquisa se dividirá em duas partes. Na primeira, será realizada uma breve abordagem das múltiplas concepções de “neoconstitucionalismos” almejando demonstrar que, mesmo sendo um conceito polissêmico, ele apresenta, como fio condutor de seus significados e significantes, a inserção social por meio de práticas democráticas. Para demonstrar o quanto o novo constitucionalismo latino americano viabilizou uma virada decolonial, ao abarcar um amplo prisma de valores e normas, será exposto o protagonismo dos povos indígenas nas novas constituições latino americanas.

Essas novas ordens constitucionais exsurgiram a partir da década de 1980, como reflexo do processo de democratização, o qual exigia um maior pluralismo jurídico com o fito construir o direito sob uma perspectiva dialética. Contudo, o auge desse neoconstitucionalismo ocorreu nos anos 2000, com o advento das Constituições da Bolívia (2009) e Equador (2008).

Razão pela qual, na segunda parte da pesquisa, será realizado o estudo conjunto dessas constituições, assim como será analisado o tratamento do sistema jurídico brasileiro às populações autóctones. Almeja-se, com isso, verificar se tais países, efetivamente, desafiaram o autoritarismo, o monoculturalismo e o monismo jurídico que sempre regeram as constituições republicanas da região com o escopo de incluir esses povos e os erigir a sujeitos constituintes.

Objetiva-se responder aos seguintes questionamentos: o novo constitucionalismo latino-americano inova na proteção aos povos nativos ou permanece arraigado à visão monofocal de outrora que lhes negava voz e participação ainda? Quais os traços distintivos e as similitudes entre as constituições andino do Equador e da Bolívia e o que o constitucionalismo pátrio poderia aprender com eles?

Ainda que a pesquisa indique a utilização de método de abordagem dialético, em vertentes conservadoras, não é possível a interpretação sem a compreensão, uma vez que, para interpretar, antes, é preciso compreender. Por isso, opta-se por não fazer uso de métodos tradicionais, já que estes se fecham à realidade, bem como podem ser todos e nenhum com o decorrer do tempo. Assim, entende-se que a metodologia da fenomenologia é mais adequada aos objetivos desta proposta de pesquisa.

Vale ressaltar que a discussão ora apresentada se relaciona com problemáticas já trabalhadas em projetos do CNPq/CAPES, vinculados à Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS), denominado “Núcleo de Direito Constitucional” (NDC) e ao projeto de pesquisa “A ressignificação do constitucionalismo: desafios para proteção dos direitos humanos/fundamentais”.

da América Latina que vive em extrema pobreza. SIEDLER, Rachel. Pueblos Indigenas y derecho(s) en América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo Veintiuno, 2011. Cap. 13. p. 303-321. p. 305.

⁴ SIEDLER, Rachel. Pueblos Indigenas y derecho(s) en América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo Veintiuno, 2011. Cap. 13. p. 303-321. p. 305.

2 Dos neoconstitucionalismos ao novo constitucionalismo latino-americano

*Já a enxergo comunicando seus preciosos segredos aos sábios que ignoram
quão superior resulta a soma das luzes à soma das riquezas que a natureza lhe prodigou.⁵*
Simon Bolívar

Nessa primeira parte da pesquisa, será realizada uma breve abordagem histórica do constitucionalismo com o fito de expor os constructos teóricos que desaguarão na formação do termo neoconstitucionalismo. Conceito polissêmico, que apresenta como ponto nevrálgico o anseio de se construir um Direito Constitucional contraposto à invisibilidade social oriunda de práticas antidemocráticas e excludentes.

Posteriormente, se discorrerá acerca do novo constitucionalismo latino-americano, que, visando tal intento, almeja romper com a realidade (neo)colonial e excludente dos estados latino-americanos e redefinir as bases do constitucionalismo regional projetado no século XIX. Em especial, por meio do protagonismo dos povos indígenas, que, nas constituições do Equador e Bolívia, atinge matizes peculiares.

Esses diplomas legais inauguraram, assim, um primeiro passo no resgate das luzes perdidas ao longo de uma história de invisibilização dos povos autóctones e negação da importância de sua cosmovisão, cultura e espiritualidade. Sábios conhecimentos fundados na ideia de comunhão com a “Mãe Terra” e na noção de “*buen vivir*” fomentam a criação de um mundo diferente, marcado pela inclusão social pautada no respeito mútuo e na proteção das riquezas que a natureza nos prodigou.

2.1 Os “neoconstitucionalismos” como antídotos à invisibilidade social

O termo “constitucionalismo”, entendido como sendo um movimento de estudo das Constituições, possui um sentido polissêmico⁶, sendo vários os significados que podem ser atribuídos a ele ao longo da história. Apenas a título de exemplificação, citam-se algumas definições, como a contribuição de Nicola Matteucci⁷, o qual afirma — no próprio título da sua obra — que o constitucionalismo se trata da “Organização do Poder e Liberdade”, determinando, basicamente, que as primeiras Constituições Modernas do século XVIII abordariam a limitação de poder do Estado e a tutela de direitos fundamentais. Para o doutrinador português Joaquim José Gomes Canotilho, por Constituição entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política por meio de um documento escrito no qual se protegem as liberdades e se fixam os limites das funções estatais⁸.

Por meio dessas duas definições, observa-se que os autores mencionados se referem ao constitucionalismo moderno, surgido no século XVIII com a Constituição Americana de 1787 e a Constituição Francesa de 1791. Entretanto, alguns escritores afirmam que já se poderia falar de “constitucionalismo” há muito mais tempo, desde a antiguidade até os dias atuais⁹. Para Maurizio Fioravanti e Charles Howard McIlwain, é possível retornar a Grécia Antiga, a Roma e, até mesmo, a Idade Média. Cada um desses períodos históricos teria características próprias, que marcariam o sentido do que seria a “Constituição” de cada época. Nesse contexto, Ferdinand Lassalle refere que:

⁵ BOLÍVAR, Simón. *Escritos políticos*. Campinas. Unicamp, 1992. p. 108.

⁶ Para aprofundar o assunto, consultar: NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita*. São Paulo: LTr, 2011.

⁷ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Traducción de Francisco Javier Ansúategui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.

⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 52.

⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: da la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001; McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Traducción de Juan Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, dentre outros.

“(…) todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos da sua história uma Constituição real e verdadeira. A diferença, nos tempos modernos – e isto não deve ficar esquecido, pois tem muitíssima importância – não são as constituições reais e efetivas, mas sim as constituições escritas nas folhas de papel”¹⁰.

É de notório conhecimento jurídico a obra de Ferdinand Lassalle, redigida no século XIX, na qual o autor refere que a Constituição verdadeira e efetiva é aquela que estaria de acordo com os fatores reais de poder de cada época histórica. A Constituição Jurídica seria, apenas, uma folha de papel. Já, em contraposição à sua teoria, tem-se obra de Konrad Hesse¹¹, escrita no século XX, em que o professor alemão defende a força normativa da Constituição e a vontade de Constituição, sendo esta compreendida como uma consciência coletiva que, em uma relação de coordenação com a Lei Fundamental do país, poderia tutelar e proteger os cidadãos contra possíveis arbitrariedades proferidas por quem seria o detentor do poder político de determinado Estado.

Para Hesse, quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograsse corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro seria o desenvolvimento de sua força normativa, visto que isto lhe asseguraria, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral. Para isso, segundo o autor, a Constituição deve se mostrar em condições de se adaptar a uma eventual mudança de condicionantes (sociais, políticas, econômicas, e, principalmente, os referentes ao estado espiritual de seu tempo)¹².

Em que pese essa discussão ser bastante trabalhada em diversas Faculdades de Direito em diferentes países, ainda, certos autores — como foi referido anteriormente — diferenciam a Constituição da Antiguidade, da Idade Média, e da Idade Moderna. Resumidamente, apenas a título de ilustração, pode-se dizer que a “Constituição dos antigos” se nutria da substância da vida, se apresentando, em certos momentos, apenas, como sinônimo de governo; em outros, como um regime plural e harmônico, combinando elementos de monarquia e democracia. Com isso, se pode concluir que o “constitucionalismo antigo” deixa como herança a necessidade de um ideal ético e político a ser perseguido¹³.

O “constitucionalismo medieval”, por outro lado, possuía estruturas próprias e peculiares, em que não existia um centro de poder, mas sim o surgimento de ordenamentos particulares, com vários vínculos e convenções concretas, sendo, até mesmo possível, a denominação de uma “Constituição mista”¹⁴. Assim, seria constituído por uma rede de laços e relações, de homens e bens, existentes em diferentes feudos, territórios ou regiões daquela época.

Já o “constitucionalismo moderno”, posterior ao Estado Absolutista dos séculos XVI e XVII, nasceu em resposta a um período marcado pelo poder absoluto concentrado na figura do rei, sendo caracterizado particularmente pela defesa dos direitos individuais da população burguesa do século XVIII. Visando mudar esse paradigma, os teóricos políticos se focaram na elaboração de um sistema que colocasse o homem europeu como centro universal para, dessa forma, fundamentar, com o apoio das teses individualistas e racionalistas existentes na época, sua luta contra o denominado Ancien Régime. Destarte, o respeito aos direitos individuais de cada pessoa — como, por exemplo, a liberdade de agir, de celebrar contratos e de usufruir seu patrimônio sem a interferência do Estado — passa a ser visto como imprescindível para a harmonização da vida em sociedade¹⁵.

¹⁰ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 27.

¹¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹² HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹³ Para aprofundar o tema, consultar: NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita*. São Paulo: LTr, 2011. p. 37-47.

¹⁴ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita*. São Paulo: LTr, 2011. p. 53-59.

¹⁵ Elucida Tepedino que o direito privado tratava, assim, de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, principalmente o contratante e o contratado. Os quais, por sua vez a nada aspiravam senão a aniquilação de todos os privilégios feudais: poder contratar fazer circular as riquezas, adquirir bens como a expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições

O racionalismo trazia, em suas entranhas, a ideia de que a sociedade era imutável e previsível, sendo possível sua total regulamentação por meio das normas jurídicas. Com a incidência dessas ideias no Direito, o mesmo acabava por refletir em sua positivação o materialismo (patrimonialismo) e o egoísmo que estavam contidos nas referidas teses. Com isso, havia a aproximação, diga-se, “sofística” da Ciência Jurídica com as Ciências Naturais e Exatas, pois, nesse caso, está aquela distante de sua real essência histórica e social.

Assim, o direito se tornou uma ciência inerte, uma vez que era considerada imutável. Criou-se, também, por parte do Estado, a ilusão de que o sistema jurídico era autossuficiente e conseguia abranger todas as situações interpessoais. Portanto, o ordenamento jurídico se tornou análogo das ciências exatas e naturais, por meio de uma busca incessante de fazê-lo ser o reflexo da sociedade que, aos olhos dos estudiosos da época, eram tão imutáveis quanto as leis da física.

Como resultado dessa pretensa imutabilidade característica do constitucionalismo liberal, não se preencheu as necessidades das pessoas que buscavam, além de direitos individuais, também direitos sociais e proteção às suas relações de trabalho. Dessa forma, no século XIX, ocorreu a mudança para o Estado Social de Direito. Nesse momento, principalmente as Constituições europeias incorporaram os chamados direitos sociais nas suas Cartas constitucionais. Porém, surgiu, no início do século XX, uma nova onda de mudanças, com o chamado Estado Social e Democrático de Direito, momento em que, para além dos direitos sociais, foram incorporados direitos difusos e um maior número de instrumentos jurídicos que possibilitassem maior participação popular nas decisões de Estado.

Entretanto, durante o século XX, ocorreram duas grandes Guerras Mundiais, e com elas a necessidade de alteração dos ordenamentos jurídicos de todos os Estados envolvidos, pois o Direito não conseguiu deter os horrores cometidos no mencionado período. Momento em que surgiu um marco no constitucionalismo contemporâneo, caracterizado pelo fim da Segunda Guerra Mundial — período pós-1945. Esse período histórico foi denominado por muitos europeus de “neoconstitucionalismo”.

O termo neoconstitucionalismo foi proposto, pela primeira vez, em 1997, por Susanna Pozzollo, para denotar uma postura antijuspositivista de abordar o direito, apresentando-se como uma espécie de superação da divisão característica do pensamento moderno, entre juspositivismo e jusnaturalismo¹⁶.

Vale destacar duas importantes obras organizadas por Miguel Carbonell, sobre o termo ora mencionado: “Neoconstitucionalismo(s)”¹⁷ e “Teoría del neoconstitucionalismo”¹⁸, nelas, o autor mexicano destaca que o neoconstitucionalismo seria marcado por três características concomitantes: período histórico – pós-1945; novos desenvolvimentos teóricos; e uma atuação mais ativa dos Tribunais constitucionais na defesa da aplicação dos direitos fundamentais.

Milena Petters Melo afirma que ocorreu uma abordagem metateórica e jusfilosófica diferenciada para realidades constitucionais variadas. Assim, o conceito passou a se equilibrar, precariamente, na sua base de sustentação teórica, caracterizada por uma enorme profusão do uso do termo — mobilidade disciplinar, metodológica, histórica e geográfica¹⁹.

No Brasil o debate sobre neoconstitucionalismo se acendeu com a publicação de “Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito”, de Luís Roberto Barroso. Nesse texto, o ministro afirma que o neoconstitucionalismo chegou mais tarde no Estado brasileiro do que nos países europeus — especialmente, Alemanha e Itália — sendo marcado pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁰.

ou entaves legais. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹⁶ MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América latina: *neoconstitucionalismo?* In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 65.

¹⁷ CARBONELL, Miguel (ed). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

¹⁸ CARBONELL, Miguel (ed). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

¹⁹ MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América latina: *neoconstitucionalismo?* In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 65.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional

Ocorre que as discussões sobre o sentido do termo ora analisado sempre foram marcadas por ambiguidades. Nas palavras do professor Lenio Streck — durante os anos 90 — devido a reflexões críticas promovidas pela nova teoria —, ele chegou a se aproximar do termo, por meio da hermenêutica fenomenológica. Entretanto, o jurista afirma que nunca se filiou aos postulados teóricos promovidos pela Teoria Argumentativa Alexiana, a qual defende uma relação de complementariedade entre direito e moral. Também nunca concordou com versões mais analíticas. Conclui que, passadas mais de duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as peculiaridades do direito brasileiro, as características do neconstitucionalismo provocaram condições patológicas, contribuíram com a corrupção do texto constitucional²¹.

A corrupção mencionada pelo referido doutrinador brasileiro se relaciona com a possibilidade de os juízes, desembargadores ou Ministros realizarem uma “interpretação conforme a Constituição”, muitas vezes, baseadas em outros fundamentos, distintos do próprio texto constitucional. Esse é um perigo real e atual, enfrentado pelo ordenamento brasileiro.

Todavia, a despeito de ser passível de críticas, o neconstitucionalismo teve o mérito de transformar o juiz, até então, inerte, por uma legislação engessada, excludente e de pretensa neutralidade. Concepção falaciosa que o constitucionalista Luís Roberto Barroso desmistifica ao afirmar que “[...] o conhecimento, qualquer conhecimento, não é uma foto, um flagrante incontestável da realidade. Todos os objetos estão sujeitos à interpretação. Isso é especialmente válido para o Direito, cuja matéria prima é feita de normas, palavras, significantes e significados”²²

Nesse sentido, é relevante ressaltar a impossibilidade de o jurista não possuir, dependendo da situação, do fato, do caso e das experiências que ele traz ao decorrer de sua vida, diferentes visões sobre um mesmo dispositivo legal. Seria, portanto, uma ilusão crer que ele seja isento das complexidades subjetivas e influências sociais. O que se pretende hoje e não se previa na Idade Moderna é um intérprete consciente de suas circunstâncias. Realidade explanada e anseio apregoado por Barroso ao afirmar que:

[...] a neutralidade, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (auto-crítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (auto-conhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas.²³

Para que o intérprete seja consciente de suas circunstâncias, a constituição deve ser vista não mais como o pacto racional fundante do Estado, mas, sim, como um estatuto reflexivo que guia, democraticamente, a pluralidade social da atualidade e, até mesmo, das gerações futuras na definição de seus próprios valores e opções políticas. Todavia, para isso se torna necessário que todos tenham voz para expor suas opiniões, livres da manipulação político-econômica das elites, o que, historicamente, não ocorre na realidade desigual e excludente dos países latino-americanos.

A referida exclusão social e econômica é derivada dos níveis extremos e persistentes de desigualdade, que aniquilam a imparcialidade do Direito e causam a invisibilidade dos extremamente pobres. Assim como a demonização daqueles que questionam a sistema e a imunidade dos por ele privilegiados. Invisibilidade que faz com que o sofrimento de certos segmentos da sociedade não provoque uma reação moral ou política adequada²⁴.

no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 08 maio 2019.

²¹ STRECK, Lenio. (Neo)constitucionalismo. In: ALVIN, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio. *Curso de direito constitucional*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 27-28.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11.

²⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Desigualdad estructural y estado de derecho. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org). *El derecho en*

Nesse cenário, a lei e os direitos podem ser vistos como uma farsa, uma disputa de poder entre os poucos sortudos que negociam os termos dos excluídos, fazendo, com isso, que sejam afrouxados os laços de reciprocidade dentro da comunidade. Conseqüentemente, é mitigado o sentido de obrigação moral dos poderosos em relação aos excluídos. Com efeito, quando alguns sujeitos não são considerados valiosos, fica fácil privá-los do conjunto de direitos que protegem o resto dos cidadãos. Em suma, a extrema e persistente desigualdade social erode a reciprocidade, tanto em termos de vantagens mútuas como da moral, deteriorando, com isso, a integridade do estado de direito.²⁵

Visando servir de antídoto a essa realidade, uma das preocupações centrais do neoconstitucionalismo é o aprofundamento da democracia e o fortalecimento da sociedade civil e da deliberação cidadã. Para tanto, deve haver o diálogo entre as mais plurais vozes, historicamente excluídas das deliberações públicas. Nesse ponto, ressoa a voz dos povos indígenas, que adquirem o papel de protagonista no novo constitucionalismo latino-americano.

2.2 “Virando o jogo”: o protagonismo indígena no novo constitucionalismo latino-americano

Em que pese as divergências que seguem existindo sobre o “neoconstitucionalismo”, é possível afirmar que, nos anos 80 e 90, grande parte dos países latino-americanos seguiram as principais tendências do constitucionalismo democrático contemporâneo, sobretudo pela expansão do catálogo de direitos fundamentais e novas garantias jurídicas que foram inseridas nos textos constitucionais. Mas, principalmente na última década, o constitucionalismo na América Latina recebeu novas ideias e perspectivas, sobretudo com a promulgação das Constituições da Venezuela (1999)²⁶, Equador (2008) e Bolívia (2009).

Segundo Milena Petters Melo,

nesta nova fase, conhecida também como “constitucionalismo andino”, os textos constitucionais são elaborados por assembleias constitucionais participativas, sendo posteriormente objeto de aprovação popular através de *referendum*. As cartas constitucionais são mais amplas, complexas e detalhadas, radicadas na realidade histórico-cultural de cada país e, portanto, declaradamente comprometidas com os processos de descolonização. Ao mesmo tempo, as novas Constituições conjugam a integração internacional à “redescoberta” de valores, tradições e estruturas locais e peculiares, e estimulam, assim, um novo modelo de integração latino-americana, de conteúdo marcadamente social, que supera o isolacionismo intercontinental de origem colonial e enfatiza a solidariedade neste novo contexto da integração.²⁷

Os novos textos do “constitucionalismo andino”, especialmente as Constituições da Bolívia e do Equador, avançam a partir do constitucionalismo europeu, sobretudo no que diz respeito à proteção ambiental e ao pluralismo cultural e multiétnico. Isso ocorre, a partir de modelo garantista que prima pela sustentabilidade socioambiental, o equilíbrio no uso dos recursos econômicos ou ambientais e a valorização da diversidade histórico-cultural em favor das populações sonegadas pela história — como a população campesina e os indígenas. O objetivo precípua, portanto, é o de promover uma melhor qualidade de vida ou o — *buen vivir* (*sumak kamsay*) da Constituição do Equador e a *suma qamaña*, da Constituição da Bolívia.²⁸

A ideia que move o novo constitucionalismo andino é a de que o capitalismo e a superexploração dos

América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI. Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo Veintiuno, 2011. Cap. 13. p. 25-46. p. 36

²⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Desigualdad estructural y estado de derecho. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo Veintiuno, 2011. Cap. 13. p. 25-46. p. 25 e 41

²⁶ Não será trabalhada a Constituição da Venezuela no presente artigo, em virtude dos tumultuados acontecimentos políticos e jurídicos, pelos quais o referido país está passando, principalmente desde o início de 2019.

²⁷ MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América latina: neoconstitucionalismo? In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 75.

²⁸ MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América latina: *neoconstitucionalismo?* In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 76.

recursos naturais são as principais causas das mudanças climáticas. Distorções no planeta cujos riscos podem ser evitados, de acordo com esse ponto de vista, a partir da recuperação e participação na política e na economia dos valores tradicionais de respeito pela natureza²⁹.

Ocorre que os povos indígenas sempre tentaram fazer ouvir as suas vozes e participar do processo democrático para o desenvolvimento de seus países, mas enfrentaram muitas dificuldades para fazer valer os seus direitos. Realidade oriunda do fato de que as raízes coloniais do Direito historicamente prenderam os povos indígenas em uma posição subalterna que viabilizava a expropriação de seus territórios e recursos por terceiros, retirando-lhes, inclusive, o seu destino enquanto povo.

A ideologia da “inferioridade” dos índios e a figura jurídica da tutela indígena permitiram cristalizar, ao longo do tempo, o modelo de subordinação indígena. A independência política das colônias e as políticas americanas em relação às metrópoles não significaram o seu fim. Pelo contrário, com a organização jurídica e política fundada nas liberais Constituições republicanas, foram promovidos novos projetos neocoloniais de subjetivação indígena. Para Silva Filho,

[...] isso ocorreu, pois a “invenção” da modernidade com seus mecanismos de sustentação sempre se justificara pelo “eurocentrismo”, o mito desenvolvimentista e de aculturação dos povos autóctones, a própria postura frente a estes povos não europeus, significou a justificativa para dominação, via de regra, violenta, responsável por alguns dos mais evidentes exemplos de violência contra humanidade: a escravidão indígena e negra. A posição antropológica do estudo denota claramente a ideia de oposição entre o mundo europeu, afirmando-se enquanto ser do mundo, e a negação do outro, afirmado enquanto submisso dentro desse processo elaborado pelo *ser* europeu.³⁰

Essa realidade excludente se reflete na construção dos estados liberais latino-americanos que foram moldados pelo Princípio do Monismo Jurídico. Isto é, a existência de um sistema jurídico único dentro de um Estado e uma lei geral, e abstrata para todos os cidadãos. Contrapõe-se a ela o pluralismo jurídico que reconhece a coexistência de vários sistemas normativos dentro do mesmo espaço geopolítico, sendo, portanto, incompatível com ideologia do Estado-nação, que admite, apenas, a ótica do soberano.³¹

Para contrapor esse panorama histórico, deve-se reconhecer que tanto a colonização da América pelos europeus como a fundação dos novos estados independentes foram alcançadas à custa da exclusão e do genocídio dos povos indígenas. Nesse sentido, necessita-se orientar o Estado e a ordem jurídica para uma política de reparações e de convivência em igualdade de direitos, cuja implicação imediata é a incorporação dos direitos humanos dos povos indígenas. Tratam-se, portanto, não somente de modificações jurídicas a serem aplicadas em regiões distantes dos grandes centros urbanos, mas também de uma transformação da própria ideia de Estado, de democracia e do exercício da autoridade pública.³²

Ademais, necessita-se resguardar o direito dos povos indígenas às suas terras, territórios e recursos com o fito de assegurar o espaço indispensável para a manutenção de sua vida coletiva autônoma. Para tanto, é imperioso o reconhecimento das instituições públicas pertencentes aos povos indígenas, das quais a identidade comunitária é sua principal expressão, mas não a única. Elas são, também, face complementar do direito à terra, haja vista que, caso seu regime regulatório de “propriedade e posse” não seja regido pelo direito indígena, se aproximará ao do direito privado.

²⁹ PERRA, Livio. Naturaleza y constitución. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 183-196, abr. 2017. Disponível em: <https://www.publicaco.es.uniceub.br/RBPP/article/view/4593/pdf>. Acesso em: 30 maio 2019. p. 184.

³⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da inferioridade latino-americana. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.) *Fundamentos de história do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 154.

³¹ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo ala descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.) *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159. p. 139.

³² FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo ala descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.) *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159. p. 152.

Desse modo, a manutenção dos sistemas próprios de resolução coletiva de conflitos, sem a interferência dos órgãos policiais ou autoridades judiciárias do Estado, a exclusão de normas civis nas questões internas de uso e distribuição da terra e em matéria sucessória e de família, bem como a proteção do idioma de cada povo, devem ser limites claros à autoridade da cultura hegemônica, para evitar a manutenção da política de colonização sobre a vida comunitária indígena.

Necessário destacar que esses direitos não asseguram, por si só, a prerrogativa de se estabelecer “reservas” isoladas do resto da sociedade, porque autodeterminação não é sinônimo de independência, mas coexistência em igualdade com a cultura hegemônica. Significa, portanto, o direito de os povos indígenas participarem e serem consultados, por meio de suas instituições representativas, em todas as estruturas e decisões do Estado suscetíveis a afetar seus interesses.³³

Com efeito, a participação dos grupos étnicos nas tomadas de decisão dos assuntos do Estado deve ser vista como uma faceta da sociedade multicultural, multinacional e pluriétnica na qual se vive, não se confundindo com a tese de que cada grupo étnico no mundo devesse ter o próprio Estado. Nesse sentido, Lucas Fagundes leciona que:

[...] a ideia de aceitar um Estado plurinacional, sob bandeira única, não se encontra em contradição teórica, no sentido de que a perspectiva de Estado plurinacional é justamente a interlocução e inter-relação social das diversas culturas existentes dentro de um mesmo paradigma comum de proteção de seus próprios interesses, não se confundindo com a perspectiva liberal multicultural de diversidade com hegemonia de uma cultura “mediadora”, esta é substituída pela interculturalidade relacionai do diálogo e da própria interpretação de vida comunitária³⁴.

Sem essa participação, não haverá diálogo intercultural e, muito menos, o necessário reconhecimento mútuo. Logo, não se pode compreender e decidir sem a voz constituinte dos próprios povos indígenas. Deve-se, portanto, traduzir suas cosmovisões comunitárias e ancestrais, necessidades e desejos na linguagem dos direitos. Entretanto, nada disso ocorrerá sem efetivas reparações territoriais por todas atrocidades contra eles cometidas e compensações materiais para tudo que foi historicamente roubado³⁵.

Nenhum passo foi dado em prol dessa mudança paradigmática contrária aos excludentes interesses do monoculturalismo e monismo jurídico até os três ciclos do horizonte do constitucionalismo pluralista, os quais se iniciaram ao final do século XX. *Esses ciclos são, segundo Raquel Fajardo: o constitucionalismo multicultural, desenvolvido entre 1982 e 1988; o constitucionalismo pluricultural, ocorrido entre 1989 a 2005 e o recente constitucionalismo plurinacional de 2006 a 2009*³⁶.

Todos esses movimentos tiveram a virtude de questionar, progressivamente, os elementos centrais configuradores e definidores dos estados latino-americanos projetados no século XIX, almejando, com isso, propor um projeto de descolonização de longo prazo. Essas reformas constitucionais expressam antigas e novas demandas indígenas, assim como a resistência vinda do velho e do novo colonialismo.

O primeiro ciclo, considerado o “Constitucionalismo pluralista”, foi caracterizado pelo surgimento do multiculturalismo e pelas novas demandas indígenas. Nesse ciclo, as Constituições introduziram o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural e multilíngue da sociedade, o direito

³³ RAMÍREZ, Silvina. Matriz liberal de la constitución y protección de los derechos de los pueblos originarios. In: GARGARELLA, Roberto. *La constitución en 2020: 48 Propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo Xxi, 2011. p. 143-169. p. 153

³⁴ FAGUNDES, Lucas Machado. Reflexões sobre o processo constituinte boliviano e o novo constitucionalismo sul-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Peters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 162.

³⁵ HUALPA, Eduardo R. Los sujetos indígenas em la constitución. In: GARGARELLA, Roberto. *La constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo Xxi, 2011. p. 156-168. p. 168

³⁶ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo ala descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159. p. 140-141.

individual e coletivo a identidade cultural e alguns direitos específicos para grupos étnicos e comunidades indígenas. Exemplos desse ciclo são as Constituições da Guatemala de 1985 e a da Nicarágua de 1987.

A Constituição brasileira de 1988 encontra-se no limiar do segundo ciclo, marcado pelo *constitucionalismo pluricultural*, desenvolvido na década de 90. Nele, as constituições afirmam o direito individual e coletivo à identidade e diversidade cultural, já introduzidas no primeiro ciclo. Trazem, ainda, a peculiaridade de ir além ao desenvolver os conceitos de nação multiétnica ou multicultural e Estado pluricultural, trilhando um caminho de redefinição do Estado³⁷.

Essas constituições reconhecem as autoridades indígenas, com suas próprias regras e procedimentos. Logo, a novidade mais importante desse ciclo é a inclusão, nos textos constitucionais, de fórmulas que reconhecem o pluralismo jurídico e rompem com o histórico império da teoria monista. Isto é, a ideia de que apenas é direito o sistema de normas produzidas pelos órgãos soberanos do Estado, os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.³⁸

Com isso, abriu-se a uma produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo sistema difuso de poderes, emanados, dialeticamente, da sociedade por meio de seus diversos sujeitos, grupos sociais e coletividades³⁹. Desse modo, essas constituições quebraram o modelo monocultural projetado no século XIX, possibilitando que as autoridades das comunidades indígenas ou camponesas exerçam funções jurisdicionais e resolvam seus conflitos de acordo com suas próprias regras e procedimentos ou lei consuetudinária⁴⁰. Com a conquista desses novos direitos e a atribuição de poderes que antes eram exclusivos dos órgãos estaduais, foram provocadas inúmeras disputas jurídicas e políticas, ainda não resolvidas. Exemplo disso é o fato de o Poder Legislativo, em vários países, continuar reivindicando sua atribuição soberana para promulgar leis sem ser condicionado ou limitado pela consulta dos povos indígenas.

O terceiro ciclo do constitucional latino-americano é o constitucionalismo plurinacional, movimento que é constituído por dois processos constituintes, Bolívia (2009) e Equador (2008), e ocorre no contexto da adoção da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Essas Constituições apresentam um projeto descolonizador fundado no Princípio do Pluralismo Jurídico, na igual dignidade dos povos e das culturas, e na interculturalidade⁴¹.

Como exposto ao longo deste subcapítulo, as diferentes reformas constitucionais, ocorridas ao longo da história do novo constitucionalismo latino-americano, visaram proteger os grupos tradicionalmente discriminados, mormente, os povos indígenas, concedendo-lhes direitos diferenciados de cidadania. Isso ocorre na medida em que são estabelecidos sistemas especiais de representação política, somado ao fato que suas línguas são incorporadas como oficiais e a eles é reconhecido um poder judicial próprio e a autonomia em seus territórios para a decisão de acordo com suas cosmovisões. Razões pelas quais essas constituições não somente avançaram para uma ideia de identidade nacional pluralista, mas também geraram formas de cidadania diferenciadas e multiculturais⁴².

³⁷ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo ala descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159. p. 141-142

³⁸ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo ala descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159. p. 142

³⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Peters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 21.

⁴⁰ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo ala descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159. p. 146.

⁴¹ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo ala descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159. p. 149-150.

⁴² UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes em América Latina: tendencia y desafíos. In: GARAVI-

3 O constitucionalismo equatoriano, boliviano e brasileiro: caleidoscópios ou monóculos contemporâneos?

*Colocando en primer plano el problema económico-social, asumimos la actitud menos lírica y menos literaria posible. No nos contentamos con reivindicar el derecho del indio a la educación, a la cultura, al progreso, al amor y al cielo. Comenzamos por reivindicar, categóricamente, su derecho a la tierra*⁴³.
Jose Carlos Mariategui

Os movimentos organizados dos povos indígenas e as transformações constitucionais que resultaram de seus esforços questionaram, profundamente, o pretense discurso igualitário e racionalista do liberalismo clássico, tão central nas constituições dos Estados latino-americanos. Contudo, ao longo dessa transição de paradigma, os movimentos populares e os povos indígenas não rejeitaram os direitos liberais ou os direitos humanos. Em vez disso, questionaram a maneira pela qual o liberalismo hegemônico favoreceu alguns setores e excluiu outros. Para que esses novos constructos constitucionais transcendam a um ilusório “lirismo constitucional” e não sejam reduzidos a belas palavras, como desafia um dos primeiros a denunciar a problemática indígena, o peruano Jose Carlos Mariategui, deve-se efetivamente, romper as bases que sustentam a sociedade (neo)colonial.

Visando analisar se esse novo constitucionalismo latino-americano é de fato transformador ou meramente aspiracional, será realizada uma dupla análise. Na primeira abordar-se-á o constitucionalismo boliviano e equatoriano e, na segunda, o brasileiro. Visa-se, com isso, verificar o quanto esses novos constitucionalismos propulsionam os benefícios do desenvolvimento socioeconômico aos povos autóctones tradicionalmente excluídos das sociedades latino-americanas e se fortaleceram, efetivamente, novas formas de democracia protetoras da autonomia dos povos indígenas e de outras comunidades étnicas.

3.1 O caleidoscópio plurinacional da Bolívia e Equador

O reconhecimento da diversidade e a concessão de direitos especiais às comunidades indígenas adquire matizes peculiares nas recentes Constituições Boliviana e Equatoriana, as quais afirmam a existência de uma nação de povos ou de um Estado plurinacional e constitucionalizam concepções provenientes da tradição indígena, como a noção de *buen vivir*, assim como promovem uma maior autonomia dos povos indígenas na gestão de suas comunidades.

Essas cartas constitucionais propõem uma refundação do Estado e o reconhecimento explícito das historicamente ignoradas raízes milenares dos povos indígenas. Com isso, elas almejam o desafio histórico de acabar com o colonialismo por meio do entendimento de que os indígenas são não apenas “culturas diversas”, mas *nações ou nacionalidades originárias* detentoras do direito à autodeterminação. Isto é, são sujeitos políticos coletivos capazes de definir seu destino, governar-se com autonomia e participar dos novos pactos firmados no seio de um “Estado plurinacional”.

Partindo-se dessa premissa, os povos indígenas são erigidos a sujeitos constituintes detentores do poder de definir o novo modelo de Estado e as relações com outros povos. Ou seja, essas Constituições buscam superar a ausência do poder constituinte indígena na fundação republicana e tentam neutralizar o fato de que eles foram historicamente considerados como incapazes, sujeitos à tutela do estado. Razão pela qual

TO, César Rodríguez (Org). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo Veintiuno, 2011. Cap. 5. p. 109-137. p. 112.

⁴³ MARIATEGUI, José Carlos. *El problema de la tierra*. Disponível em: <https://philarchive.org/archive/ATWTSO>. Acesso em: 30 mai. 2019.

estão explicitamente inscritas em um projeto decolonizador fundado no Princípio do Pluralismo Jurídico, na igual dignidade dos povos e das culturas, e na interculturalidade. Exemplo disso é o fato de a Constituição boliviana traduzir esses princípios na paridade entre a jurisdição indígena e a jurisdição ordinária. Sob o conceito de “Estado Plurinacional”, são reconhecidos novos princípios organizacionais de poder baseados na diversidade, igual dignidade dos povos, interculturalidade e em um modelo de pluralismo jurídico igualitário, o qual reconhece, expressamente, as funções jurisdições indígena⁴⁴.

A nacionalidade e o reconhecimento dos povos indígenas sob esse prisma tornam as Constituições Boliviana e Equatoriana constitucionalismos peculiares quando comparados às demais transformações recentes na América Latina. Isso ocorre, pois, ao avançarem em direção a diferentes formas constitucionais plurinacionais, interculturais e experimentais, reconhecedoras dos direitos coletivos dos povos indígenas, elas vão além do arcabouço do constitucionalismo liberal,⁴⁵.

Essas mudanças, para além de gerar binômios norte/sul, criam novas formas híbridas de constitucionalismo, ao incorporar concepções indígenas, com base em alguns conceitos tradicionais do direito liberal. Ao valorizar as epistemologias ou os diferentes “saberes” historicamente negados, discriminados e desvalorizados, viabilizou-se uma profunda crítica ao dominante conhecimento jurídico monocultural, racista e excludente⁴⁶.

Por meio de um “Estado Plurinacional” ou “Estado pluralista multiétnico”, essas novas Constituições objetivam a recuperação da soberania popular, com o fito de promover a participação direta dos cidadãos e da sociedade civil organizada na elaboração, aprovação de alterações do texto constitucional. Dessa forma, foram inseridos mecanismos de atuação efetiva no controle e na gestão administrativa. Por essa razão surgem institutos paralelos como o *control social* na Bolívia e o *quinto poder* no Equador.

Esse rompimento com a prevalência da ideia de representação popular, no sentido da importância que é atribuída aos referendos aprovatórios e aos novos mecanismos de participação popular e democrática qualitativa, igualitária e inclusiva para as comunidades indígenas com respeito as suas formas decisórias, é percebida — *ipsis litteris* — na Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia em seu art. 11, como segue:

Art. 11. I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.

II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley. 2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley.

3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley.⁴⁷

⁴⁴ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo ala descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159. p. 149-150.

⁴⁵ UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes em América Latina: tendência y desafíos. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo Veintiuno, 2011. Cap. 5. p. 109-137. p. 113-114.

⁴⁶ SIEDLER, Rachel. Pueblos Indigenas y derecho(s) en América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo Veintiuno, 2011. Cap. 13. p. 303-321. p. 316

⁴⁷ BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 13 maio 2019.

Destaca-se, ainda, a grande inovação para Teoria da Constituição, oriunda da constituição equatoriana, ao abordar a cosmovisão indígena, que concebe os recursos e a própria estrutura social como bens comuns e reconhece a própria natureza como detentora de subjetividade jurídica.⁴⁸ Papel de destaque dado, inclusive, em seu preâmbulo, em que é apregoado que se está: “celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia”⁴⁹.

Com isso, almeja-se construir: “*una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay*”⁵⁰ Isto posto, torna-se claro que os direitos dos cidadãos estão interligados com os da Natureza em prol do bem viver que corresponde a um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado garantidor da sustentabilidade.

Para a promoção do bem viver e a proteção da natureza, a última parte do artigo 275 da Constituição do Equador afirma que “*el buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza*”⁵¹. No mesmo sentido, o artigo 276 apregoa que um dos objetivos do desenvolvimento é o de “*recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural*”⁵².

Necessário consignar, contudo, que uma das diferenças entre a Constituição equatoriana e a boliviana se trata do fato de que, nessa última, um dos propósitos do Estado é a industrialização dos recursos naturais. O artigo 355 da Constituição da Bolívia é incisivo ao apregoar o dever de equilíbrio entre os interesses econômicos do Estado e a proteção da natureza⁵³.

Indo além, as Cartas Constitucionais do Equador e da Bolívia reconhecem aos povos indígenas: o poder de definir suas próprias regras e a aplicação de seus princípios, valores culturais, normas e procedimentos próprios⁵⁴ (Bolívia: artigo 190) tradições ancestrais e direitos e procedimentos próprios; o direito de eleger as autoridades e estabelecer as suas Funções jurisdicionais (Equador: artigo 171⁵⁵ e Bolívia: cap. IV. Jurisdição indígena dos camponeses⁵⁶).

⁴⁸ EQUADOR. *Constitución política del Ecuador*. Disponível em <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>. Acesso em: 13 maio 2019.

⁴⁹ EQUADOR. *Constitución política del Ecuador*. Disponível em <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>. Acesso em: 13 maio 2019.

⁵⁰ EQUADOR. *Constitución política del Ecuador*. Disponível em <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>. Acesso em: 13 maio 2019.

⁵¹ EQUADOR. *Constitución política del Ecuador*. Disponível em <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>. Acesso em: 13 maio 2019.

⁵² EQUADOR. *Constitución política del Ecuador*. Disponível em <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>. Acesso em: 13 maio 2019.

⁵³ *Artículo 355. I. La industrialización y comercialización de los recursos naturales será prioridad del Estado. II. Las utilidades obtenidas por la explotación e industrialización de los recursos naturales serán distribuidas y reinvertidas para promover la diversificación económica en los diferentes niveles territoriales del Estado. La distribución porcentual de los beneficios será sancionada por la ley. III. Los procesos de industrialización se realizarán con preferencia en el lugar de origen de la producción y crearán condiciones que favorezcan la competitividad en el mercado interno e internacional. BOLÍVIA. Constitución Política del Estado*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 13 maio 2019.

⁵⁴ Artigo 190 da Constituição boliviana: *I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución*

⁵⁵ Art. 171 da constituição do equador: *Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.* EQUADOR. *Constitución política del Ecuador*. Disponível em <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>. Acesso em: 13 maio 2019.

⁵⁶ *Artículo 30. I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.*

Quanto aos efeitos jurídicos da lei e jurisdição indígenas, essas Constituições estabelecem que: as decisões devem ser respeitadas pelas instituições públicas e privadas (Equador: artigo 171). Qualquer autoridade pública ou pessoa deverá obedecer às decisões da jurisdição indígena⁵⁷ (Bolívia: artigo 192) e os casos resolvidos por ela devem ser considerados para o efeito de *não bis in idem*⁵⁸ (Equador: 76, i).

Ademais, é resguardada a igual hierarquia entre a jurisdição indígena e a ordinária⁵⁹ (Bolívia: artigo 179, inciso II) e estabelecido o controle constitucional. Necessário elucidar, contudo, que há grande preocupação de que as novas instituições plurinacionais tenham uma composição plural, visando ao diálogo intercultural e à resolução de possíveis alegações de violação de direitos humanos pela jurisdição indígena. A Constituição boliviana é explícita ao indicar que o Tribunal Constitucional Plurinacional deve ter uma composição paritária, composta por autoridades de ambas as jurisdições: indígena e ordinária (Bolívia: art. 197, inciso I⁶⁰). No Equador, ainda que não tenham sido estabelecidas instâncias interculturais, a paridade de gênero foi assegurada. (Equador: art. 171).

Com esses novos delineamentos constitucionais, demonstra-se grande progresso na técnica constitucional, direcionada não apenas à proteção do indivíduo, mas, também, à coletividade contra os arbítrios do poder e busca da promoção de sociedades mais abertas e plurais, com um desenvolvimento socioambiental igualitário e sustentável. Exemplo dessa preocupação é a fundação da Universidade equatoriana AMAWTA WASI, a qual, partindo uma perspectiva intercultural crítica, visa, além de dedicar-se à educação indígena, consolidar a ideia de que, a partir da cosmovisão indígena de comunhão com a “Mãe Terra” e da noção de “*bien vivir*”, é possível promover a inclusão social por meio do respeito mútuo. Sob esse prisma, o ambiente universitário é delineado a partir da cultura indígena, mas não se destina, unicamente, a eles⁶¹.

O conhecimento a partir da educação indígena é formado por bloco uno de saber existencial, edificado na noção de respeito à “Mãe Terra”, a qual é fonte do verdadeiro saber, da vida e do bem-estar. Logo, torna-se indispensável, para a transmissão do conhecimento, que ela ocorra de maneira completamente distinta da perspectiva utilitarista ocidental fundada no ideário de exploração dos recursos naturais, progresso e desenvolvimento⁶².

II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:

1. A existir libremente. 2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propiocosmovisión. . BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 13 maio 2019.

⁵⁷ Art. 192 Constituição boliviana: *Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina. I. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado. II. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.* BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 13 maio 2019.

⁵⁸ Artigo 76 da Constituição equatoriana: Art. 76: *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.* EQUADOR. *Constitución política del Ecuador*. Disponível em: <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>. Acesso em: 13 maio 2019.

⁵⁹ Artigo 179 da constituição boliviana: I. *La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley. II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía. III. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional. IV. El Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial.* BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 13 maio 2019.

⁶⁰ Artigo 197 da Constituição Boliviana: *Art. 197: I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino.* BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 13 maio 2019.

⁶¹ CAVALLAZZI, Vanessa Wendhausen; MELLO, Patrícia Perrone Campos; SOARES, Raony. Educação superior intercultural, reconhecimento e redistribuição: o duro caminho dos povos indígenas no Equador. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 179-198, 2018. p. 193.

⁶² CAVALLAZZI, Vanessa Wendhausen; MELLO, Patrícia Perrone Campos; SOARES, Raony. Educação superior intercultural,

Também demonstra o rompimento com o utilitarismo antropocêntrico, o julgamento ocorrido na província equatoriana de Loja, que foi o primeiro a considerar os direitos da Natureza, sendo o rio Vilcabamba a parte no processo cuja sentença foi prolatada em seu favor. O dano decorre do fato de que o Governo Provincial de Loja usou o rio Vilcabamba para depositar materiais de escavação (areia, cascalho, árvores etc.) oriundos da construção da estrada Vilcabamba-Quinara. Como reflexo da ausência de quaisquer estudos de impacto ambiental ou social, o nível da água do rio aumentou demasiadamente, causando grandes danos nos terrenos ribeirinhos. Ao analisar o caso concreto, o juiz da Corte provincial de Loja fundamenta o julgado no artigo 71 da Constituição equatoriana, que garante os direitos da mãe terra (*Pachamama*) e reconhece a Natureza como sujeito de direitos⁶³.

O entendimento exposto na decisão é o de que, ainda que o Governo provincial alegue ser a construção da estrada benéfica para a coletividade, não se pode macular a proteção dos direitos da Natureza. Pois, quando do choque entre direitos coletivos, devem prevalecer os direitos da Natureza, por abrangerem uma maior coletividade, assim como as gerações futuras⁶⁴.

No mesmo sentido, a jurisprudência da Bolívia enfoca a natureza do Estado Plurinacional e a sua interculturalidade. Com isso, é dada grande importância à voz indígena que leva ao ordenamento jurídico a cosmovisão andina, segundo a qual cada componente natural tem vida própria e, portanto, o direito à existência e à reparação, caso sofra algum dano.

Ao reconhecer, a partir da perspectiva indígena, a harmonia com a natureza como parte do bem viver, em decisão da Corte Constitucional Plurinacional, é apregoado que, para os povos autóctones, a relação homem-natureza assume uma dimensão espiritual, afetiva e social e *“una forma de vida natural, basada en la convivencialidad, complementariedad y relacionalidad de todo lo que compone la vida, con un enfoque integral y holístico de ésta, donde el ‘vivir bien’, no es el mundo depredador capitalista que lo destruye todo”*⁶⁵.

Conclui-se que as constituições boliviana e equatoriana têm o grande mérito de reconhecer o multiculturalismo, assegurar competências próprias à jurisdição indígena e transcender a visão antropocêntrica de cunho ocidental. Ao incorporar o reconhecimento da democracia comunitaria desenvolvida pelos povos indígenas, gestou-se um pluralismo acentuado. A visão a partir da lente dessas cartas constitucionais gera verdadeiros caleidoscópios, pois erodem o sistema tradicional de fontes jurídicas monoculares fazendo com que exsurjam múltiplas luzes do novo constitucionalismo latino-americano.

reconhecimento e redistribuição: o duro caminho dos povos indígenas no Equador. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 179-198, 2018. p. 187.

⁶³ MORAES, Germana de Oliveira; Freitas, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da constituição do Equador de 2008: os direitos da pachamama e do bem viver (Sumak Kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Peters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 103-125. p. 117.

⁶⁴ MORAES, Germana de Oliveira; Freitas, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da constituição do Equador de 2008: os direitos da pachamama e do bem viver (Sumak Kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Peters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 103-125. p. 117.

⁶⁵ *En el contexto de las naciones y pueblos indígenas, el ‘vivir bien’ trata de una forma de vida natural, basada en la convivencialidad, complementariedad y relacionalidad de todo lo que compone la vida, con un enfoque integral y holístico de ésta, donde el ‘vivir bien’, no es el mundo depredador capitalista que lo destruye todo. Los indígenas no pretenden transformar el mundo, sino amarlo tal como es, con sus loros, tigres, peces y todas las especies existentes. En la cosmovisión de los pueblos indígenas, no se aspira la perfección, sino a la convivencia entre todas las formas de vida natural. Para las naciones y pueblos indígenas todo tiene vida y se desea que todo ser viva, incluso aquellos que se presentan como maleza o plagas, pues todos son seres con vida; es decir, seres con los que se dialoga y conversa y que tienen derecho a vivir. No llena a violentar el medio natural, no conduce a un trato irrespetuoso de la vida, ni abuso, maltrato o agotamiento de la tierra, ni a la sobreexplotación de su fertilidad y riqueza”*. EQUADOR. Tribunal Constitucional Plurinacional. La Acción de Inconstitucional Abstracta Interpuesta Por Pedro Nury Caity, Diputado de La Asamblea Legislativa Plurinacional; Demandando La Inconstitucionalidad de La Disposición Adicional Séptima de La Ley 211 de 23 de Diciembre de 2011 Ley del Presupuesto General del Estado - Gestión 2012, Por Ser Presuntamente Contraria A Los Arts. 14, 30.ii. 15, 343, 403, 410 y 411 de La Constitución Política del Estado (cpe). n° 2056/2012. Relator: Soraida Rosario Cháñez Chire. La Paz, 2012. Disponível em: <https://www.derechoteca.com/gacetabolivia/sentencia-constitucional-plurinacional-no-20562012-del-16-de-octubre-de-2012/>. Acesso em: 13 maio 2019.

3.2 O indígena sob a visão monocular brasileira: desigualdade e discriminação

O tratamento dado aos povos indígenas no Brasil tem sido marcado por movimentos pendulares de avanços e retrocessos no que se refere aos povos indígenas e à proteção do meio ambiente. A Constituição cidadã de 1988, ao contemplar os povos originários, contribuiu para iniciar a superação do paradigma liberal, individualista e antropocêntrico, servindo de instrumento propulsor para um constitucionalismo do tipo pluralista e multicultural; avanço que ainda se mostra tímido.

Em muitas partes do Brasil, grupos indígenas têm seus direitos constitucionais violados, fruto da omissão do estado oriunda da polarização entre os interesses dos povos indígenas e os econômicos e políticos. De fato, entre 2012 e 2014, foram registrados pelo, menos, 251 assassinatos de indígenas em todo o país. No estado do Mato Grosso do Sul, onde os conflitos mais graves estão presentes, ocorreram mais de 40% dos casos de homicídio. A violência contra os povos indígenas, contudo, somente ganhou evidência pública e se tornou motivo de comoção nacional, no dia 30 de dezembro de 2015, quando uma criança do povo indígena Kaingang, de 2 anos de idade, foi morta no colo de sua mãe na rodoviária de Imbituba, no estado de Santa Catarina.⁶⁶

Essa realidade é agravada pelo fato de que os processos de demarcação de terras indígenas são frequentemente interrompidos e, quando ocorrem, não são promovidas medidas protetivas da posse da terra pelos povos originários, marginalizando-os, ainda mais, ao exacerbar suas precárias condições de subsistência.

De acordo com a FUNAI, no Mato Grosso do Sul, as terras indígenas demarcadas correspondem a, apenas, 1,6% de seu território, ainda que o estado detenha a segunda maior população indígena brasileira (os Guarani e Kaiowá). Porcentagem que é, ainda, menor, na região Sul do país, na qual somente 0,1% de seu território é demarcado, mesmo que nela habitem quase 80.000 indígenas. Além disso, 8% das 426 terras demarcadas e regularizadas não estão plenamente na posse dos povos autóctones, pois, devido a cortes orçamentários e de pessoal, a Funai foi obstaculizada de exercer a sua missão institucional de protegê-los, exemplos disso é o aumento de invasões associadas a atividades ilegais, às terras indígenas Cachoeira Seca, Apyterewa, Manoki, Yanomami e Ka'apor na região amazônica.⁶⁷

Tendo em vista que, mesmo onde os povos indígenas têm seus territórios demarcados não há o devido respeito, é fato notório que o estado brasileiro não resguarda, satisfatoriamente, as normas que os protegem, apregoadas em sua Lei Maior, assim como em documentos internacionais. Dentre eles, a Declaração da Organização das Nações Unidas para os Direitos dos Povos Indígenas e Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho. A Convenção nº 169 é um dos principais instrumentos protetivos dos direitos humanos dos povos indígenas e tribais e foi incorporada pelo Brasil pelo Decreto 5051/2004. Nela, o direito ao território indígena é tratado como fundamental, pois está relacionado à sobrevivência física, espiritual e cultural dos povos autóctones. Visando resguardá-lo, é erigido o dever de garantir a autonomia dos povos aborígenes que devem ser capazes de influenciar, ativamente, acerca de quaisquer questões que lhes dizem respeito por meio de consultas prévias.

No mesmo sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas apregoa que os governos deverão assegurar a participação dos povos interessados, de forma coordenada e sistemática, valendo-se de medidas que efetivem a fruição dos seus direitos sociais, econômicos e culturais, sem olvidar à sua identidade étnica. Para que isso seja possível, o documento prevê o direito dos povos indígenas de

⁶⁶ YAMADA, Erica. Direitos Humanos e povos indígenas. *Relatório da Relatoria de Direitos Humanos e Povos Indígenas da Plataforma de Direitos Humanos - Dhesca Brasil Mandato 2015-2016*. Curitiba: Dhesca Brasil, 2017. Disponível em: <http://www.plataformadh.org.br/wp-content/uploads/2017/04/Relatório-DH-e-Povos-Ind%C3%ADgenas-INTERNET-2.pdf>. Acesso em 30 maio 2019. p. 37 e 82.

⁶⁷ YAMADA, Erica. Direitos Humanos e povos indígenas. *Relatório da Relatoria de Direitos Humanos e Povos Indígenas da Plataforma de Direitos Humanos - Dhesca Brasil Mandato 2015-2016*. Curitiba: Dhesca Brasil, 2017. Disponível em: <http://www.plataformadh.org.br/wp-content/uploads/2017/04/Relatório-DH-e-Povos-Ind%C3%ADgenas-INTERNET-2.pdf>. Acesso em 30 maio 2019. p. 14.

escolher suas prioridades quanto ao processo de desenvolvimento, por meio da participação direta na formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional capazes de lhes afetar⁶⁸.

Ainda, na Constituição Federal, é resguardada a irremovibilidade dos índios de suas terras, bem como é limitado o direito à mineração, aproveitamento de recursos hídricos e energéticos, os quais somente poderão ser realizados com a autorização do Congresso Nacional, mediante consulta prévia às comunidades envolvidas, desde que elas participem no resultado da exploração (art. 231, §§ 2º e 3º). Além disso, é vedada a remoção de grupos indígenas de suas terras, salvo em situações de risco, tais como a ocorrência de epidemias ou catástrofes, ou caso haja interesse soberano do País. Exige-se, mais uma vez, a consulta prévia das comunidades e o consentimento *ad referendum* do Congresso Nacional, devendo essas populações retornarem às suas terras de origem tão logo cesse o perigo (art. 231, § 5º)⁶⁹.

Contudo, esses direitos são desrespeitados em prol de interesses econômicos face a antagonização aos povos indígenas, exercida, mormente, por grupos organizados do agronegócio brasileiro mobilizados a partir de uma grande bancada que se autodesigna como “Frente Parlamentar Agropecuária” (FPA), popularmente conhecida como “bancada ruralista”. Esse grupo apresenta como grande nome o deputado federal Luís Carlos Heinze (PP/RS), que, inclusive, afirmou, publicamente, que índios, gays e quilombolas “não prestam”⁷⁰.

Com esses discursos de ódio, somados ao ideário desenvolvimentista e à utilização generalizada do instrumento de Suspensão de Liminar e de Antecipação de tutela, propulsiona-se a violação do direito à consulta dos povos indígenas, resguardada por instrumentos normativos nacionais e internacionais. Em suma, empreendimentos seguem sendo planejados e implementados sem que tenha sido garantido o direito à consulta.

Um dos casos mais emblemáticos que ilustram essa realidade é o da usina de Belo Monte, cuja construção foi realizada, sem qualquer consulta prévia aos povos da região da usina hidrelétrica. Dentre os impactos dela decorrentes, inclui-se o barramento do rio Xingu na região da Volta Grande, e a drástica alteração do fluxo de água, causando alagamentos e secas para as comunidades ribeirinhas. Ademais, modificou-se o acesso das aldeias indígenas às cidades e áreas vizinhas; banalizou-se o desmatamento em terras indígenas; alterando os meios ambientes e, conseqüentemente, as fontes de renda, os hábitos alimentares, sociais e culturais desses povos que vivem em simbiose com a terra⁷¹.

A questão da terra trata-se de um ponto nevrálgico dos direitos constitucionais dos indígenas, pois sua importância transcende para eles ao valor econômico e o papel de simples meio de subsistência. A terra indígena representa um recurso sociocultural aos seus titulares, intimamente atrelado com a sua vida social, ao seu sistema de crenças e aos seus saberes tradicionais⁷². Tal como reconhece a Constituição Federal, ao afirmar que a tradicionalidade das terras indígenas decorre do fato de elas serem “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos e costumes”, cabendo-lhes o usufruto exclusivo de suas riquezas (art. 231, §§ 1º e 2º)⁷³.

⁶⁸ HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. Políticas públicas e etnodesenvolvimento com enfoque na legislação indigenista brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 374-390, 2015. p. 387

⁶⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2019

⁷⁰ G1. *Em vídeo, deputado diz que índios, gays e quilombolas 'não prestam'*: imagens foram gravadas em novembro de 2013 em Vicente Dutra, RS. Deputado federal gaúcho disse que declarações foram ‘força de expressão’. 12 fev. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/02/em-video-deputado-diz-que-indios-gays-e-quilombos-nao-prestam.html>. Acesso em: 30 maio 2019.

⁷¹ YAMADA, Erica. Direitos Humanos e povos indígenas. *Relatório da Relatoria de Direitos Humanos e Povos Indígenas da Plataforma de Direitos Humanos - Dhesca Brasil Mandato 2015-2016*. Curitiba: Dhesca Brasil, 2017. Disponível em: <http://www.plataformadh.org.br/wp-content/uploads/2017/04/Relatório-DH-e-Povos-Ind%C3%ADgenas-INTERNET-2.pdf>. Acesso em 30 maio 2019. p. 7.

⁷² COLAÇO, Thais Luzia. Os direitos indígenas a partir da Constituição Brasileira de 1998. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 191-211.

⁷³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Ao ceifar-lhes o direito às suas terras tradicionais, são ocasionadas sérias consequências para a saúde e a viabilidade da vida indígena em algumas regiões, fazendo com que os habitantes dessas áreas migrem para cidades onde serão, além de se descaracterizarem, ainda mais marginalizados e excluídos. A Relatora Especial da ONU demonstrou particular preocupação acerca da precarização da saúde dos povos indígenas com o estabelecimento de indústrias extrativas, principalmente as de mineração, haja vista que as taxas de contaminação dessas populações são alarmantes, devido ao uso de mercúrio na mineração ilegal. Nas aldeias yanomami do estado de Roraima, no norte do Brasil, 92% das pessoas estão infectadas⁷⁴.

Ainda, necessário destacar que o Brasil tem níveis alarmantes de desigualdade nas condições de saúde dos povos indígenas em comparação ao restante da população nacional, sendo as Mulheres e crianças as mais afetadas. Exemplo disso é fato de que, para cada 1.000 nascidos vivos em comunidades indígenas Yanomamies ou Xavantes, 141 não sobrevivem até os 5 anos de idade, uma taxa comparável à da Somália (137), Serra Leoa. (120) e Nigéria (109)⁷⁵.

Tais dados nada mais são do que reflexos da ausência da oitiva da voz dos povos indígenas, a qual evidencia a negligência que o Brasil atribui ao diálogo intercultural. Essa atitude reforça e perpetua as práticas tradicionais de assimilação e discriminação histórica contra os povos indígenas e justifica os porquês de instrumentos normativos como o Estatuto do Índio⁷⁶ visarem eliminar aos poucos o “elemento índio”, de modo a fazê-lo perder sua cultura original para ser “incorporado” à comunidade nacional. Ainda sob esse viés inadequado, o referido diploma legal propõe a divisão dos índios conforme seu grau de contato com a comunidade nacional “civilizada” em isolados, vias de integração e integrados⁷⁷.

A falta de consulta — além de altamente problemática na repercussão dos direitos indígenas — é agravada pelas contínuas tentativas do Congresso Nacional⁷⁸ de enfraquecer (ainda mais) a proteção constitucional e infraconstitucional dos povos originários. Dentre tais tratativas, há a proposta de emenda constitucional nº 215, que visa transformar a demarcação das terras indígenas de um processo técnico para um processo político; a Lei nº 1.218 de 2015 que considera como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios apenas aquelas demarcadas até cinco anos após a Constituição Federal de 1988, ignorando o direito histórico dos povos autóctones às terras que lhes foram tomadas; o novo Código de Mineração, Projeto de Lei 37 de 2011, cujas mudanças nos procedimentos de licenciamento minam o direitos dos povos indígenas às suas terras e aos recursos naturais ao não incluir as salvaguardas adequadas.

Nessa mesma senda, o Projeto 654 de 2015 torna os requisitos de licenciamento ambiental mais flexíveis, em casos considerados como estratégicos ou de interesse nacional. ao criar uma “licença ambiental especial” Assim como a proposta de emenda Constitucional nº 76 de 2011, de autoria do senador Blairo Maggi, de-

tuicao.htm. Acesso em: 30 maio 2019.

⁷⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Attacks against and criminalization of indigenous peoples defending their rights*. 2018. Disponível em: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/en/documents/annual-reports/251-report-hrc2018>. Acesso em: 24 maio 2019.

⁷⁵ YAMADA, Erica. Direitos Humanos e povos indígenas. *Relatório da Relatoria de Direitos Humanos e Povos Indígenas da Plataforma de Direitos Humanos - Dhesca Brasil Mandato 2015-2016*. Curitiba: Dhesca Brasil, 2017. Disponível em: <http://www.plataformadh.org.br/wp-content/uploads/2017/04/Relatório-DH-e-Povos-Ind%C3%ADgenas-INTERNET-2.pdf>. Acesso em 30 maio 2019. p. 8.

⁷⁶ Existe o Projeto de lei 2057/1991 que propõe substituir o Estatuto do índio, contudo ele ainda não foi aprovado e se encontra parado, desde 2009, na mesa diretora da Câmara.

⁷⁷ COLAÇO, Thais Luzia. Os direitos indígenas a partir da Constituição Brasileira de 1998. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 191-211. p. 195.

⁷⁸ Com relação à participação de índios na vida pública, destacamos que há 30 anos o Brasil teve um representante indígena no Congresso Nacional e seu mandato segue sendo o único. Sem forte apoio dos partidos políticos, os candidatos indígenas lutam para conseguir se fazer representar nos poderes legislativo e executivo e garantir contra-posições aos ruralista anti-indígenas, masa disputa é bastante desigual e desfavorável para os índios. Dados do TSE91 (2014) mostram que dos 25.366 inscritos para concorrer aos cargos executivos e legislativos, 55,03% declararam-se brancos e 0,32% indígenas. YAMADA, Erica. Direitos Humanos e povos indígenas. *Relatório da Relatoria de Direitos Humanos e Povos Indígenas da Plataforma de Direitos Humanos - Dhesca Brasil Mandato 2015-2016*. Curitiba: Dhesca Brasil, 2017. Disponível em: <http://www.plataformadh.org.br/wp-content/uploads/2017/04/Relatório-DH-e-Povos-Ind%C3%ADgenas-INTERNET-2.pdf>. Acesso em 30 maio 2019. p. 84.

tentor de grandes latifúndios no centro-oeste brasileiro, cujo objetivo é o de permitir que sejam exploradas as áreas indígenas por empresas de geração de energia hidrelétrica. Em suma, essas medidas ilustram que:

[...] o Legislativo tem repetidamente se omitido de regulamentar alguns direitos criados e demonstrado hoje uma tendência a limitá-los e a minimizar a sua aplicação por meio de emendas constitucionais e projetos de lei ora em trâmite no Congresso Nacional. Por outro lado, o Executivo insiste em revisitar paradigmas revogados de integração, incitando polêmicas desnecessárias que pouco permitem avançar na direção da concretização da concepção contemporânea de igualdade. Por fim, tão pouco o Judiciário tem sido unânime na interpretação inovadora e justa dos preceitos constitucionais ⁷⁹.

Desse modo, existe uma lacuna muito profunda entre a compreensão dos direitos humanos dos povos indígenas no Brasil e os interesses econômicos que fazem parte da agenda estratégica do país. Razão pela qual, em relatoria sobre os direitos dos povos indígena, é alertada a necessidade de se dialogar com os povos autóctones sobre os diversos entendimentos acerca do que pode ser considerado como relevante interesse público, haja vista que diversas iniciativas jurídicas e administrativas, promovidas pelo poder público, com o fim de impedir a demarcação de terras indígenas e expandir a exploração de recursos minerais e hídricos, são fundadas em entendimentos frágeis e parciais do termo “relevante interesse público”.

Isso posto, conclui-se que no Brasil as medidas que envolvem a (des)proteção dos povos originários são vistas por meio da lente monofocal de um interesse público excludente que desconsidera a voz daqueles por elas mais afetados, ignorando, inclusive, à sua existência. Urge-se, que se transcenda a essa visão, a qual, de um lado, dificulta, quando não inviabiliza, a delimitação das terras indígenas, e, do outro, facilita a exploração desenfreada de recursos hídricos, minerais e vegetais, às custas do direito exclusivo de usufruto dos povos indígenas às terras tradicionais, suas crenças, saúde e vidas.

4 Considerações finais

Não é possível se pensar em qualquer tipo de “constitucionalismo” — antigo, moderno, contemporâneo, neoconstitucionalismo ou novo constitucinalismo latino-americano — sem a inserção de uma perspectiva democrática que possibilite que todas as vozes sejam ouvidas, em especial aquelas historicamente ignoradas, como a indígena.

No Brasil, ainda que a atual Constituição Federal de 1988 ampare os povos originários, a proteção constitucional é frágil na medida em que prevalecem interesses alheios à causa indígena, reduzindo os preceitos constitucionais a belas palavras que descrevem uma realidade distante do cotidiano desses povos. Lirismo ameaçado por forças políticas e econômicas que almejam a reforma constitucional no sentido de retirar direitos conquistados nem que seja somente no papel.

Vale pontuar que o modelo proposto pelo novo constitucionalismo latino-americano, presente nos recentes processos bolivianos e equatorianos, representa uma primeira tentativa de descolonizar o Constitucionalismo latino-americano, fazendo-o refletir, conceitualmente, sobre a diversidade cultural e pluralismo na região, marcada por uma longa história de importações jurídicas do norte ao sul.

Por recuperarem o conhecimento e as ideias tradicionais da coexistência do homem em harmonia com a natureza, o constitucionalismo andino é de fato novo, e, indubitavelmente, fonte inspiradora para os legisladores em todo o mundo. Especialmente os de países, como o Brasil, que detêm direitos dos povos indígenas cristalizados em suas constituições, mas que insistem em fechar em uma visão monocular do direito, que somente vislumbra os interesses daqueles historicamente privilegiados.

⁷⁹ ARAUJO, Ana Valério. *Povos indígenas e a lei dos “brancos”*: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, 2006. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=644-vol14povos-indigenas-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 30 maio 2019. p. 77.

A visão a partir da lente constitucional andina faz com que o direito se pluralize em uma ampla gama de cores distintas que demonstram o quanto o poder estatal não é, e nem deveria ser, a única fonte de todo o direito, abrindo distintos caminhos de produção e aplicação normativa, emanados dialeticamente da sociedade. Com essas inovações paradigmáticas trazidas pelo “novo” constitucionalismo latino-americano, gera-se a esperança de que as antigas práticas da política indigenista sejam eliminadas definitivamente.

A questão é como “edificar na prática social, um diálogo intercultural entre tradições do Norte (desenvolvido) e do Sul (periférico), entre o antropocentrismo e o biocentrismo, entre o monismo e o pluralismo, entre os universalismos e os regionalismos e/ou relativismos, entre o ocidentalismo e o orientalismo”. Logo, o “desafio para continentes como a América latina está em encontrar pontos hermenêuticos de convergência e complementaridade com o “sistema-mundo”, sem perder sua identidade autóctone e mestiça”⁸⁰.

Referências

- ARAUJO, Ana Valério. *Povos indígenas e a lei dos “brancos”*: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, 2006. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=644-vol14povos-indigenas-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 30 maio 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 08 maio 2019.
- BOLÍVAR, Simón. *Escritos políticos*. Campinas. Unicamp, 1992.
- BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 13 maio 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2019.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARBONELL, Miguel (ed). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- CARBONELL, Miguel (ed). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- CAVALLAZZI, Vanessa Wendhausen; MELLO, Patrícia Perrone Campos; SOARES, Raony. Educação superior intercultural, reconhecimento e redistribuição: o duro caminho dos povos indígenas no Equador. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 179-198, 2018.
- COLAÇO, Thais Luzia. Os direitos indígenas a partir da Constituição Brasileira de 1998. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 191-211.
- EQUADOR. *Constitución política del Ecuador*. Disponível em <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>. Acesso em: 13 maio 2019.
- EQUADOR. Tribunal Constitucional Plurinacional. La Acción de Inconstitucional Abstracta Interpuesta

⁸⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Peters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 19-42. p. 39.

Por Pedro Nuny Caity, Diputado de La Asamblea Legislativa Plurinacional; Demandando La Inconstitucionalidad de La Disposición Adicional Séptima de La Ley 211 de 23 de Diciembre de 2011 Ley del Presupuesto General del Estado - Gestión 2012, Por Ser Presuntamente Contraria A Los Arts. 14, 30.ii. 15, 343, 403, 410 y 411 de La Constitución Política del Estado (cpe). n° 2056/2012. Relator: Soraida Rosario Cháñez Chire. La Paz, 2012. Disponível em: <https://www.derechoteca.com/gacetabolivia/sentencia-constitucional-plurinacional-no-20562012-del-16-de-octubre-de-2012/>. Acesso em: 13 maio 2019.

EDUCALINGO. Disponível em: <https://educalingo.com/pt/dic-pt/monoculo>. Acesso em: 16 maio 2019.

FAGUNDES, Lucas Machado. Reflexões sobre o processo constituinte boliviano e o novo constitucionalismo sul-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Peters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 153-168.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo ala descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: da la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

G1. *Em vídeo, deputado diz que índios, gays e quilombolas 'não prestam'*: imagens foram gravadas em novembro de 2013 em Vicente Dutra, RS. Deputado federal gaúcho disse que declarações foram 'força de expressão'. 12 fev. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/02/em-video-deputado-diz-que-indios-gays-e-quilombos-nao-prestam.html>. Acesso em: 30 maio 2019.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. Políticas públicas e etnodesenvolvimento com enfoque na legislação indigenista brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 374-390, 2015.

HUALPA, Eduardo R. Los sujetos indígenas em la constitución. In: GARGARELLA, Roberto. *La constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitária*. Buenos Aires: Siglo Xxi, 2011. p. 156-168.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARIATEGUI, José Carlos. *El problema de la tierra*. Disponível em: <https://philarchive.org/archive/ATWTSO>. Acesso em: 30 mai. 2019.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Traducción de Francisco Javier Ansúategui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.

McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Traducción de Juan Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América latina: neoconstitucionalismo? In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

MORAES, Germana de Oliveira; Freitas, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da constituição do Equador de 2008: os direitos da pachamama e do bem viver (Sumak Kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Peters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 103-125.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita*. São Paulo: LTr, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Attacks against and criminali-*

ization of indigenous peoples defending their rights. 2018. Disponível em: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/en/documents/annual-reports/251-report-hrc2018>. Acesso em: 24 maio 2019.

PERRA, Livio. Naturaleza y constitución. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 183-196, abr. 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4593/pdf>. Acesso em: 30 maio 2019.

RAMÍREZ, Silvina. Matriz liberal de la constitución y protección de los derechos de los pueblos originários. In: GARGARELLA, Roberto. *La constitución en 2020: 48 Propuestas para una sociedad igualitária*. Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo Xxi, 2011. p. 143-169.

SIEDLER, Rachel. Pueblos Indígenas y derecho(s) en América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo Veintiuno, 2011. Cap. 13. p. 303-321.

SIGNIFICADO de caleidoscópico. Disponível em: <https://www.significados.com.br/caleidoscopio/>. Acesso em: 16 maio 2019.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da inferioridade latino-americana. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.) *Fundamentos de história do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STRECK, Lenio. (Neo)constitucionalismo. In: ALVIN, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio. *Curso de direito constitucional*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes em América Latina: tendência y desafíos. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo Veintiuno, 2011. Cap. 5. p. 109-137.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Desigualdad estructural y estado de derecho. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo Veintiuno, 2011. Cap. 13. p. 25-46.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Peters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 19-42.

YAMADA, Erica. Direitos Humanos e povos indígenas. *Relatório da Relatoria de Direitos Humanos e Povos Indígenas da Plataforma de Direitos Humanos - Dhesca Brasil Mandato 2015-2016*. Curitiba: Dhesca Brasil, 2017. Disponível em: <http://www.plataformadh.org.br/wp-content/uploads/2017/04/Relatório-DH-e-Povos-Ind%C3%ADgenas-INTERNET-2.pdf>. Acesso em 30 maio 2019.

OUTROS ARTIGOS

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

Building trust in collaborative process of village fund policy implementation (A Case Study at Luwuk District of Banggai Regency)

Construção de confiança no processo colaborativo de implementação da política do « village fund » (Um estudo de caso no distrito de Luwuk, na região de Banggai)

Rahmawati halim

Building trust in collaborative process of village fund policy implementation (A Case Study at Luwuk District of Banggai Regency)*

Construção de confiança no processo colaborativo de implementação da política do « village fund » (Um estudo de caso no distrito de Luwuk, na região de Banggai)

Rahmawati halim**

Abstract

Building trust is one of dimensions of collaborative governance process beside face-to-face dialogue, commitment to process, shared understanding, and short-term achievements. This study analyzed and described the dimension of building trust in the implementation of village fund policy in the perspective of collaborative governance process theory. This research was conducted in Tontouan Village, which has received fund village program since 2015. Empirical evidence shows that the trust that actors have in collaborative governance process can be beneficial in supporting the success of actor support and cooperation, commitment and successful policy implementation. However, collaborative governance-related literature reveals that there is little research on building trust in policy implementation, especially village fund policy implementation. The results of this study indicate that building trust between actors in the collaborative governance process greatly contributes to the effectiveness of village fund policy the implementation in Luwuk Sub-district, Banggai Regency.

Keywords: building trust, collaborative governance process, village fund.

1 Introduction

Village fund policy in Indonesia is one of the programs of the Central Government to improve community empowerment and equity even at the village level. However, there are still various problems in implementing village fund policies, for example weak trust among actors in implementing village fund policies and weak capacity of village governments to manage limited village funds, and less transparent, participatory and accountable system of village governance. One alternative solution in solving these problems is improving governance by involving various stakeholders, village fund monitoring and escort team and the community in order to monitor the implementation of village fund policies. This is very realistic considering the relatively limited capacity of village governments. Thus, village governments

* Recebido em 14/06/2019
Aprovado em 16/08/2019

** Public Administration - Makassar, Indonesia. E-mail : rahmawatihmawatihmawati5@gmail.com

need support from various parties in order to achieve success in implementing village fund policies. Collaborative governance theory is an approach that can be used in policy implementation by involving various components of society that work together to support each other because of the limited resources that an organization has. Collaborative governance process covers several dimensions, namely; face to face, building trust, commitment to process, shared understanding, and short-terms achievements, even collaborative governance is seen as a government platform in resolving complex problems related to public services. This study investigates building trust in village fund policy implementation based on the perspective of collaborative governance process. Some research results explain the importance of the perspective of collaborative governance. Experts have the same perspective that collaborative governance can enhance collaboration between various stakeholders, support the resolution of various complex problems caused by limited resources owned by the government, and make the expected changes in public sector services. Research conducted by Emerson, Nabatchi, & Balogh, found that collaborative governance is useful to unite the various differences of thought that exist among stakeholders, especially public, private, and nonprofit sector actors to achieve core objectives, including policy settings, policy implementation and coordination in controlling various tasks related to public services. The collaborative process perspective can basically increase actors' commitment in policy implementation and actors' cooperation or integrative interests in collaboration. The collaborative process can be carried out through three stages, namely; (1) problem setting, (2) direction setting, and (3) implementation. Several previous studies showed that the theory of collaborative governance has an important meaning in supporting the successful achievement of effective and efficient goals of public and private sector organizations.

Management of village fund in Luwuk sub-district of Banggai Regency still faces various problems in terms of (a) capacity of village government human resources in implementing village fund policies, (b) inadequate infrastructure to support village fund programs; (c) support and readiness of village government in the preparation of the Village Medium Term Development Plan, Village Government Work Plan, Village Income and Expenditure Budget (APBDesa), budget planning and budget allocation for village funds; and (d) actors' commitment in supporting the implementation of a relatively low village fund activity program. The current phenomenon shows that the Village Government is still faced with various challenges, especially those related to the utilization of village budget funds that have been going on since 2015 that seem less effective.

This study aims to analyze and describe aspect of building trust in the implementation of village fund policies based on the theory of collaborative governance. The study was conducted in a village that has its own uniqueness, namely Tontouan village, Luwuk Sub-district, Banggai Regency. The village is located in the capital city of Banggai regency, Luwuk, which can be reached in about twenty minutes. Typologically, this village consists of hilly areas and the community still adheres to strong customs and traditions, and one of the principles that is made into the principle of people's lives is "*momposa'angu tanga, membulakon tano*" (Saluan language). That principle means that "*village development requires agreement through community consultation*". Basically, the principle is relevant to the theory of collaborative governance because it aims to be an adhesive in increasing the enthusiasm and cooperation of all elements of society in achieving mutual expectations in policy implementation. Collaborative governance focuses on public policy and public management and one aspect of collaborative governance is building trust.

The effort to build trust in the government sector requires at least five important elements, namely; (a) performance, namely realizing previously set targets in accordance with public perceptions; (b) institutional design, namely organizational character seen from the mechanism of community involvement, governance structure, and political system (election); (c) attributes of government officials which include; behavior that is appropriate to ethics, integrity, competence, and willingness (benevolence), (d) a conducive environment includes political stability, economic welfare, public trust in general, and trust in the government; (e) trustworthy government actors consisting of; individual characteristics, such as demographics,

parties, affiliations, and political ideology. In a trust research journal, Hamm et al., found that there are six aspects that strengthen trust, namely; *dispositional trust, care, competence, confidence, procedural fairness and salient values similarity*. Each of these elements is basically different from each other, but correlates with each other, which are useful for encouraging collaboration between actors and influencing the increase in satisfaction and knowledge and experience of stakeholders (trustor). Therefore, trust is a core element that can increase public willingness to participate and interact with the government. Therefore, this study outlines the extent to which building trust influences the implementation of village fund policies. With the development of actors' trust involved in policy implementation, it is expected that village fund management will be more effective, efficient and accountable.

2 Literature review

Collaborative public management is “*a concept that describes the process of facilitating and operating in multi-organizational arrangements to solve problems that cannot be solved or easily solved by single organizations*. Collaborative theory is one effective approach to solving complex problems, or solving problems that have not had the right solution. Many experts in the field of collaborative governance argue that complexity and uncertainty characterized as complex problems are very appropriate if resolved through the involvement of various parties who are directly responsible and influential in solving problems, as well as individuals who have relevant expertise in dealing with problems faced. In the past few decades, collaborative governance models have been very popular as an alternative for governments that still adopt traditional bureaucratic governance patterns. In this case, collaborative governance emphasizes efforts to bring together a variety of objectives of stakeholders from various public, private, and non-profit sector actors for a single purpose, including policy making, policy implementation, or coordination in controlling public service tasks.

In a collaborative process, a framework that is very useful for solving problems is through a collaborative process. This approach considers the process to be iterative and cyclical rather than linear. Collaborative governance will increase actor commitment in carrying out responsibilities and has integrative interests in collaboration.

Mizrahi, et al found that trust has a positive effect on increasing participation, and participation can improve performance. *Trust, specifically in the organizational context is constituted as one of the pillars on which employment relations are built. The bond of trust to the organizational context is of particular importance in understanding the relations between management and employee.*

Trust is one dimension that cannot be separated in the theory of public administration. *In public administration, there is an increase in attention for the public's perception of government, and trust more in particular, and for sure that there was some researches ranged from country studies*. Trust is an element that can foster the participation and commitment of actors in policy implementation. This article is based on Mayer's et al (1995) theory, which explains that the model that can be used to develop trust in the public sector is an integrative model of organizational trust. Trusted public organizations are organizations that have competence, commitment and benevolence. The following is a scheme related to the analysis of aspects of building trust in the perspective of the collaborative governance process:

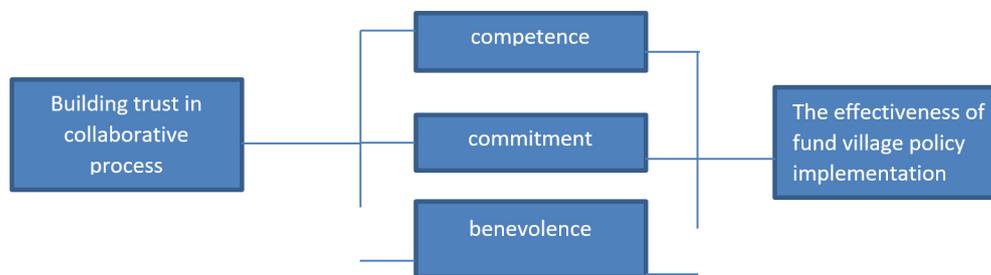


Figure 1. Research model

3 Methods

The approach used in this study is a qualitative approach with a case study strategy. Data collection methods include interviews, observation, and documentation analysis. Interviews were carried out on informants who were selected by purposive sampling based on the consideration that they knew precisely the problem of village fund management. To obtain data in this study, several informants were needed as key informants taken by purposive sampling, including Community and Village Empowerment Agency, Head of Luwuk Sub-District, Head of Tontouan Village, Village Consultative Body (BPD), and Village Fund Supervisor and Supervisor Team. Observations were carried out directly at the study site in Tontouan village. This village has its own uniqueness with the strong kinship and custom of the Saluan Tribe. This village is located on the hill of Luwuk as the capital of Banggai Regency. The people who live in this village have a good harmonious relationship. Tontouan Village has received village funds since 2015, and many village programs have been implemented and received awards from the local government. Therefore, this study analyzes the aspect of building trust in the implementation of development programs and community empowerment through village funds. Data from interviews, observations, and documentation study was analyzed using an interactive model analysis which includes four steps; data collection, data condensation, data display, and conclusion drawing.

4 Research findings and discussion

Contextually, village fund policy aims to improve rural development and empower village communities. In order for village funds to be beneficial where village funds really coexist with village communities, at least 70% of village funds are used for physical, economic and socio-cultural development, the remaining 30% is used for routine/operational expenditure and community empowerment. Based on the real needs and provisions on portion distribution (70%: 30%), this fund can be used to the maximum extent possible for empowerment for the welfare of rural communities.

The implementation of village funds has been confirmed by Government Law No.43 of 2014 concerning the rules for implementing Law Number 6 of 2014 which clearly describes village funds. In this article, it can be ascertained that the implementation program is a very important dimension because it provides certainty whether the program will be implemented seriously or not. The results of the study indicate that the Tontouan village government has sought to make the program successful because the village fund program has close relevance to achieving effectiveness and efficiency. However, it can be said that the implementation of the program is not easy to realize because of the uncertainty and complexity of people, and the environment is also always more influential in determining the success of village funds.

4.1 Competency

However, overall the implementation of successful village fund policies requires the competency of actors involved in village forums to work together and support each program that has been established. Actors directly involved in implementing village fund policies in Tontouan Village are (1) Village head. The village head functions as the person in charge of the success of village fund management with the support of all elements of village government. (2) The BPD functions as the controller of all village fund management activities, especially in the aspect of evaluation and monitoring of village funds; (3) Sub-district head functions as a facilitator and support agent in setting various program activities that are in accordance with the interests and needs of the local community. Sub-district head has a very important role in the success of the village fund program as a mediator in achieving the effectiveness of the village fund program; (4) Community and Village Empowerment Agency has a function as a representative of the government that analyzes and assists program proposals and funding allocated to the village, and is responsible for ensuring that reports on the use of the village budget are in accordance with their designation and check the financial administration of village funds. (5) The Village Fund Advisory Team and Supervisors play an important role in overseeing the process of village fund program management, helping to plan and prepare village fund financial reports. The five actors involved in the collaborative process worked together to help the Tontouan village government manage village funds. The success of managing village funds is largely determined by the commitment and synergy of the actors. Therefore, the ability of actors in program implementation is very necessary to achieve the effectiveness of village fund management. The following are the results of interviews about actor competencies:

“Actor competencies such as in the preparation of the program have been good, this can be proven in a village forum meeting where all actors were invited and involved in village program funding activities. Actor competency is needed to encourage village community trust and participation” (Informant 1)

Based on information obtained from the informant, it can be stated that basically the competence of actors in collaboration process of policy implementation is very important because it can encourage community to participate in the activities specified.

The results of the interview were strengthened by one of the village officials who stated as follows:

“The competency of actors in managing village funds is needed so that all village fund activities can achieve effective results” (Informant 2).

The results of the data reduction show that basically the competence of actors in the collaboration process of the implementation of village fund policies is very necessary. In addition, the competencies in question include (1) program planning competence, (2) budgeting competence, (3) program evaluation competence, and (4) competence in supervision of village fund, and (5) competence in preparing village financial accountability reports. This can be seen from the results of interviews with one of the informants who stated:

“Village fund management cannot succeed without the support of all parties who are directly responsible for the smooth running of the program, such as the Village Head and BPD officials, the sub-district, the Community and Village Empowerment Agency, and the Supervisory Team. Each actor must have competence in the preparation of strategic plans, implementation, supervision, evaluation, monitoring, and preparation of financial accountability. If the actor implementing the activity program has these competencies, public trust and the success of the program can be improved (informant 3).

Based on the results of observation interviews and document reviews, each actor has a role in formulating programs and providing material in socialization and budgeting. The results of the review of village fund reporting documents indicate that Tontouan Village was one of the pilot villages in the preparation of village fund activities and financial reporting programs. This success is basically due to the competency support of the actors involved in the collaborative process of implementing village fund policies in Tontouan

Village, Luwuk Sub-district, Banggai regency. The results of this study are relevant to the results of Mayer's study, et al. (1995) which found that actor competence greatly determines the success of the organization in implementing policies that have been established and become trusted institutions. Thus, propositions can be built on the aspects of actor competence in building trust as follows:

Proposition 1: Actor competency is needed in supporting the process of implementing village fund policies, so that the better the competencies of the actors involved in the collaborative process of implementing village fund policies, the more public trust will be built.

4.2 Commitment

In the case of collaborative government contingency theory, Ansell and Gash concluded that if there is a significant power / resource imbalance between stakeholders, so that stakeholders cannot participate in a meaningful way, effective collaborative governance requires commitment to positive empowerment strategies and representation of weaker or less fortunate stakeholders.

The collaboration process is the core process of collaboration that aims to achieve predetermined results. The collaboration process determines the success of the overall policy implementation program. The better the collaborative process, the more successful the program will be. The collaboration process includes several aspects, namely; How to build trust among collaborators, How to build commitment in the collaboration process; Various understandings of the mission and problems faced, and identifying shared values in collaboration; temporary result, by seeing how to achieve initial success, strategic planning, and the discovery of facts; face-to-face dialogue in this case to negotiate with other better actors. The results of the study indicate that the trust between actors has been well established as evidenced by the growing commitment of actors in managing village fund activities programs together.

The results of interviews conducted with several key informants are as follows:

“The actor's commitment in the process of managing village funds is needed to build public trust” (Informant 4).

The results of the interview indicate that the actor's commitment is closely related to building public trust. This is reinforced by the results of interviews with one of the staff of the Community and Village Empowerment Agency as follows:

“As a mediator for the successful management of village funds, the commitment of actors involved in managing village funds is urgently needed, so that community participation increases. The high commitment of the parties involved greatly guarantees the success of the village fund program and financial accountability” (Informant 5).

This opinion shows that the actor's commitment, besides being able to foster public trust, can also function as a guarantor of the success of the program and financial accountability of village funds. Thus, proposition 2 can be proposed in this study as follows:

Proposition 2: The actor's commitment in the collaborative process is needed to achieve successful implementation of the village fund policy, generating community participation in supporting the management of village funds.

4.3 Benevolence

In this study, benevolence is interpreted as a virtue of the actors in implementing village fund policies to comply with all procedures and mechanisms for managing village funds based on applicable laws and regulations. Benevolence is closely related to the ability of actors to try to control themselves following each

stage in village fund management. The results of the study on benevolence show that the virtues of actors to follow the applicable ethics and norms in managing village funds play an important role in building trust. This can be seen from the results of interviews conducted with one of the sub-district heads as follows:

“Benevolence of actors involved in supporting the management of village funds in Tontouan Village is very important because it will create community trust in the Tontouan village” (informant 6).

The results of the interview were confirmed by one of the Tontouan Village officials who stated as follows:

“Benevolence is the most important part of building the trust of the actors involved in managing village funds because it is related to finance, all actors must comply with all applicable regulations and norms” (informant 7).

The collaborative process of managing village funds requires the support of various actors so that the management of village funds can be successful. With different backgrounds, actors will certainly have a variety of perceptions and interests, but building trust requires “benevolence” of all actors to jointly implement all program activities that have been agreed upon at the deliberation forum.

The benevolence of actors can be seen in the form of following all the processes and stages in managing village funds for example; preparation of budget plans and activities based on applicable laws and regulations, budget discipline and financial accountability of village funds. Benevolence of actors can foster public trust in the credibility of the program set together. This can be seen from the results of interviews with the Head of Tontouan Village as follows:

“Benevolence is very important to create public trust in the village government and all persons involved in managing village funds” (Informant 8).

The same was stated by the Chairperson of the Tontouan Village BPD as follows:

“The benevolence of all officials and parties involved in the village discussion forum will be beneficial to build community trust, transparency, participation, and accountability of all components of society” (informant 9).

The results of observations and document reviews indicate that all the stages that have been set up in the village discussion forum to establish a program of activities and budgets are well implemented. All members are involved and committed to carrying out all applicable provisions in managing village funds. Furthermore, the third proposition in this study is as follows:

Proposition 3. The benevolence of actors in implementing policies will ensure the success of activity program. The better the benevolence of actors, the better trust, transparency, participation and accountability will be built.

5. Discussions

Perspective of collaborative governance strongly emphasizes the importance of building trust as one component in the collaborative process. Ansell and Gash explain that collaborative governance focuses on public policy and issues related to public problems. In a collaborative process, they assert that collaborative processes are a form of cooperation that are interrelated with each other which includes; face to face dialogue, building trust, commitment to process, shared understanding, and short-terms achievements. Susskind and Cruikshank illustrate that the actors involved in the collaborative process seek to build consensus through various negotiations and stages of policy implementation. Edelenbos identifies that there are three processes that need to be carried out in the collaboration process, namely; preparation, policy development, and policy setting, and each of these stages has its own characteristics. The collaboration model is an important

part that needs attention because it is related to the change in strategy applied in the context of the collaboration process. Vangen and Huxham explained that building trust is not only solely related to building negotiations and communication, but rather needs to build the commitment and trust of all actors. Ansell and Gash propose the proposition that building trust requires a considerable amount of time, requiring the actor's long-term commitment to achieve collaborative results. They stated that if there were differences in views of opposing actors, policymakers needed to develop effective budgets to improve actor trusts. If it does not work, the actors should not be involved in the collaborative process.

This thought indicates that building trust requires adequate time and costs, and evaluations carried out in the long term. This study found that building trust in the collaborative process requires the main elements, namely; actor competence, commitment and benevolence. The results of this study prove that the actors are not easy to build trust because it requires repeated negotiations and agreement of all actors in policy implementation.

The management of village funds established jointly through a village discussion forum requires trust because it will determine the success and effectiveness of village funds. The better the public's trust in the actors involved in program management, the more helpful it will be in achieving successful implementation of village fund policies. The following is an empirical model of the results of research on building trust in the collaborative process:

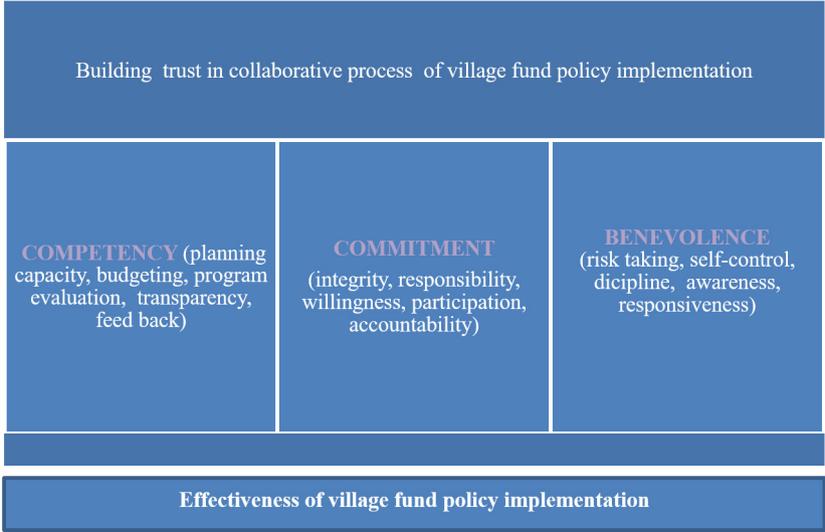


Figure 2. Empirical facts
Source: Authors, 2018.

6 Conclusion

The success of collaborative processes in implementing village fund policies is largely determined by the ability of actors to build public trust. Building trust as one aspect of the collaborative process is not an easy matter because it requires time and evaluation as well as an adequate budget to prove whether the actors involved in implementing village fund policies can be trusted or not.

This study concludes that adequate competency of actors in preparing program planning, implementation, evaluation, and monitoring and transparency in the preparation and reporting of budgets is a noteworthy aspect by leaders of public sector institutions. Public sector institutions responsible for program and financial management need to determine which actors have sufficient competencies to support the effectiveness of the program. The better the competency of the actors, the more public trust in the imple-

mentation of policies can be grown.

In addition to competency, the actor's commitment also greatly influences the trust of actors and public participation to support the implementation of village fund policies. High commitment can be realized in the form of involvement in the completion of work, support of resources, labor, costs, and time voluntarily in completing the program set together. If the actor has a high commitment and follows every procedure and mechanism that has been set, public trust in the integrity of the actor will be built.

Finally, benevolence of actors is an aspect needed to build trust. The better the virtues of the actors involved in the collaborative process of managing village funds, the higher community trust can be grown. In the end, the community will participate in all stages of activities that have been mutually agreed upon. This study implies that aspects of building trust are one of the aspects that cannot be separated in a collaborative process based on the theory of collaborative governance. Building trust between actors is useful for achieving effectiveness in implementing village fund policies.

References

- ANSELL, C.; GASH, A. Collaborative governance in theory and practice. *Journal of Public Administration Research and Theory*, v. 18, pp. 543-571, 2008.
- ANSELL, C.; GASH, A. Collaborative Platforms as a Governance Strategy. *Journal of Public Administration Research And Theory*, v. 28, n. 1, pp.1-17, 2017.
- CHRISTENSEN, T.; LAEGREID, P. Trust in government the relative importance of service satisfaction, political factors and demography. *Public Performance and Management Review*, v. 28, n. 4, 487-511, 2005.
- EDELENBOS, J. Institutional implications of interactive governance: Insights from Dutch practice. *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions*, v. 18, pp. 111-134, 2005.
- EMERSON, K.; Nabatchi, T. *Collaborative governance regimes*. Washington: Washington, Georgetown University Press, 2015.
- EMERSON, K.; NABATCHI, T.; BALOGH, S. An integrative framework for collaborative governance. *Journal of Public Administration Research and Theory*, v. 22, pp. 1-29, 2012.
- FERREIRA, T.; KEATING, J.; SILVA, I. *Competing Values in an Uncertain Environment: Managing the Paradox*. Shreveport:ISSWOW - International Society for the Study of Work & Organizational Values, 2010.
- GLASBERGEN, P.; DRIESSEN, P.P.J. Interactive planning of infrastructure: The changing role of Dutch project management. *Environment and Planning C: Government and Policy*, v. 23, pp. 263-277, 2005.
- HAMM, J.A.; HOFMANN, L.; TOMKINS, A.J.; BORNSTEIN, B.H. On the influence of trust in predicting rural land owner cooperation with natural resource management institutions. *Journal of Trust Research*. Routledge, v. 6, 2016.
- HAMM, J.A. Trust, Trustworthiness, and Motivation in the Natural Resource Management Context. *Journal Society & Natural Resources: An International Journal*, v. 30, n. 8, pp. 919-933, 2017.
- KORUPSI, K. P. *Laporan Kajian Sistem Pengelolaan Keuangan Desa: lokasi Dana Desa dan Dana Desa*. Jakarta: Direktorat Penelitian dan Pengembangan, 2015.
- MARLOWE, J. Part of the solution or cogs in the system?: The origins and consequences of trust in public administrators. *Public Integrity*, v. 6, n. 2, pp. 93-113, 2004.

- MAYER, R. C.; Davis, J.H. The effect of the performance appraisal system on trust for management: a field quasi-experiment. *Journal of Applied Psychology*, v. 84, pp. 123-136, 1999.
- MILES, M. B.; HUBERMAN, A. M.; SALDANA, J. *Qualitative Data Analysis: A Methods Sourcebook*, 3. Ed. California: SAGE Publications, 2014.
- MIZRAHI, S.; VIGODA-GADOT, E.; COHEN, N. Trust, Participation, and Performance in Public Administration: An Empirical Examination of Health Services in Israel. *Public Management Review*, v. 33, n. 1, pp.7-33, 2014.
- OSBORNE, S.P. *The New Public Governance; Emerging Perspectives on the Theory and Practice of Public Governance*. Routledge: London, 2010.
- RING, P.S.; VAN DE VEN, A.H. Development Processes of Cooperative Interorganizational Relationships. *Academy of Management Review*, v. 19 n. 1, pp. 90 – 118, 1994.
- SUSSKIND, L.; CRUIKSHANK, J. *Breaking the impasse: Consensual approaches to resolving public disputes*. New York: Basic Books, 1987.
- THOMSON, A.M.; Perry, J.L. Collaboration Processes: Inside the Black Box. *Public Administration Review*, Special issue, pp. 20-32, 2006.
- THOMPSON, A.M.; PERRY, J.L.; MILLER, T.K. 2009. Conceptualizing and measuring collaboration. *Journal of Public Administration Research and Theory*, v. 19, pp. 23-56, 2009.
- Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, Lembaran Negara Nomor 244 Tahun 2014, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5587, Kemendagri, Jakarta.
- Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa, Lembaran Negara Nomor 7 Tahun 2014, Tambahan Lembaran Negara Nomor, 5495, Kemendagri, Jakarta.
- VANGEN, S.; HUXHAM. C. Nurturing collaborative relations: Building trust in interorganizational collaboration. *Journal of Applied Behavioral Science*, v. 39, pp. 5-31, 2003.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a equipe editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Equipe Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas *ad hoc*.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

A evolução da comunicação científica e da transmissão de conhecimentos possibilitou ao UniCEUB a criação de meios para o intercâmbio de idéias entre pares e a disseminação de informações.

As novas tecnologias da informação produzem sensíveis alterações nos processos de comunicação científica. Atualmente, a editoração das publicações acadêmicas do UniCEUB é informatizada em todas as suas etapas, com a utilização da plataforma SEER, Sistema de Editoração Eletrônico de Revistas. A aplicação do SEER permitiu acrescentar, no processo editorial, a avaliação dos pareceristas ad hoc e deu aos membros dos comitês editoriais e aos editores condições para consolidar a produção científica no UniCEUB e difundi-la por meio dos periódicos acadêmicos em mídia impressa e eletrônica.

Todas as edições das publicações científicas do UniCEUB estão disponíveis no site www.publicacoes-academicas.uniceub.br, com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Revista Brasileira de Políticas Públicas
- Revista de Direito Internacional
- Universitas Arquitetura e Comunicação Social
- Universitas Ciências da Saúde
- Universitas Gestão e TI
- Universitas Humanas
- Universitas JUS
- Universitas Relações Internacionais



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as

normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Revista Brasileira de Políticas Públicas passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

V. 9, nº2