

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

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

S624

Sistemas de justiça constitucional [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: 978-85-5505-511-9

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. Justiça Constitucional. 4. Controle de Constitucionalidade. 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

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

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 SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

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: Justiça Constitucional. Controle de Constitucionalidade. 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

ENTRAVES INSTITUCIONAIS AO PLURALISMO JURÍDICO: O CASO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL NA BOLÍVIA

BARRERAS INSTITUCIONALES PARA EL PLURALISMO JURÍDICO: EL CASO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL EN BOLIVIA

Ricardo Silveria Castro

Resumo

O presente trabalho reconstitui o caminho percorrido pelo movimento político que pretende superar o monismo jurídico no cenário constitucional latino-americano, desde a emancipação dos Estados até a afirmação de noções contemporâneas a respeito do respeito à diversidade cultural que resultaria nas propostas do novo constitucionalismo latino-americano. Em seguida parte-se para a análise crítica do modelo de jurisdição constitucional adotado pela Constituição boliviana de 2009, com o objetivo de evidenciar a permanência de uma concepção vertical, excludente e que não se ajusta ao núcleo de sustentação do novo marco constitucional, qual seja, o pluralismo jurídico, a plurinacionalidade e o exercício do poder político pelo povo.

Palavras-chave: Tribunal constitucional plurinacional, Guardiã da constituição, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

En este trabajo se vuelve a trazar el camino tomado por el movimiento político que tiene como objetivo superar el monismo jurídico en el escenario constitucional latinoamericano, de la emancipación de los Estados a la afirmación de las ideas contemporáneas sobre el respeto de la diversidad cultural que daría lugar a propuestas del nuevo constitucionalismo latinoamericano. A continuación procede a la revisión del modelo de jurisdicción constitucional adoptado por la Constitución boliviana de 2009, a fin de demostrar la permanencia de un diseño vertical, excluyente y que no se ajusta en el núcleo de base del nuevo marco constitucional, cual es, el pluralismo jurídico, la plurinacionalidad y el ejercicio del poder político por el pueblo.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Tribunal constitucional plurinacional, Guardián de la constitución, Democracia

Entraves institucionais ao pluralismo jurídico: o caso do Tribunal Constitucional Plurinacional na Bolívia

Barreras institucionales para el pluralismo jurídico: el caso del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia

Introdução:

A partir das primeiras décadas do século XXI, um movimento político de reivindicações sociais passou a enfrentar de modo mais direto aquela que é a marca de identificação do processo histórico de emancipação – social e política – na região latinoamericana: a desigualdade. Nesse horizonte, a luta de setores sociais historicamente afastados do debate público ganhou espaço na seara política, de tal forma que importantes alterações de âmbito constitucional são impulsionadas na Bolívia, em 2009.

A promessa dessa nova perspectiva constitucionalista – “transformadora” e “plurinacional” – é romper com o monismo jurídico que esteve presente em toda a evolução constitucional na América Latina. O projeto de rompimento está embasado no reconhecimento de que a principal condição para o processo de mudanças nas sociedades desiguais, subdesenvolvidas e tradicionalmente instáveis é a reorganização do Estado e a redefinição de uma ordem normativa “identificada com as carências e necessidades de novos sujeitos emergentes” (WOLKMER, 1998, p.151).

A expressão mais evidente da adesão ao pluralismo jurídico presente na nova Constituição boliviana é o reconhecimento da jurisdição indígena enquanto “fonte legítima” de emanção do direito. Nesse passo, a afirmação da autonomia dos povos indígenas tem como expoente peculiar o reconhecimento da jurisdição das autoridades coletivas integrantes dessas comunidades originárias, que passam a ter legitimidade constitucional para solucionar os conflitos intracomunitários com base nas normas e nos procedimentos tradicionais próprios.

É evidente que essa mudança de paradigma demanda tempo para ajustes e concretização de meios capazes de atingirem os fins afirmados em sua base, mas é inegável que o bloqueio das próprias instituições estatais dificulta o movimento em direção do pluralismo jurídico. Nesse sentido, o período de transição para uma institucionalidade “plurinacional” tem como maior desafio evitar que o modelo

excludente do sistema colonial (de exploração dos setores mais vulneráveis) ajuste-se e remodele-se na estrutura básica do Estado que surge após a publicação do novo texto constitucional, em 2009. A permanência de traços autoritários nos núcleos da institucionalidade dos Estados latino-americanos revela que há um caminho longo a ser percorrido para a efetiva construção de condições de base para sociedades menos desiguais e injustas.

1. Plurinacionalidade e a potencial ruptura com os aportes do monismo jurídico: o novo constitucionalismo latino-americano

O processo de marginalização dos povos indígenas originários e das massas populares latino-americanas figurou como alicerce tanto do modelo de colonização da região (entre os séculos XV e XVIII) quanto do modelo estatal construído após as independências (a partir do século XIX), de forma que a pretensão descolonizadora (de emancipação) do exercício do poder proposta pelo novo constitucionalismo latino-americano no século XXI no tocante à questão da soberania popular tem como desafio o enfrentamento de uma cultura secular que estigmatiza, inferioriza e marginaliza do processo político setores sociais marcados pela vulnerabilidade econômica. Nesse sentido, a compreensão da ordem sócio-política estabelecida nas sociedades latino-americanas – bem como dos entraves institucionais essencialmente elitistas – depende da percepção do autoritarismo intrínseco ao pensamento colonizador que reverbera cotidianamente em diversos campos, das mais variadas formas e na atuação de incontáveis atores políticos. Pensar a democratização do exercício do poder político nesses contextos pressupõe o rompimento com a visão colonizadora, que outra perspectiva não aceita senão a do centralismo e a da verticalidade nas relações sociais – seja entre os indivíduos, seja entre esses e o Estado.

Dessa forma, o primeiro passo para a abertura à perspectiva pluralista que tenha condições de desmistificar as formas de organização e as práticas sociais das comunidades historicamente marginalizadas da esfera política é o reconhecimento de que a fundação da América Latina se dá com base na negação do outro (o “índio”, o “selvagem”) enquanto sujeito de direitos que poderia, por essa circunstância, ser objeto de práticas atrozess necessárias à implementação do projeto colonizador. Convencidos de sua superioridade, os europeus colonizadores chegaram no “Novo mundo”, leram aos que nele se encontravam a declaração oficial do Papa relativa à doação daquelas terras aos

reis católicos e deram prosseguimento ao plano de exploração (RUIZ, 2002, p.37). O estabelecimento de diálogo com os povos originários não era uma questão relevante, já que o livre consentimento desses povos foi imediatamente substituído pela ameaça - e pela prática efetiva - de violência¹. Objetivamente, o processo exploratório de colonização interrompeu as dialéticas existentes nos núcleos das comunidades indígenas originárias e impôs novas dialéticas, com perspectivas diametralmente opostas tanto na maneira do indivíduo se relacionar com os demais (individual ou coletivamente) quanto na forma de interação com o meio ambiente.

A análise do processo histórico de expansão do poder político das elites latifundiárias que surgem do processo de exploração econômica colonial comprova que a visão colonizadora aprofunda suas raízes na região latino-americana. O racismo presente no núcleo do modelo exploratório bloqueou a participação de “mestiços” e “índios” na administração da sociedade colonial, e limitou de modo significativo a intervenção dos espanhóis nascidos na América (“criollos”). O poder concentrado nas mãos dos espanhóis peninsulares (“chapetones”) é o elemento político chave que, mesmo sendo redimensionado nos séculos XVII e XVIII, desencadeou os movimentos emancipatórios conduzidos pelas elites *criollas* no início do século XIX. O estudo das principais correntes emancipatórias que interagiram durante os conflitos com as metrópoles é capaz de revelar três distintas linhas de pensamento constitucional, que corresponderão a três modelos de organização estatal com matrizes diferentes, quais sejam: a conservadora, a liberal e a radical - também chamada de republicana (GARGARELLA, 2014).

O “elitismo político” é a característica de destaque da corrente conservadora. A afirmação de que as massas populares precisavam ser guiadas por instrutores capazes de fazerem as melhores escolhas políticas está no eixo central do esboço institucional conservador. A lógica da exclusão dos vulneráveis é facilmente introduzida no discurso de proteção da soberania dos Estados recém formados, de modo que o preconceito étnico, social e de gênero assume função importante na justificação da centralização do poder. Se, por despreparo, a maioria da população mostrava-se incapaz de participar dos processos de tomada de decisão, caberia então aos cidadãos “instruídos”, “letrados” e “proprietários” conduzirem a administração dos interesses públicos, de maneira a consolidar a emancipação política recém conquistada.

¹ “A situação de miséria do índio mostra-nos, cabalmente, a ausência de todo Direito, ou seja, a ausência de todo exercício real e eficaz dos direitos humanos básicos ou elementares, a impraticabilidade da justiça e a total ineficácia de nossa normatividade, ou direito objetivo, quanto às suas pretensões de postular direito e fundar relações justas entres os homens” (RANGEL, 2004, p.313).

A corrente liberal indicará a proteção da autonomia individual como pilar de sustentação do Estado, que só deixaria de ser expressão do arbítrio com a institucionalização de um sistema de “freios e contrapesos” suficientemente capaz de evitar abusos. O discurso liberal assume o compromisso com a “neutralidade” do Estado, na proposta de criar barreiras que tornem estanques as esferas privada e pública – de tal sorte que a segunda não tenha interferências na primeira. Além de problemática referente à delimitação do conteúdo desse conceito, noção de “neutralidade” estatal é traduzida pela linguagem liberal latino-americana de direitos – isto é, por meio dela afirma-se que a viabilização efetiva dos projetos individuais de cada cidadão só seria alcançado mediante a inclusão de direitos no texto constitucional. A reivindicação por inclusão de “listas de direitos” nas constituições – que resultará em posterior inchaço da parte dogmática – evidencia que a corrente liberal não se empenhou em propor um modelo original de exercício democrático do poder, limitando-se a afirmar a importância dos “freios e contrapesos”, com a inclusão de controles endógenos – isto é, controles exercidos por instituições representativas do povo, e não pelo povo diretamente (controle exógeno).

Finalmente, importa delinear as premissas da corrente radical (ou republicana). O “radicalismo” tem como traço particular a afirmação do “autogoverno” como elemento imprescindível na organização do Estado, tendo em vista o rompimento com a estrutura colonial. A hipótese defendida pelos defensores do modelo radical é a de que qualquer pretensão de mudança política pressupõe uma necessária alteração no cenário social e econômico. A partir disso, ao levantar a bandeira da “revolução política” simultânea à “revolução social” – com alteração do modelo de desenvolvimento econômico então em implantação pelas elites *criollas*, o discurso republicano vincula o êxito de mudanças políticas à efetivação de transformações profundas no campo social. É justamente nesse aspecto que recairão as principais críticas radicais relativas ao modo de configuração dos Estados latino-americanos recém-independentes: a suposta emancipação política não veio acompanhada de emancipação socioeconômica que respondesse à extrema desigualdade, já que “o governo cortesão da nobreza espanhola foi substituído pelos latifundiários, comerciantes e profissionais nativos” (MARIÁTEGUI, 2012, p.111). A concepção de autogoverno associa-se à necessidade de modificação das formas de exercício do poder, de modo que haja a predominância de mecanismos de democracia direta e a institucionalização de formas coletivas de tomada de decisão, com destaque para as assembleias populares. Em função de seus pilares fundamentais – orientados pela noção

de que todos deveriam ter o direito de participar dos debates políticos travados na esfera pública – a corrente radical será a única aberta para receber (e fazer repercutir) as reivindicações dos povos indígenas originários e das massas populares.

Na primeira metade do século XIX as três correntes de pensamento constitucional apresentadas acima disputaram a seara política sem que uma delas assumisse o domínio efetivo na região latino-americana. A partir da identificação das premissas básicas presentes em cada uma das três visões político-econômicas, é possível afirmar que enquanto “conservadores” e “radicais” priorizaram a reestruturação da parte orgânica da Constituição (isto é, da organização das formas de exercício do poder), “liberais” se dedicaram à maximização das listas de direitos constitucionalmente assegurados (parte dogmática da Constituição). Este fato ajuda a explicar: *i.* o porquê da aliança entre os primeiros ser uma realidade somente em circunstâncias pontuais e esporádicas no contexto político da América Latina; e *ii.* o papel de destaque do modelo liberal na formação dos pactos políticos responsáveis pela conformação da estrutura social desenhada na região.

A movimentação e as reivindicações de caráter popular que repercutiram no continente europeu na década de 1840 tiveram reflexos importantes na América Latina. Com as revoluções democráticas de 1848 ocorridas na Europa, as classes dirigentes latino-americanas percebem a necessidade de bloquear a articulação dos setores sociais mais vulneráveis e o conseqüente fortalecimento de demandas populares. As promessas do movimento revolucionário europeu estavam diretamente relacionadas com as propostas republicanas da corrente radical latino-americana e, embora esta não estivesse em condições de se afirmar como hegemônica perante as demais, é inegável que as notícias chegadas do além-mar favoreceram a propagação dos ideais republicanos de igualdade e de autogoverno. É justamente com a intenção de evitar reformas radicais (profundas) na forma de exercício do poder que as correntes liberal e conservadora firmaram a aliança responsável pela delimitação das principais características do constitucionalismo latino-americano ao longo do século XIX. O pacto liberal-conservador resultou na elaboração de novas constituições relativamente estáveis que conformaram o “constitucionalismo de fusão”. Referidas constituições assumem a pretensão de definir um sistema de freios e contrapesos (proposta liberal) desequilibrado em favor do chefe do executivo (proposta conservadora) e não incluem compromissos sociais em favor de grupos marginalizados (proposta liberal e conservadora). No que diz respeito aos direitos assegurados por estes textos constitucionais, é de se destacar a

preocupação maior em arrolar direitos individuais, com destaque ao direito (individual) de propriedade. Na prática, temos que na parte orgânica dessas constituições prevalece a sistemática conservadora enquanto na parte dogmática prepondera a lógica liberal. No geral esse quadro se mantém inalterado no decorrer do século XIX.

Na virada do século XIX para o XX, a mudança na realidade da estrutura socioeconômica da América Latina forçou uma reforma significativa nos textos constitucionais: era o “constitucionalismo social” ganhando espaço no contexto latino-americano. Nesse sentido, a organização das classes operárias – que avançam no enfrentamento das barreiras conservadoras do elitismo político e iniciam a caminhada em direção ao sufrágio universal – força a incorporação de direitos sociais nos textos constitucionais. Fundamentalmente, as novas constituições elaboradas na primeira metade do século XX traduzem as reivindicações sociais em modificações na parte dogmática – o que resulta no gradual inchaço das listas de direitos, deixando-se a organização do poder de modo quase intocado, de tal forma que a concentração de poder permanece maculando, de uma forma geral, as estruturas políticas dos Estados latino-americanos.

É evidente que as constituições elaboradas no contexto do “constitucionalismo social” apresentam características peculiares e bastante diferentes daquelas resultantes do pacto liberal-conservador de meados do século XIX, formadoras do denominado “constitucionalismo de fusão”. Entretanto, importa destacar que, no que diz respeito à concepção de fonte legítima do direito, em ambas as realidades imperou o monismo jurídico, isto é, a noção da existência de um único sistema jurídico dentro do Estado e uma lei geral para todos os cidadãos. Nesse compasso, as práticas sociais e religiosas das comunidades indígenas originárias foram encaradas como mecanismos primitivos de interação social.

A análise da história latino-americana entre as décadas de 1960 e 1970 revela o caráter semântico das constituições mantidas pelos governos marcadamente autoritários que ocuparam o poder na região. Saliente-se que a realidade sócio-política dessa região nesse período não pode ser compreendida sem a percepção dos reflexos da tensão internacional relacionada com a Guerra Fria. A recorrente quebra da estabilidade institucional por meio de golpes de estado traduz o desprezo das forças sociais dominantes na América Latina pelas conquistas democráticas obtidas pelos processos de reivindicação de direitos. Nesse cenário, com o avanço do discurso de modernização e do projeto de desenvolvimento urbano e econômico, as populações indígenas estiveram

expostas a graves violações de direitos humanos. A alteração desse quadro geral somente ocorrerá na década de 1980 com os progressos obtidos no âmbito da disputa política travada pelos movimentos sociais de resistência aos regimes de exceção.

A partir de década de 1980, com a flexibilização dos focos de tensão articulados durante a Guerra Fria e a efetiva abertura política promovida pelos atores envolvidos nos processos de redemocratização na América Latina, os movimentos sociais encontram um cenário favorável para consolidar e expandir suas reivindicações. Especificamente no que diz respeito às demandas dos povos indígenas e à pressão provocada pelas organizações da sociedade civil (nacionais ou internacionais) engajadas na sua defesa, é possível identificar a gradual problematização e o contundente enfrentamento da concepção absoluta de “soberania” estatal e a consequente afirmação da autodeterminação dos povos indígenas como princípio norteador das reformas constitucionais a serem realizadas nesse período de transição. De um modo geral, verifica-se que o questionamento dos elementos centrais de configuração e de definição dos estados republicanos latino-americanos delineados no século XIX por meio de uma perspectiva descolonizadora e pluralista tem o propósito de delimitar um novo modo de pensar a sociedade, o Estado e o direito.

Nesse sentido, as constituições da Nicarágua (1987) e do Brasil (1988) introduzem no campo dos debates constitucionais a preocupação com o reconhecimento da diversidade cultural que, em última análise, integra a identidade nacional. Enquanto a primeira garante o direito à “manutenção e ao desenvolvimento da identidade e da cultura” das populações indígenas (art. 5º), a segunda reconhece a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e as tradições das comunidades originárias (art. 231). Os referidos textos constitucionais acenam para uma abertura multicultural de horizontes no âmbito das concepções culturais protegidas pelos ordenamentos jurídicos, embora sem o correspondente reflexo na demarcação das autonomias dos povos indígenas. Em 1989, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho retoma a questão da autodeterminação dos povos e estabelece padrões de política pública de combate à discriminação por critérios étnicos, com especial destaque a instrumentos de proteção das tradições culturais, a forma de vida e as instituições das comunidades indígenas. Dentre as marcas desse movimento constitucional, é possível destacar a oficialização dos idiomas indígenas, a educação bilíngue intercultural, o direito sobre as terras, e a

previsão de novas formas de participação desse setor historicamente mantido à margem dos processos de tomada de decisão².

A partir de toda a construção normativa de respeito à diversidade cultural iniciada na última década do século XX, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a declaração sobre direitos dos povos indígenas em 2007 que, no cenário internacional, é o instrumento normativo mais avançado em termos de delimitação de direitos e garantias fundamentais dos povos indígenas. Além dos direitos já reconhecidos pela Convenção 169 da OIT, a declaração sobre direitos dos povos indígenas da ONU afirma o direito à autodeterminação e o direito ao autogoverno dos povos indígenas originários. Como se pode perceber, referida declaração é um marco histórico fundamental do processo de reestruturação do modelo constitucional latino-americano mantido como paradigma hegemônico desde a concretização da aliança liberal-conservadora, em meados do século XIX. Nesse contexto, ganha espaço o movimento jurídico-político que acabaria por se denominar “novo” constitucionalismo latino-americano, com a promulgação de novas constituições no Equador (2008) e na Bolívia (2009). Em ambos os casos, verifica-se a autoafirmação de uma “nação de povos” ou de um “Estado plurinacional”, que implica no rompimento com aspectos formais dogmáticos para representar uma transformação substancial, no sentido de efetivar e instrumentalizar a autonomia indígena.

No que diz respeito às rupturas propostas pelo movimento constitucional denominado pela doutrina como “novo constitucionalismo latino-americano”, destacam-se as inclusões de concepções e princípios tradicionalmente vinculados à cultura indígena, o reconhecimento de direitos individuais e coletivos que radicam sua essência na condição especial de vulnerabilidade dos povos originários e a adoção de uma engenharia constitucional que rompe com a lógica liberal-conservadora de concentração de poder

² É preciso registrar que a adoção da perspectiva multicultural e a conseqüente propulsão da constitucionalização das demandas das populações indígenas nos anos noventa ocorreu paralelamente a outras reformas constitucionais destinadas a facilitar a implementação de políticas de caráter neoliberal no marco da globalização. Como indicam os registros históricos desse período, esse influxo incluiu a contração do papel social do Estado e dos direitos sociais, a flexibilização dos mercados e a abertura às transacionais. Para facilitar a compreensão dessa tensão para a efetivação dos direitos indígenas, tomemos como exemplo o caso peruano. A Constituição peruana de 1993 reconheceu o caráter pluricultural do Estado e afirmou o pluralismo jurídico enquanto valor norteador da interpretação constitucional ao mesmo tempo em que eliminou as garantias de inalienabilidade e imprescritibilidade que possuíam as terras indígenas desde as Constituições de 1920 e 1930. Na prática, essa tensão possibilitou que um grande número de corporações transnacionais se instalassem nos territórios indígenas para realizar atividade extrativas, dando lugar a novas formas de despojo territorial bastante similares às do século XIX (FAJARDO, 2011, p.143).

embasada na perspectiva monista de exclusão de fontes jurídicas alternativas ao direito “estatal” delimitado pela cultura capitalista ocidental³.

O projeto social do fenômeno jurídico-político de ruptura com a configuração monocultural do estado moderno ocorrido na região latino-americana tem reflexos evidentes nas atividades dos constituintes bolivianos responsáveis pela elaboração da constituição de 2009. Já no seu preâmbulo consta o compromisso de superar a perspectiva colonial de exclusão social e política dos grupos étnicos marginalizados pelo modelo liberal-conservador, com o fim de efetivar um aprofundamento democrático radical. A marca de distinção do “novo” constitucionalismo latino americano revelado na experiência boliviana está na assunção da “plurinacionalidade” como pilar de sustentação do “novo” modelo estatal.

O reconhecimento da “plurinacionalidade” implica na articulação de transformações que recoloquem no mesmo patamar hierárquico cosmovisões culturais bastante distintas, de modo que uma não seja subjugada pela outra, e que uma etnia não tenha suas práticas e crenças reduzidas à invisibilidade pela institucionalidade estatal de orientação cultural diversa (dominante). Para a concretização dessa proposta, tornaram-se oficiais os idiomas das comunidades indígenas assentadas em seu território (*aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu’we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré e zamuco*) e foram constitucionalizadas extensas listas de direitos especificamente voltados para a proteção da identidade, da cultura e da cosmovisão dos povos indígenas originários.

2. Tribunal Constitucional Plurinacional e a última palavra sobre a “interpretação constitucional”: quem deve ser o guardião da Constituição?

³ “Los debates sobre el contenido de las autonomías indígenas en América Latina ofrecen una ventana para descolonizar el análisis del derecho. Nos obligan a entender y analizar las categorías, normas, prácticas, autoridades y lógicas culturales de los sistemas de derecho de los pueblos indígenas. Es un desafío claro al centralismo y el formalismo que tradicionalmente han dominado el campo del análisis sociojurídico. La existencia de Estados plurinacionales presupone que dentro del mismo Estado coexistan distintas formas de entender el derecho. El reto político actual es como construir esse Estado de derecho plurinacional. Es decir, una cosa son los avances normativos em el orden constitucional, pero avanzar hacia la construcción de sistemas legales donde el derecho indígena tenga igual valor que el derecho historicamente dominantes es un reto ainda más grande” (SIEDER, 2012, p.315).

A preocupação em refundar as molduras institucionais bolivianas carrega em si o potencial de revelar o ponto de inflexão mais desafiador nesse processo de construção do constitucionalismo emancipador do século XXI: a efetivação das suas promessas pressupõe o rompimento definitivo com a cultura institucional monolítica e homogeneizante forjada nos Estados latino-americanos há mais de dois séculos. A partir do reconhecimento dessa premissa, o presente trabalho se propõe a problematizar a engenharia constitucional boliviana de 2009, especificamente em relação ao órgão máximo na estrutura do Poder Judiciário, responsável pela “guarda” do novo texto constitucional. A opção por tomar como objeto referido órgão jurisdicional justifica-se na medida em que o modo de exercício da interpretação constitucional nesse contexto de ruptura com a perspectiva do monismo jurídico pode representar verdadeiro bloqueio às mudanças pretendidas pelos constituintes de 2009.

O ponto de partida adotado pela presente abordagem em relação aos desafios da democratização da jurisdição constitucional foi o debate travado entre dois grandes pensadores que influenciaram de modo direto o campo jurídico no século XX, quais sejam, Carl Schmitt e Hans Kelsen. A diferença de perspectiva de ambos no momento de enfrentar a polêmica sobre quem deve ser o guardião da Constituição é reflexo da própria distância conceitual no âmbito da delimitação do termo “constituição”. Para o presente trabalho é fundamental a compreensão de aspectos nucleares de cada um desses dois modelos – que carregam em si um vício comum: vinculam a guarda da constituição como atribuição de um “poder instituído”, sem qualquer espaço de ingerência direta por parte do “poder constituinte”.

A premissa que sustenta a perspectiva de Carl Schmitt é a de que por se tratar de uma atividade política, a guarda da Constituição deveria ficar a cargo do “poder neutro”, isto é, da autoridade que representa uma neutralidade dentro do Estado – especificamente no contexto de Schmitt, essa autoridade seria o chefe do *Reich*. A neutralidade do chefe do poder executivo se refletiria na atuação orientada no sentido de contrabalancear o pluralismo dos grupos sociais e econômicos de determinada sociedade, ou seja, é a pretensão de um agir com vistas a preservar a unidade (a totalidade)⁴. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade (a guarda da Constituição) figuraria como atividade

⁴ Nesse ponto em particular é importante enfatizar a compreensão de Schmitt do termo “constituição” enquanto “constitución del Estado, es decir, de la unidad política de un pueblo. Em esta delimitación puede designarse al Estado mismo, al Estado particular y concreto como unidad política, o bien, considerado como una forma especial y concreta de la existencia política; entonces, significa la situación total de la unidad y ordenación políticas” (SCHMITT, 1982, p.29).

política e não jurisdicional, razão pela qual tal atribuição deveria restar ao alcance exclusivo do ator institucional com competência para decidir sobre as questões políticas fundamentais daquela sociedade: o soberano, o representante da totalidade, o chefe do *Reich*.

Em contrapartida, Kelsen constrói uma concepção idealizada de controle constitucional fundamentada na atividade jurisdicional. Nesse diapasão, a guarda da Constituição deveria ficar aos cuidados de um órgão jurisdicional independente do Parlamento e do governo. Como se pode perceber a concepção de neutralidade kelseniana – pressuposto importante para justificar a legitimidade da sua atuação – está vinculada à menor suscetibilidade do Tribunal Constitucional às pressões políticas do cotidiano. Importa destacar que Kelsen não nega o caráter político da jurisdição⁵, sobretudo tendo em vista que o pronunciamento jurisdicional em sede de controle de constitucionalidade cria direitos, ou seja, o Tribunal Constitucional funcionaria como uma espécie de “legislador negativo”.

A perspectiva kelseniana prevaleceu nos desenhos constitucionais elaborados a partir do século XIX – e na América Latina não foi diferente. A tradição centralizadora difundida pelos adeptos do pacto liberal-conservador combinava com o modelo kelseniano de verticalização e isolamento dos órgãos de cúpula do judiciário, sobretudo porque inacessíveis ao controle popular, tais órgãos jurisdicionais representavam instâncias de afinação do discurso monista hegemônico⁶. A avaliação do texto constitucional boliviano de 2009 revela que a adoção a uma perspectiva transformadora

⁵ “O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a ‘verdadeira’ jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter ‘político’ que possui – ainda que em menor medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa” (KELSEN, 2013, p.251).

⁶ “Como tanto nossos políticos quanto nossos ditadores sempre controlaram as cúpulas dos judiciários, jamais sentiram a necessidade de horizontalizar nem de distribuir organicamente o poder dessas cúpulas, diferentemente do que experimentaram os operadores políticos europeus no último pós-guerra. Ao contrário, acentuou-se a tendência de aumentar e centralizar ainda mais o poder das cúpulas, quer dizer, de verticalizar mais a estrutura judiciária para melhor controlá-la. Nossos operadores políticos de todos os tempos perceberam, claramente, que para submeter mais eficazmente os cidadãos o melhor procedimento de domesticação consistia em fortalecer seu corporativismo verticalizante e hierarquizado, assegurando ao mesmo tempo o domínio da cúpula da corporação. A lógica de nossos executivos foi pelo caminho mais simples: é mais simples controlar um pequeno corpo de amigos que mandam sobre os demais do que controlar diretamente todo um poder judiciário, isto é, juízes de todas as instâncias” (ZAFFARONI, 1995, p.119-120).

sob o viés do pluralismo jurídico não importou em modificações substanciais em termos de “guarda da Constituição”. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Plurinacional foi criado para desempenhar a função de controle de constitucionalidade, isto é, prezar pela soberania da Constituição de 2009. O risco assumido por engenharias constitucionais como esta é o de resultarem distorcidas as conquistas políticas alcançadas durante o processo constituinte, na medida em que a dissociação entre “vontade da Constituição” e “interpretação da Constituição” pode impor à realidade um caminho diametralmente oposto aquele planejado na articulação da Constituição emancipadora.

Registre-se que o presente trabalho não ignora os avanços promovidos pela Constituição de 2009 em termos de ruptura com a perspectiva monista – inclusive em sede de organização do órgão responsável por promover o controle de constitucionalidade. O fato de o Tribunal Constitucional Plurinacional ser composto por magistrados eleitos a partir de critérios de plurinacionalidade e com representação de autoridades de comunidades indígenas revela o grau de comprometimento com a pretensão emancipadora de afirmação do pluralismo jurídico enquanto princípio de composição social; o que não é pouco diante da constância do “discurso de ameaças”⁷ do pensamento liberal-conservador. Entretanto, é forçoso reconhecer a continuidade de um modelo institucional de interpretação constitucional que não privilegia o debate público a respeito da questão política que sustenta o conflito, delegando a um corpo jurisdicional – que pode ouvir a população envolvida, mas não se vincula aos seus pronunciamentos – o poder de – em última instância – dizer qual o sentido da Constituição.

Para evidenciar o ponto de tensão que tal continuidade provoca, tomemos como exemplo a questão envolvendo o reconhecimento da legitimidade da jurisdição indígena enquanto mecanismo de composição de conflitos no núcleo das comunidades indígenas na Bolívia. A Constituição de 2009 é inovadora ao afirmar que as nações e povos indígenas exercerão função jurisdicional através de suas autoridades e aplicarão seus princípios, valores culturais, normas e procedimentos próprios. Tal decisão política está intimamente conectada com a afirmação da plurinacionalidade, do pluralismo jurídico e da interculturalidade enquanto pilares de sustentação do novo Estado Plurinacional Comunitário. Contudo, cabe perguntar: diante de uma decisão tomada por autoridades indígenas em conformidade com suas respectivas interpretações do direito próprio

⁷ “La ideología liberal del Estado moderno como entidad unitaria y monolítica, tanto en el plano cultural como en el institucional, sigue siendo muy fuerte. En América Latina, el argumento más utilizado en contra del proyecto plurinacional es que la plurinacionalidad pone en peligro la unidad y la cohesión sociales, ya de por sí frágiles en países que surgieron de la dominación colonial” (SANTOS, 2012, p.23).

respaldado em cosmovisões diferentes daquela dominante no mundo capitalista ocidental, quem deve fazer o controle de constitucionalidade de tal decisão? Pela engenharia constitucional em vigor, o Tribunal Constitucional Plurinacional.

Partindo para a análise de um caso em concreto, aponta como extremamente curiosa a decisão (sentença n. 1422/2012) tomada pelo Tribunal Constitucional Plurinacional na ocasião do julgamento da Ação de Liberdade interposta por Balvino Huanca Alavi e Viviana Gonzáles Conde contra Juan José Cruz Pérez e Apolinar Cayo, dirigentes da Junta Vecinal de Poroma (província Oropeza do departamento de Chuquisaca).

O Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade da decisão proferida pelas autoridades indígenas da comunidade de Poroma, que expulsaram um indígena e toda a sua família da circunscrição territorial sob a jurisdição dessa comunidade étnica específica. No processo constou que o indígena condenado e alguns outros integrantes de sua família apresentavam histórico de roubos praticados no núcleo comunitário, razão pela qual se adotou medida mais gravosa na oportunidade da punição do ato criminoso. Perícia de natureza cultural-antropológica realizada por órgão especializado da Corte apontou que a comunidade indígena de Poroma, a partir de sua cosmovisão, tem o costume de aplicar a pena de expulsão (dentre outras, como sanções econômicas, trabalhos comunitários, ressarcimento e reparação da vítima e destituição do cargo) para atos de transgressão que impliquem o desequilíbrio comunitário. Ao conhecer a ação de liberdade ajuizada por integrantes da família expulsa do núcleo comunitário pela jurisdição indígena, o Tribunal Plurinacional firmou entendimento a respeito dos limites intransponíveis que subordinam o exercício legítimo da justiça ancestral indígena.

A premissa estabelecida pela Suprema Corte boliviana foi a da inafastabilidade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos que, delineados pela interpretação intercultural, devem servir como limite objetivo ao exercício da jurisdição indígena. Nesse compasso, afirmou-se que os direitos fundamentais vigentes para os integrantes das comunidades indígenas originárias não poderia seguir as mesmas técnicas interpretativas nem poderiam apresentar os mesmos elementos próprios do núcleo de direitos fundamentais característico em contextos diferentes daquele objeto da jurisdição indígena, razão pela qual deveria emergir um novo paradigma de interpretação dos direitos fundamentais: o “paradigma do *vivir bien*” (BOLÍVIA, 2012, p.14). Tal paradigma apresenta quatro testes a serem realizados pelo intérprete, que podem ser

resumidos em quatro perguntas, para indicar a constitucionalidade da decisão proferida em sede de jurisdição indígena: a relação entre fins e meios utilizada pela autoridade indígena materializa “valores plurais supremos” como a igualdade, a solidariedade e a harmonia? A decisão proferida pela autoridade indígena está em conformidade com a cosmovisão da comunidade? A decisão construída respeitou os rituais e os procedimentos tradicionais tidos como referência pela cosmovisão da comunidade? E, finalmente, o critério de proporcionalidade foi utilizado para definição da gravidade e indispensabilidade da pena aplicada?

A promessa que acompanhou a elaboração do novo paradigma interpretativo foi a de garantir a proteção de direitos fundamentais em contextos interculturais por meio de um controle plural de constitucionalidade. No caso concreto, o Tribunal Constitucional Plurinacional concluiu que a decisão indígena questionada não utilizou como parâmetro a relação entre fins e meios substancialmente solidária (teste 1), não estava de acordo com os pressupostos da cosmovisão da comunidade (teste 2), não respeitava os rituais e os procedimentos determinados pela cosmovisão da comunidade indígena em tela (teste 3) e impôs sanção desproporcional (teste 4), razão pela qual reconheceu a sua inconstitucionalidade. Ao final, portanto, a Suprema Corte concedeu a tutela solicitada no sentido de suspender os efeitos da decisão proferida pelas autoridades indígenas da comunidade de Poroma.

É preciso registrar a ausência da participação de autoridades indígenas na articulação e organização do paradigma do *vivir bien*. Em que pese estar expressamente delimitado que em sua atividade interpretativa o Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como critério preferencial de interpretação a vontade do constituinte (artigo 196 do texto constitucional) – referido órgão jurisdicional impôs uma perspectiva axiológica sobre outra, na medida em que exigiu a realização de determinados valores interpretados desde uma lógica específica, sem permitir um diálogo intercultural – em evidente afronte aos princípios da plurinacionalidade e do pluralismo jurídico.

Considerações finais

A análise do projeto plurinacional proposto pela constituição da Bolívia no marco do novo constitucionalismo latino-americano aponta para transformações importantes na forma de organização e de exercício do poder. É evidente que o compromisso com a

diversidade cultural assumido pelo Estado Plurinacional traz uma série de desafios nos mais variados âmbitos. O presente trabalho enfatizou aquele que considera um dos mais complexos: a resistência demonstrada pela estrutura institucional do estado em concretizar os postulados do novo constitucionalismo latino-americano, tendo em vista a marca colonialista encontrada nas raízes históricas do seu funcionamento.

As questões envolvendo a democratização do exercício da jurisdição constitucional retornam ao centro do debate, na medida em que o afastamento de setores sociais (de culturas historicamente marginalizadas, como os indígenas) do processo de interpretação constitucional reduz drasticamente a probabilidade de concretização dos valores proclamados pelos estados plurinacionais. O projeto emancipador do novo constitucionalismo latino-americano não tem chances reais de consolidar enquanto o “poder constituinte” (povo) continuar sendo substituído – dentro da organização institucional do exercício do poder político – pelo “poder constituído” (instâncias de representação).

Referências bibliográficas

BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/2012. Relatora: Dra Lúcia Velásquez Castaños. Julgado em 24/09/2012 Disponível em: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/>. Acesso em 20 jun.2016.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). El derecho em América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. 1.ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.p.139-160.

GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. 3.ed. Tradução de SérgioSérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MARIÁTEGUI, José Carlos. O problema indígena na América Latina (1929). In: LOWY, Michael (org). O marxismo na América Latina: uma antologia de 1909 aos dias atuais. 3. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2012. p.110-114.

RANGEL, Jesus Antonio de La Torre. Pluralismo jurídico enquanto fundamentação para a autonomia indígena. In: WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p.311-326.

RUIZ, Rafael. Francisco de Vitoria e os direitos dos índios americanos: a evolução da legislação indígena espanhola no século XVI. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Souza; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni (orgs). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad em Bolivia. La Paz: Fundación Rosa Luxemburgo/ Ediciones Abya-Yala, 2012. p.11-48

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editoria, 1982.

SIEDER, Rachel. Pueblos indígenas y derecho(s) em América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). El derecho em América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. 1.ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.p.303-322.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder judiciário: crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.