

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

PLURALISMO JURÍDICO E DIFERENÇAS

P735

Pluralismo jurídico e diferenças [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Mário Cesar da Silva Andrade – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-510-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Pluralismo jurídico. 4. Diferenças. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

PLURALISMO JURÍDICO E DIFERENÇAS

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre PLURALISMO JURÍDICO E DIFERENÇAS.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Pluralismo jurídico. Diferenças. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Mário Cesar da Silva Andrade – UFRJ

O PRINCÍPIO DO VIVIR BIEN NA JUSTIÇA BOLIVIANA: UM PROJETO INACABADO DE BEM VIVER.

EL PRINCIPIO DE VIVIR BIEN EN LA JUSTICIA BOLIVIANA: UN PROYECTO INACABADO DE VIVIR BIEN.

Naiara Andreoli Bittencourt ¹
Gustavo Martinelli Tanganelli Gazotto ²
Juliano Glinski Pietzack ³

Resumo

Resumo: O artigo propõe uma análise do conceito de vivir bien introduzido no debate constitucional latino-americano, sobretudo pela Constituição Boliviana de 2009. Para tanto, a primeira parte do artigo irá buscar uma definição conceitual do referido paradigma, assim como sua apresentação enquanto princípio constitucional e cosmovisão ética dos povos nativos. Em seguida busca-se demonstrar como tal princípio emerge da luta dos povos indígenas ao reconhecimento desses como integrantes do sistema político, apesar da difícil convergência entre a norma positivada e a profusão da pluralidade das visões de mundo indígenas. A segunda parte do artigo objetiva introduzir o Tribunal Constitucional Plurinacional em uma rápida apresentação normativo-institucional, de forma a investigar o entendimento do vivir bien pela Suprema Corte a partir de caso emblemático, o qual ganhou a atenção dos teóricos por tratar-se de uma reanálise de sentença envolvendo povos originários. Dessa forma, busca-se demonstrar como a tradução de uma cosmovisão tradicional ao pensamento jurídico ocidental corrompe seus usos e objetivos iniciais e submetem as noções indígenas à lógica moderna. Propõe, por fim, uma análise material das mudanças trazidas pelo novo constitucionalismo latino-americano, valorando os êxitos e limites das pretensas conquistas alcançadas, sem desmerecer ou negar os esforços descolonizadores das Constituições inseridas nesse contexto

Palavras-chave: Vivir bien, Constitucionalismo latino-americano, Tribunal constitucional plurinacional, Povos indígenas

Abstract/Resumen/Résumé

Resumen: En este artículo se propone un análisis del concepto de vivir bien introducido en el debate constitucional latinoamericano principalmente por la Constitución Boliviana de 2009. Por lo tanto, en la primera parte del artículo buscamos una definición conceptual del paradigma vivir bien, así como su presentación como un principio constitucional y también como cosmovisión ética de los pueblos indígenas. Además, se busca demostrar como este

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná

² Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná

³ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná

principio surge de la lucha de los pueblos indígenas para su reconocimiento como miembros del sistema político, a pesar del conflicto entre la norma legal y la riqueza de la pluralidad de las cosmovisiones indígenas. En la segunda parte del artículo, tiene como objetivo introducir el Tribunal Constitucional Plurinacional en una presentación normativa rápida, con la finalidad de investigar la comprensión de vivir bien por el Tribunal Supremo a partir de un caso emblemático que ha llamado la atención de los teóricos, porque es un reanálisis de una sentencia acerca de los pueblos indígenas. Así se busca demostrar como la traducción de una cosmovisión del mundo tradicional para el pensamiento jurídico occidental corrompe a sus usos y objetivos iniciales y rebajan las nociones indígenas para la lógica moderna. Por lo último, proponemos un análisis sustantivo de los cambios introducidos por el nuevo constitucionalismo latinoamericano, valorando los éxitos y los límites de sus conquistas, sin abandonar o negar los esfuerzos descolonizadores de las Constituciones en este contexto.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitución boliviana, Vivir bien, Constitucionalismo latinoamericano, Tribunal constitucional plurinacional, Pueblos indígenas

1 O novo movimento constitucional latino-americano

Nas últimas duas décadas as constituições latino-americanas assumiram posturas mais democratizadoras, frutos da reivindicação de movimentos sociais populares nos processos constituintes. Há duas Constituições que se destacam: a Constituição Equatoriana de 2007/2008 e a Constituição Boliviana de 2009, conformando uma vertente do novo constitucionalismo latino-americano denominada constitucionalismo plurinacional, em referência ao novo modelo de Estado que proclamam, o qual tende a romper com os moldes tradicionais eurocêntricos do Estado-Nação refletido na América Latina.

Apesar de partir da matriz epistemológica dos países centrais, especialmente os Estados Unidos e o centro europeu, as novas constituições, sobretudo as do Equador e da Bolívia almejam uma superação e transcendência dessa fonte colonizadora, iniciando um projeto de descolonização e refundação dos Estados latino-americanos (VIEIRA; DYNIEWICZ, 2014).

Para Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 71), essa refundação do Estado perpassa pela criação de um novo constitucionalismo que não seja atrelado a uma perspectiva de supressão das diversas identidades culturais e étnicas, pela centralização política, pela extrema delimitação das fronteiras e pela coercitividade para garantia da soberania (SANTOS, 2010, p. 71). Este constitucionalismo deve surgir de baixo, protagonizado pelos excluídos e “seus aliados”,

con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades). Estos cambios, en su conjunto, podrán garantizar la realización de políticas anticapitalistas y anticoloniales (SANTOS, 2010, p. 72).

Assim, é um movimento constitucional que parte do plural: da plurinacionalidade, da pluriculturalidade, da pluriétnicidade e da interculturalidade (SANTOS, 2007, p. 35). Contudo, o que se deve ter claro é que o processo denominado novo constitucionalismo latino-americano em nada deve ser comparado a uma positivação escrita de textos

constitucionais que inauguram certos valores e direitos plurinacionais. Mais do que isso, o novo constitucionalismo latino-americano é práxis política-jurídica, é ação, é a busca de afirmação e reconhecimento de povos dotados de exterioridade do processo político hegemônico até então, na tentativa declarada de assumir o protagonismo social de transformação do Estado moderno colonial. O novo constitucionalismo latino-americano também se caracterizaria pela originalidade dos institutos previstos no texto, pela rigidez às reformas do poder constituído, pela valorização do processo constituinte e por maiores instrumentos de participação democrática. Parece haver, ademais, um enfrentamento às posturas neoliberais, a preservação de recursos naturais e o reconhecimento e valorização da população indígena e de suas tradições culturais (VIEIRA; et al, 2013, p. 127).

Desta forma, retrata-se aqui o novo constitucionalismo latino-americano como um processo de lutas voltado à descolonização da institucionalidade jurídica, por meio de processos de questionamento constitucional nas assembleias constituintes democráticas, ainda que a matriz de todo esse arcabouço estatal esteja impreterivelmente conectado às vertentes eurocêntricas e estadunidenses.

Neste artigo, contudo, apesar de entender-se a importância inestimável dos constitucionalistas equatorianos, focar-se-á nos processos que lograram a consolidação da Constituição Boliviana. Igualmente, objetiva-se trazer a indagação de teóricos constitucionalistas latino-americanos acerca da real implementação deste Estado Plurinacional sob os conflitos econômicos de uma sociedade que permanece capitalista, mas que proclama as cosmovisões indígenas que se contrapõem a esse sistema.

2 O *Vivir Bien* nos povos tradicionais, na ordem econômica e no Direito.

Um Estado Plurinacional fundamenta-se pela coexistência de cosmovisões culturais e pela valorização igualitária das diversas formas de viver e das variadas possibilidades de satisfação das necessidades humanas, as quais foram subsumidas pelo Estado-Nação Liberal (MÉDICI, 2010, p. 3). É o reconhecimento de grupos sociais, de coletividades cujos direitos individuais não são suficientes para proteger a identidade cultural da discriminação que sofrem (SANTOS, 2010, p. 81).

Diversos princípios orientadores, baseados na construção intercultural, passam a ter relevância na ordem constitucional boliviana. Destacam-se o pluralismo jurídico e o “direito

ao próprio direito”, com representantes e autoridades próprias e a formação de jurisdições constitucionais com participação indígena, como é o caso do Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano, de composição plural e paritária; a descentralização política e administrativa do Estado, respeitando a autonomia indígena e a busca por justiça social e distribuição dos recursos naturais; a valorização e reconhecimento da natureza como portadora de direitos; e a promulgação dos princípios do *Buen Vivir ou Vivir Bien, Sumak Kawsay (Quéchuá)* e *Suma Qamaña (Aymara)*.

Na Constituição Boliviana, o termo *Vivir Bien* orienta toda a construção constitucional, configurando-se como um verdadeiro paradigma jurídico-epistemológico. Surge no preâmbulo como busca permanente do Estado; como princípio ético-moral da sociedade plural boliviana, sustentado pelos valores de unidade, igualdade, inclusão, dignidade, liberdade, solidariedade, reciprocidade, respeito, complementaridade, harmonia, transparência, equilíbrio, igualdade de oportunidades, equidade social e de gênero, justiça social, distribuição e redistribuição dos produtos e bens sociais (art. 8); como orientação à educação promovida pelo país (art. 80); como modelo de Estado e economia (art. 306); como política de eliminação da pobreza e das desigualdades sociais (art. 313).

A Constituição Boliviana prevê o princípio indígena *Suma Qamaña* dos Aymara como sinônimo de *Vivir Bien*, e ainda incorpora outras filosofias de vida indígena:

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

A reunião dos conceitos acima, no entanto, apresenta uma tensão imanente entre os princípios éticos das comunidades originárias e os conceitos jurídico-discursivos ocidentais. Trata-se de uma tentativa do regime comunitário adquirir o *status* de norma estatal, num local não muito preciso entre cosmovisão e positivação. A dificuldade maior está na vasta constelação de visões, cada qual remitente de uma comunidade, que não conseguem ser reduzidas a uma só. Juntamente com o *ivi maraei (terra sem mal)*, *ñandereko* (vida harmoniosa) entre outros, o *vivir bien* se situa nesse espaço ambíguo onde comunidade e Estado tentam se encontrar (SCHAVELZON, 2015, p. 247).

Há, ainda, uma dificuldade semântica na compreensão do *suma qamaña*. Para o quéchua, o conceito representa a relação comunitária dos seres com todas as formas de existência, é conviver harmoniosamente com a *Pachamama*, fazendo parte dela, inclusive. Importante dizer, o bem-viver não poder ser equiparado a um “viver melhor”, lema dos Estados de bem-estar social. Diferente deste, aquele não se pauta na ideia de desenvolvimento - sempre ligada ao tempo futuro -, mas sim em um equilíbrio harmonioso de vida plena com as condições já presentes.

Nesse sentido, há quem prefira traduzir o *suma qamaña* por "vida plena", compreendendo aí uma noção distinta ao "viver melhor", trazendo uma forma boa e harmoniosa de se viver. Na cosmovisão andina, essa convivência ou habitação - *Qumaña* também significa "habitar" - engloba sempre todo o entorno da comunidade, considerando igualmente os animais, as plantas e a *Pachamama*. Simetricamente oposta à noção de *suma qamaña*, contudo, está a sobrevivência, o mero fato de não estar morto. Assim, a vida plena não apenas defende a possibilidade de harmonia entre pessoas, bens materiais e natureza, mas implicaria na necessária relação entre esses, capazes de trazer intercâmbios e reciprocidade em sociedade de maneira realmente satisfatória. Afinal, *vivir bien* também é poder desfrutar da vida. (ALBÓ, 2011, p. 134 - 136)

Alejandro Mé dici (2010, p. 5) elucida as filosofias indígenas do Sumak Kawsay e do Suma Qamaña como contrapostos ao paradigma ocidental e colonizador (comunidade e Estado), ainda imperante na maioria das constituições latino-americanas, sendo a passagem a seguir fundamental:

Principio comunitario de estructuración social solidaria que significa un buen convivir tanto en las relaciones humanas como en las relaciones con la naturaleza. Se trata de una concepción de la vida alejada de los parámetros de la modernidad: individualismo, lucro, racionalidad costo-beneficio como axiomática social, la instrumentalización y objetivación de la naturaleza, la relación estratégica entre los seres humanos, la mercantilización total de todas las esferas de la vida humana. Incorpora una dimensión humana a la relación de los seres humanos tanto con su propia historia cuanto con su naturaleza. A diferencia de la racionalidad instrumental cartesiana moderna, Sumak Kawsay incorpora a la naturaleza en la historia. Junto a los otros principios consagrados en sus preámbulos –entre los que destacamos los de interculturalidad, pluralismo social- forma un ethos que da sentido a los fines del estado en los nuevos programas constitucionales de Bolivia y Ecuador y tiene, en consecuencia, una serie de proyecciones en los textos constitucionales en lo que hace a las respectivas formas de estado, las formas de gobierno y las conformaciones de los órganos o poderes del estado y sistemas de derechos humanos. Aparece mencionado en los preámbulos y atravesando todo el texto constitucional, particularmente en la Constitución de la República de Ecuador.

Percebe-se, portanto, que o bem-viver não se restringe à proteção da biodiversidade, nem a uma satisfação individualizada, muito menos uma filosofia que rege exclusivamente os povos indígenas. É a adoção de um paradigma de orientação aos Estados Plurinacionais que está presente nas formas políticas, jurídicas, econômicas, culturais e sociais a partir de uma atuação positiva do Estado, conjugando os direitos humanos com os direitos da natureza. Isso significa que se elaborou outra forma de modelo de desenvolvimento (ACOSTA, 2010, p. 2), o qual tem se chocado na prática com as políticas de governos, mas que deve ser retomado como efetivação constitucional.

A pergunta que faz Aberto Acosta (2010, p. 3), ex-presidente da Assembleia Constituinte do Equador é se é “possível e realista tentar um desenvolvimento diferente dentro do capitalismo”, baseado numa economia solidária. Deve-se problematizar também que no pensamento indígena não há a ideia de desenvolvimento, baseada na linearidade e na superação. O bem-viver é a filosofia de satisfação plena de necessidades coletivas (ACOSTA, 2010, p. 7). O bem-viver é a garantia da reprodução dos ciclos vitais de reprodução humana, social, comunitária e de todos os seres vitais de forma integrada (PRADA, 2012, p. 408), o que afasta aquela visão ocidental de que a natureza ou o meio-ambiente servem aos seres humanos, que têm direito a um habitat não contaminado e saudável, sendo a própria natureza (*Pachamama*) sujeito de direitos (ACOSTA, 2010, p. 11).

A partir dessa concepção filosófica, o Estado Plurinacional assume o controle da biodiversidade para possibilitar o bem comum, como a energia, as telecomunicações, os recursos naturais não renováveis, o transporte e água. Cabe destacar, ademais, que o direito à água como bem comum dos povos foi uma das principais reivindicações dos indígenas durante as assembleias constituintes, isto porque é essencial para a sua soberania por meio do cultivo de alimentos, ao trabalho dos camponeses, a proteção da biodiversidade e fonte para a exploração de recursos energéticos.

O Estado Plurinacional também deve garantir que todos tenham uma vida digna, assegurando os bens e serviços necessários para a produção e reprodução com base no bem-viver, o que implica em trabalho, alimentação, moradia, saúde, educação, cultura, ócio, etc., o que dependeria de uma real planificação das políticas estatais e a distribuição de rendas e riquezas e uma necessária alteração na forma com que tais países concentram a economia,

baseada num modelo exploratório extrativista e neodesenvolvimentista, que choca com a filosofia ou cosmovisão indígena disposta na Constituição Boliviana.

Para Acosta (2010, p. 19), esse processo tem se projetado como "otra forma de socialismo, visto siempre como un proyecto de democracia sin fin", bastante diverso das experiências do chamado "socialismo real". O bem-viver, como filosofia de vida que foi incorporada ao Estado cria caminhos para a edificação de outro projeto de sociedade, baseada em princípios da coletividade, solidariedade e harmonia dos seres humanos com a multiplicidade de seres existentes.

Mas nem tudo são flores nos altiplanos aimarás. A materialidade dos princípios e normas programáticas trazidas na Carta Boliviana dependem, para além de sua letra, de uma viabilidade econômica e política. Como assevera Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 21), "em muitos países que consagraram formalmente um extenso rol de direitos fundamentais, estes têm alçando o menor grau de efetivação". Pelo contrário, o caráter principiológico da Constituição Boliviana, sobretudo quanto à justiça indígena, traz consigo uma textura normativa aberta, de difícil exigência prática em um país com níveis elevados de pobreza e de oposições políticas tão contrastantes quanto o Estado da Bolívia (BURCKHART, 2013, p. 1019).

Assim, apesar de apresentados na abertura do texto constitucional como base fundamental do Estado e esporadicamente citados, o *suma qamaña* e demais conceitos associados simbolizam muito mais princípios éticos e se afastam da noção de um direito passível de reivindicação judicial. Isto posto, a maior vitória do conceito indígena limitou-se ao reconhecimento normativo-estatal de práticas e saberes tradicionais, suscitando a admissão das 36 novas nações indígenas e campesinas. Entretanto, embora enfoquem marcos direcionados para sociedade plurinacional, carecem de exigibilidade jurídica (ACOSTA; GUDYNAS, 2011, 76). Na factualidade dos conflitos interculturais, o *vivir bien* desloca-se de sua reivindicação identitária dos povos originários e assume uma figura própria, a qual será explorada na sequência pela análise de caso envolvendo o Tribunal Constitucional.

3 O *Bien Vivir* e a racionalidade jurídica ocidental: análise da Sentença nº 1422/2012

Neste ponto, objetiva-se introduzir o Tribunal Constitucional Plurinacional em uma rápida apresentação institucional. Com isso, investigar-se-á o entendimento do *vivir bien* pela

Suprema Corte a partir de caso notório, que ganhou a atenção dos estudiosos por envolver a reanálise de uma sentença envolvendo povos indígenas. Busca-se demonstrar como a tradução de uma cosmovisão tradicional ao pensamento jurídico ocidental transforma seus usos e objetivos iniciais e submetem as noções indígenas à lógica moderna.

Ponto controverso entre entusiastas e críticos diz respeito aos tribunais superiores na Constituição Boliviana. Ao debruçar-se sobre a organização do Tribunal Constitucional Plurinacional, a Constituição estimula a participação de indígenas no corpo de juízes. O faz, no entanto, postergando a discussão para lei complementar responsável por ofertar as diretrizes e a relação da justiça comum com as jurisdições tradicionais. Assim, embora haja a participação de juízes provenientes dos povos originários, configuram proporção minoritária, exigindo ainda a formação e capacitação acadêmica em direito estatal ordinário (SCHAVELZON, 2010, p. 92).

Atualmente, a lei que dispõe e organiza o funcionamento do Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) é a Lei 027 de 6 de julho de 2010. Segundo o diploma legal mencionado, o Tribunal será composto por sete magistrados, sendo que ao menos dois deles deverão advir do sistema indígena originário campesino (art. 13, 2). Quanto à competência sobre a matéria, reserva-se a esse a responsabilidade da "justiça constitucional", além de responder consultas das autoridades indígenas originárias campesinas no tangente à aplicação da norma ao caso concreto (FERRAZZO, 2015, p. 27).

Ocorre que, ao rever decisões proferidas por autoridades indígenas ou que julgar questões que lhes digam respeito, o Tribunal Constitucional Plurinacional se colocaria diante de situações que a justiça comum não basta. A análise dos valores fundamentais indígenas e sua interpretação, não pode se dar da mesma maneira como ocorre com os princípios da justiça ordinária. A interpretação intercultural deverá levar em conta o caráter axiomático da Constituição e seus valores plurais supremos, discriminados no preâmbulo do texto constitucional. Entre tais valores, encontram-se a igualdade, a complementaridade, a solidariedade e a harmonia, conjugados com os valores ético-morais plasmados no art. 8º, como *el iyi maraei* (terra sem mal). A leitura jurídica da totalidade dos valores enumerados consolida o valor essencial e fim primordial do Estado Plurinacional da Bolívia: o *vivir bien* (BOLÍVIA; Tribunal Constitucional Plurinacional, 2012, p. 14).

Nessa perspectiva, de acordo com o Tribunal Constitucional Plurinacional, as ações que envolvam população indígena campesina devem ser investigadas a partir do *paradigma do vivir bien*, que "*se configura como una verdadera pauta de interpretación inter e intra cultural de derechos fundamentales*" (BOLÍVIA; TCP, 2012, p. 15). Aqui o *vivir bien* deixa de se apresentar como princípio fundamental do Estado Boliviano e se transforma em um paradigma hermenêutico que guiará a interpretação dos julgadores e lhes servirá de fundamentação jurídica. Necessário destacar, contudo, que no momento em que o *vivir bien* descola-se de seu caráter meramente axiomático e é plasmado como paradigma jurídico, incorpora-se nele toda a racionalidade ocidental da justiça ordinária, com sua taxonomia e seus termos fechados. Desde logo, as implicações de uma *ratio decidendi* ocidental, na tradução grosseira das noções indígenas, as limitam e engessam.

De fato, tal paradigma estrutura-se a partir de quatro sub-regras muito claras que deverão ser respeitadas mesmo na decisão da jurisdição *indígena*. São elas: (i) *harmonia axiológica*, a qual implica que a decisão proveniente da justiça indígena esteja em conformidade com os princípios plasmados na Constituição; (ii) *decisão segundo cosmovisão própria*, compreendendo aí que a sentença deverá respeitar a concepção que a nação indígena tenha sobre ela mesma; (iii) *ritualismos harmônicos com procedimentos*, devendo o controle constitucional plurinacional verificar se o ritualismo para a decisão segue os procedimentos e normas da nação indígena; por fim, (iv) *proporcionalidade e necessidade estrita*, segundo o qual a decisão indígena encontra limites na proporcionalidade da gravidade do delito e na correspondente sanção imposta (BOLÍVIA; Tribunal Constitucional Plurinacional, 2012, p. 15-16).

É na avaliação desses quatro elementos e na relação que adquirem com o caso concreto que deverá atuar a reanálise da sentença indígena pelo Tribunal Constitucional Plurinacional, avaliando eventual descumprimento às sub-regras do *Vivir Bien*. Percebe-se, portanto, que a autonomia da jurisdição indígena pertence a um sistema circunscrito aos critérios axiomáticos da Constituição Boliviana e seus valores essenciais, sobretudo o *Vivir Bien*, restringindo a competência originária campesina, desde logo, às balizas constitucionais do Tribunal Constitucional Plurinacional. Eis aí mais uma limitação que age, tanto para o bem quanto para o mal, cerceando o regime de autonomias da justiça indígena.

Assim ocorreu no caso polêmico e notório da Sentença Constitucional Plurinacional nº 1422/2012, no qual se acionou o Tribunal Constitucional Plurinacional para rever uma sentença pronunciada pelas autoridades indígenas dentro de seus territórios. Trata-se de roubo de dinheiro ocorrido em uma comunidade da população de Poroma, integrante do sistema de justiça originário campesino. Mesmo após acordo realizado e a restauração integral do dano, a comunidade decidiu pela expulsão, não apenas do autor do fato, mas, igualmente, de sua esposa e filhos, além de maus tratos e discriminação direcionados aos familiares. Inconformada com a decisão, a família interpôs "Ação de Liberdade"¹, fundamentando-se na violação de seu direito à vida, integridade física, psicológica, entre outros direitos. Ademais, os familiares condenados alegaram que citada comunidade não seria integrante de nação indígena campesina e, portanto, deveria ser julgado pela justiça ordinária (FERRAZO, 2015, p. 27).

O caso chegou ao Tribunal Constitucional Plurinacional e, em razão da controvérsia envolvendo a identidade da comunidade, foi solicitada perícia à Unidade de Descolonização do Tribunal² - grupo de especialistas que atestam o vínculo indígena-campesino de um povo. Após o estudo da população, a equipe reconheceu a existência de vínculo cultural e tradicional com o povo *Qhara Qharas*, população autodeclarada indígena; igualmente, foi constatado o uso do idioma quéchua como o principal no município de Poroma. Por fim, verificou-se que a resolução dos conflitos da comunidade era realizada por *cabildos territoriales*, instâncias de deliberação indígena, que admitem, entre suas sanções, a expulsão dos traidores da comunidade. Diante da reunião dessas características, além de outras levantadas pela Unidade, comprovou-se a identidade indígena campesina originária da população de Poroma. Não restando dúvidas quanto à nacionalidade das partes envolvidas,

¹ A Ação de Liberdade está prevista no art. 125 da Constituição Boliviana e configura instrumento constitucional bastante similar ao *habeas corpus* brasileiro, interposto para proteção de qualquer pessoa que esteja com a liberdade ameaçada. Segundo o dispositivo referido:

Artículo 125. Toda persona que considere que su vida está en peligro, que es ilegalmente perseguida, o que es indebidamente procesada o privada de libertad personal, podrá interponer Acción de Libertad y acudir, de manera oral o escrita, por sí o por cualquiera a su nombre y sin ninguna formalidad procesal, ante cualquier juez o tribunal competente en materia penal, y solicitará que se guarde tutela a su vida, cese la persecución indebida, se restablezcan las formalidades legales o se restituya su derecho a la libertad.

² O Tribunal Constitucional Plurinacional conta com uma equipe multidisciplinar denominada "Secretaria Técnica e Descolonização", composta por antropólogos, um historiador, um sociólogo, um advogado constitucionalista e a chefia da unidade de Justiça Indígena Originária Campesina. A Secretaria, contudo, só é utilizada *ad hoc*, em casos conflituosos, não possuindo o condão de declarar autonomamente ou constituir nação indígena originária campesina.

passou o Tribunal a discutir sobre as problemáticas jurídico-constitucionais da sentença penal propriamente dita (FERRAZO, 2015, p. 27).

A sentença proferida pelo Tribunal Constitucional Plurinacional no caso da comunidade de Poroma não pôde deixar de analisar detalhadamente os elementos do *vivir bien*. Na fundamentação, os juízes discriminaram a incidência de cada critério do paradigma para, ao final, conceder procedente o pedido da ação de liberdade, protegendo os direitos fundamentais dos familiares à lesão imposta pela comunidade.

Nesses termos, entendeu-se, na *ratio decidendi* do Tribunal Constitucional, que a decisão da comunidade pela desvinculação territorial e cultural da esposa e filhos do autor desprezaram o primeiro dos elementos do *vivir bien*, a harmonia axiológica, sobretudo por violar os valores pluralistas supremos referentes aos princípios da inclusão, igualdade de condições, bem-estar comum, entre outros. O lamentável entendimento jurisprudencial, assim, é de que, apesar da existência de uma pluralidade de Nações, elas se submetem ao Estado unitário no estrito vínculo da Constituição. Ou seja, em que pese a autonomia das populações indígenas, há um pano de fundo constitucional que as limita, homogeneizando-as em prol dos valores fundamentais descritos acima. Qualquer jurisdição que viole tais fundamentos atentaria contra a Constituição como um todo e, portanto, poderia ser revista.

Em segundo lugar, o mencionado Tribunal reprovou a solução dada pelo conflito, sobretudo por não ser coerente com a cosmovisão do povo indígena de Poroma. Para a perícia descolonial, fundamental para essa nação é o valor de "retornar à ordem a desordem pela conduta adequada" (BOLÍVIA; TCP, 2012, p. 21), de maneira que a repressão direcionada àqueles que não causaram o conflito estaria em dissonância com a visão ali adotada, sendo, portanto, inadequada (BOLÍVIA; TCP, 2012, p. 21-23).

De fato, fundamental para a comunidade de Poroma e para tantas outras é o valor do retorno à ordem (QUISPE, 2010, p. 79). A interpretação do Tribunal Constitucional Plurinacional, todavia, é apenas parcialmente verdadeira, uma vez que a ordem se dá sempre em comunidade. Para o *vivir bien* indígena campesino originário, a comunidade de pessoas vem sempre antes do sujeito singular de modo que, ao se atingir um membro, atinge-se todo o conjunto de pessoas. O dano à comunidade é severo e macula a coexistência entre todos os habitantes, para além do ofendido (QUISPE, 2010, p. 79). Nessa perspectiva, tão responsáveis quanto o agente que cometeu o delito são aqueles que com ele habitam e convivem, sobretudo

familiares, por mais incompreensível que tal lógica pareça ao Direito ordinário e aos tribunais superiores.

Quanto ao terceiro e quarto fundamentos do paradigma do *vivir bien*, o TCP entendeu que não houve respeito ao ritualismo e normas tradicionalmente aplicados pela comunidade (terceiro elemento), tampouco encontra-se respeitada a razão da proporcionalidade segundo a gravidade do dano (quarto elemento). Pelo contrário, haveria uma série de instâncias indígenas prévias à decisão que não se manifestaram acerca do tema. Por fim, o Tribunal compreendeu que não havia necessidade de tamanha pena frente à gravidade do delito, uma vez que o dano do roubo havia sido restaurado em sua totalidade. Pelo exposto, o Tribunal Constitucional Plurinacional concedeu a tutela solicitada pelos demandantes da ação, no sentido proteger "todos os direitos denunciados como lesivos, cessando todo ato contrário ao paradigma do *vivir bien* desenvolvido na sentença" (BOLÍVIA; TCP, 2012, p. 21-22. Tradução nossa).

Finalmente, a tradução ocidental do *bien vivir* em forma de paradigma alterou a decisão dos originários de Poroma e acolheu o pedido dos sujeitos individualmente considerados em sua dignidade. Nesse sentido, observa-se uma preeminência da estrutura jurídica de fundamentação fundada em uma razão ocidental. Apesar do esforço epistêmico de considerar, na *ratio decidendi*, o princípio de extrema abertura interpretativa e de natureza indígena, a comunidade restou refém do sujeito e a autonomia ficou capturada pelas forças homogeneizantes do Estado Unitário. O exemplo acima, além de um simples julgado, destaca sintomas de uma patologia ocidental ainda presente nas veias da América Latina. A positivação de conceitos indígenas na Constituição, em que pese tenha significado avanço considerável, ainda não foi suficiente para se sobrepor à lógica jurídica ocidental.

4 Ganhos e limitações: processos políticos constituintes perenes e um texto constitucional inacabado.

Problematizar o “novo constitucionalismo latino-americano” a partir da Constituição Boliviana não é simplesmente mirar para o texto normativo posto e celebrar a absorção de paradigmas da cosmovisão indígena *Aymara*, como se bastasse sua efetivação política e jurídica para que houvesse a dissolução do Estado colonial. Ao revés, o que se pretende problematizar é que apesar de haver “ o reconhecimento da cosmovisão indígena e com um

novo projeto societário, que busca incluir sujeitos e coletivos historicamente excluídos e marginalizados, especialmente os indígenas, as mulheres e os camponeses” (BRAGATO; CASTILHO, 2014, p. 12), o “novo constitucionalismo latino-americano” deve ser compreendido como um amplo processo de participação político-jurídica que fornece elementos concretos de organização e reivindicação na luta perene pela democratização popular estatal.

Isso significa que o Estado Plurinacional da Bolívia não constitui um momento brusco de ruptura com o Estado-nação em sua estrutura, o qual na história desse país sempre objetivou um processo de homogeneização cultural por meio do genocídio dos indígenas negros e mestiços, ou de sua assimilação cultural, para consolidar um modelo de sociedade nacionalizada em uma estrutura de poder que excluía tais populações dos processos decisórios, ainda que fossem a maioria nestes territórios (QUIJANO, 2008).

O paradigma do Vivir Bien surge como um dos primeiros conceitos filosóficos extraídos da metafísica indígena ao terreno da política latinoamericana. Neste sentido, o reconhecimento da cosmovisão dos povos tradicionais no âmbito da comunidade política não apenas inaugura novas possibilidades de construção do Estado, como também desloca a posição dos habitantes tradicionais ao patamar de sujeitos políticos ativos.

O desafio, contudo, é de fato transformar a estrutura institucional do Estado em seus fundamentos, suas raízes para que represente de fato mais de uma nação, ainda que seja numa forma transitória que rume ao fim do próprio Estado moderno/colonial. “A plurinacionalidade não é a negação da nação, mas sim o reconhecimento de que a nação está inconclusa” (SANTOS, 2010, p. 84). Isto é, é preciso analisar as conquistas da nova Constituição boliviana como avanços em um cenário de lutas, as quais abrem margem para transformações maiores no caminho de um novo entendimento do conceito de democracia, nas palavras de Boaventura de Souza Santos (2008) é preciso “democratizar a democracia”, ou seja, levar a democracia tradicionalmente incompleta aos que dela não participam.

Decisões tais como a sentença nº 1422/2012 são apenas uma expressão do enraizamento colonial intrínseco ao Estado latino-americano, objetivar uma descolonização é focar nas possibilidades de organização popular e indígena para a construção de outro modelo de representatividade política, que estará em disputa sempre que conflituarem propostas antagônicas para a construção social, a relação com a vida concreta dos sujeitos e o modelo

econômico ou de gestão da vida prevalente. Isto resta evidente inclusive no texto normativo constitucional boliviano. o qual faz a defesa do desenvolvimento econômico no modelo ocidental e moderno em seu artigo 312, de forma a ignorar formas de reprodução da vida dos coletivos dos povos originários (SCHAVELZON, 2015, p. 249).

A incessante luta política dos povos indígenas, na Constituição Boliviana de 2009, culmina no reconhecimento formal de uma constituinte autóctone, que estrutura a comunidade política, que decide sobre a organização do Estado, que elege seus princípios fundamentais, enfim, que se autodetermina. No entanto, a forma jurídica é limitada no que tange à mudança de paradigma real de gestão da vida, da economia e dos conflitos sociais. Por isso, invoca-se como grande ganho os próprios processos históricos de insurgência, empoderamento, reivindicações e tomada do poder pelos povos indígenas e tribais, ainda que numa perspectiva dentro da ordem, mas refundando um modelo de Estado que não representa tais segmentos, como é o caso da Bolívia. Ou seja, como um salto qualitativo de organização expressão que permanece em disputa e em luta política constante.

Referências Bibliográficas

ACOSTA, Alberto. **El buen vivir, una utopía por (re)construir**. In: CIP-Ecosocial – Boletín ECOS nº 11, abril-junio 2010, p. 1-19.

ACOSTA, Alberto; GUDYNAS, Eduardo. **El Buen Vivir mas allá del desarrollo**. In: Qué Hecer, no. 181, Lima: DESCO. p. 70-81. Disponível em: < http://www.desco.org.pe/sites/default/files/quehacer_articulos/files/11_Gudynas_181.pdf >. Acesso em: 10 de setembro de 2016.

ALBÓ, Xavier. Suma qamaña=convivir bien. ¿Cómo medirlo?. In: Farah, I. e Vasapollo, L. (coord.), **Vivir Bien: ¿paradigma no capitalista?**, La Paz: CIDES/Sapienza de Roma/OXFAM, 2011. Disponível em: < http://www.cides.edu.bo/webcides/images/pdf/Vivir_bien_Paradigma.pdf >. Acesso em: 13 de setembro de 2016.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. **A importância do póscolonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latinoamericano**. Em: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo (orgs). O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul, RS : Educs, 2014, p. 11-25

BOLÍVIA, Tribunal Constitucional Plurinacional. **Acción de libertad no 1422/2012**. Rel.: Ligia Mónica Velásquez. Departamento: Chuquisaca. Julgado em: 24/09/2012. Expediente: 00040-2012-01-AL. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalDestaque/anexo/Resolucion_1422_2012_Tribunal_Constitucional_de_Bolivia.pdf > Acesso em: 11 de setembro de 2016.

BURCKHART, Thiago Rafael. **O ‘novo’ constitucionalismo latino-americano e a positivação de direitos pluralistas**: uma análise crítica acerca do direito indígena nas recentes constituições. In: Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2o quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica

FERRAZZO, Débora. Pluralismo jurídico e deslinde jurisdicional na Bolívia: a atuação do Tribunal Constitucional Plurinacional no controle de constitucionalidade. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Orgs.) **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS. Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015.

HOUTART, François. Los indígenas y los nuevos paradigmas del desarrollo humano. In: Farah, I. e Vasapollo, L. (coord.), **Vivir Bien: ¿paradigma no capitalista?**, La Paz: CIDES/Sapienza de Roma/OXFAM, 2011. Disponível em: < http://www.cides.edu.bo/webcides/images/pdf/Vivir_bien_Paradigma.pdf >. Acesso em: 13 de setembro de 2016.

MEDICI, Alejandro. **Ocho proposiciones sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro descolonial**: Bolivia y Ecuador. Ponencia presentada al II Congreso Provincial de Cs. Jurídicas. CALP, 2010. Disponível em: < www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/abogacia/lano/derecho-politico/aportesteoricos/Ocho%2520proposiciones%2520sobre.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br >

PRADA, Raúl. **Estado plurinacional comunitario autonómico y pluralismo jurídico**. Em: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ José Luis Exeni (ed.). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia. Quito: Abya-Yala e Fundación Rosa Luxemburgo, 2012, p. 407-446.

QUIJANO, Aníbal. **Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina**. Revista Estudos Avançados. *In*: Dossiê América Latina. v.19 n.55 São Paulo set./dez. 2005

QUIJANO, Aníbal. **El movimiento indígena y las cuestiones pendientes en América Latina**. *In*: El Cotidiano, Vol. 23, Número 151, septiembre-octubre, 2008. Universidad Autónoma Metropolitana – México.

QUISPE, Miguel Palacín (Org.) **Buen Vivir/ Vivir Bien**: Filosofía, políticas, estratégias y experiências regionales andinas. 3ª ed. Lima: CAOI, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **‘Descolonização’ da América Latina exige reconhecimento dos direitos indígenas**. 2008. Disponível em: <http://www.correiocidadania.com.br/index.php?view=article&catid=30%3Aamerica%C2%ADlatina%C2%AD&id=1804%3Amanchete130508&tmpl=component&print=1&layo%E2%80%A6>

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinvençión del Estado y el Estado plurinacional**. Em: *OSAL*. Año VIII, No 22, septiembre. Buenos Aires: CLACSO, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina**: Perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: IIDS y PDTG, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ª Ed. Ver. Atual. Ed. ampl.; 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHAVELZON, Salvador. **A abertura e o Estado Pluralista como busca de solução constitucional ao problema das "duas bolívias"**. *In*: Cadernos PROLAM/ USP. Ano 9, Vol 1, 2010. p. 80 - 97.

SCHAVELZON, Salvador. **Plurinacionalidad y Vivir Bien/ Buen Vivir**: Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes. 1ª ed. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2015.

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). 5(2). Unisinos, julho – dezembro, 2013.

VIEIRA, José Ribas; DYNIEWICZ, Leticia Garcia Ribeiro. **O Estado plurinacional na América Latina**: diálogo conceitual entre multiculturalismo canadense e teoria pós-colonial. In.: MORAIS, Jose Luiz Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães (coordenadores). Novo constitucionalismo latino-americano. O debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes. 1ª edição. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.