

SOCIOLOGIA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

DEBATES E DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

**GUSTAVO MENON
MAURÍCIO PALMA
DOUGLAS ZAIDAN
(ORGS.)**

EDIÇÕES EACH

SOCIOLOGIA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

DEBATES E DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

Gustavo Menon
Maurício Palma
Douglas Zaidan

[Organizadores]



São Paulo
Edições EACH
2022

DOI: 10.11606/9786588503386



Esta obra é de acesso aberto. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e autoria e respeitando a Licença Creative Commons indicada

2022 – Escola de Artes, Ciências e Humanidades/USP
Rua Arlindo Bettio, 1000 – Vila Guaraciaba
Ermelino Matarazzo, São Paulo (SP), Brasil
03828-000

“As opiniões expressas nos textos que constituem esta obra são de inteira e exclusiva responsabilidade de seus respectivos autores, não necessariamente refletindo as opiniões dos organizadores da obra, de Edições EACH ou do Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (PROLAM-USP)”.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
Reitor Prof. Dr. Carlos Gilberto Carlotti Junior
Vice-Reitor Profa. Dra. Maria Arminda do Nascimento Arruda

ESCOLA DE ARTES, CIÊNCIAS E HUMANIDADES
Diretor Prof. Dr. Ricardo Ricci Uvinha
Vice-Diretor Profa. Dra. Fabiana de Sant’Anna Evangelista

Conselho Editorial das Edições EACH

Profa. Dra. Isabel C. Italiano (Presidente - EACH/USP – Brasil)
Prof. Dr. Jefferson A. Mello (Vice-Presidente - EACH/USP – Brasil)
Profa. Dra. Ana Paula Fracalanza (EACH/USP – Brasil)
Analúcia dos Santos V. Recine (EACH/USP – Brasil)
Profa. Dra. Anna Karenina A. Martins (EACH/USP – Brasil)
Profa. Dra. Clara Vasconcelos (Universidade do Porto – Portugal)
Prof. Dr. Daniel Hoffman (Rutgers University - EUA)
Profa. Dra. Flávia Mori Sarti (EACH/USP – Brasil)
Maria Fátima dos Santos (EACH/USP – Brasil)
Prof. Dr. Michel Riaudel (Sorbonne Université – França)
Profa. Dra. Rosely A. Liguori Imbernon (EACH/USP – Brasil)
Profa. Dra. Verónica Marcela Guridi (EACH/USP – Brasil)

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO-NA-PUBLICAÇÃO
Universidade de São Paulo. Escola de Artes, Ciências e Humanidades. Biblioteca.
Maria Fátima dos Santos (CRB-8/6818)

Sociologia do novo constitucionalismo latino-americano: debates e desafios contemporâneos / [Organizadores], Gustavo Menon, Maurício Palma, Douglas Zaidan. – São Paulo : Edições EACH, 2022.
1 ebook

ISBN 978-65-88503-38-6 (recurso eletrônico)
DOI 10.11606/9786588503386

1. Movimentos sociais – América Latina. 2. Direitos e garantias individuais – América Latina. 3. Direito constitucional – América Latina. 4. Estado de direito – América Latina. I. Menon, Gustavo, org. II. Resende, Maurício Palma, org. III. Carvalho, Alexandre Douglas Zaidan de, org. IV. Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina.

CDD 22. ed. – 303.484098

Como citar esta publicação no todo, segundo ABNT NBR 6023: 2018:

MENON, G.; RESENDE, M. P.; CARVALHO, A. D. Z. (org.). **Sociologia do novo constitucionalismo latino-americano: debates e desafios contemporâneos**. São Paulo: Edições EACH, 2022. 1 ebook. DOI 10.11606/9786588503386.

Como citar o capítulo desta publicação, segundo ABNT NBR 6023: 2018:

SOBRENOME, Iniciais do(s) pré-nome(s); SOBRENOME, Iniciais do(s) pré-nome(s); SOBRENOME, Iniciais do(s) pré-nome(s). Título do capítulo. *In* MENON, G.; RESENDE, M. P.; CARVALHO, A. D. Z. (org.). **Sociologia do novo constitucionalismo latino-americano: debates e desafios contemporâneos**. São Paulo: Edições EACH, 2022. 1 ebook.. p. xx-yy. DOI 10.11606/9786588503386.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	6
Gustavo Menon (USP e UCB), Maurício Palma (FGV) e Douglas Zaidan (UCSal)	
O CONSTITUCIONALISMO ACHADO NA RUA A PARTIR DA AMÉRICA LATINA: ELEMENTOS INICIAIS	15
Gladstone Leonel da Silva Junior (UFF) e José Geraldo de Sousa Júnior (UnB)	
A EMERGÊNCIA DE UM (NÃO TÃO) NOVO DIREITO: A IMPORTÂNCIA DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS FRENTE ÀS MINORIAS	30
Priscila Caneparo dos Anjos (UCB / AMBRA)	
REFORMAS PROCESSUAIS PENAIS LATINO-AMERICANAS: A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO INSTRUMENTO DA PARIDADE DE ARMAS E A NECESSÁRIA MODIFICAÇÃO DA MENTALIDADE INQUISITÓRIA	53
Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro (UCSal / UERJ)	
A SOBERANIA POPULAR NA CONSTITUIÇÃO BOLIVARIANA DA VENEZUELA	72
Jair Pinheiro (UNESP)	
CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR Y EL SOMETIMIENTO DE LA DEMOCRACIA	90
Diego Núñez Santamaría e Alex Valle Franco (Altos Estudios Nacionales del Ecuador)	
OS DIREITOS DA NATUREZA NA ATUAL CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA: O <i>BUEN VIVIR</i> E SUAS CONTRADIÇÕES	104
Gustavo Menon (USP e UCB)	
RAZÕES CONTEXTUAIS PARA COMPREENDER O PROCESSO CONSTITUINTE CHILENO (2021 – 2022) E SUA INTERFACE COM O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	121
Paloma Gerzeli Pitre (PROLAM-USP)	
REABRIENDO LAS GRANDES ALAMEDAS: EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO EN PERSPECTIVA	132
Carlos Federico Domínguez Avila (UnB) e Hugo Cárdenas Vera (Corporación Educacional Bernardo Leighton Guzman)	
CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO ESTADO PLURINACIONAL BOLIVIANO: ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO DECOLONIAL DE CULTURA	153
Henry Durante Machado (PROLAM-USP)	
AINDA HÁ JUÍZES EM SAN SALVADOR? A DESTITUIÇÃO DA SUPREMA CORTE SALVADORENHA E O ATAQUE À CONSTITUIÇÃO NA GESTÃO BUKELE	172
Douglas Zaidan (UCSal) e Maurício Palma (FGV)	
THE HIGHEST CASTE ON THE DEFENDANT'S SEAT: COMPARATIVE INSTITUTIONAL ANALYSIS OF JURISDICTIONAL PRIVILEGES IN LATIN AMERICAN COUNTRIES	193
Tassiana Moura de Oliveira (University at Albany), José Mário Wanderley Gomes (UFPE) e Ana Tereza Duarte Lima de Barros (UFPE)	
A FORÇA DO DIREITO: AS LUTAS SOCIAIS DE ONTEM E HOJE	215
Isabel dos Anjos Leandro (PUC-MG)	
INTERPRETAÇÃO DESCOLONIAL DO DIREITO BRASILEIRO: DOS PARADIGMAS EXEGÉTICOS TRADICIONAIS EUROCÊNTRICOS AO MOVIMENTO DESCOLONIAL	237
Guilherme Roman Borges (UCB)	
SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES	288
SOBRE OS ORGANIZADORES	292
ÍNDICE REMISSIVO	295



APRESENTAÇÃO

GUSTAVO MENON

MAURÍCIO PALMA

DOUGLAS ZAIDAN

(ORGS.)

APRESENTAÇÃO

A partir das décadas de 1980 e 1990, com os movimentos de redemocratização, o constitucionalismo latino-americano observou a promulgação de constituições em diferentes países em que novas demandas se expressaram para a afirmação do princípio da dignidade humana e a materialização de direitos fundamentais, afastando-se de experiências ditatoriais. Por outro lado, as formações do mais recente constitucionalismo latino-americano merecem uma análise sociologicamente distinta. Com efeito, elas parecem ser fruto de um processo de engajamento da sociedade civil e da articulação de diferentes classes sociais, havendo a proposição de novas categorias de direitos constitucionais e de tentativa de se romper com dinâmicas imperialistas. Ao lado disso, em determinados Estados da região, crescem forças conservadoras políticas e jurídicas de oposição aos novos horizontes oriundos de constituições e organizações de movimentos sociais.

Nesse diapasão, influenciadas por categorias europeias, as constituições latino-americanas surgidas a partir dos anos 1980 podem ser compreendidas como expressões do processo de redemocratização, disputas e rearranjos entre as frações de classes dominantes e reproduziram, em grande medida, “compromissos institucionais e respostas jurídicas forjadas a partir de problemas formatados pelo discurso jurídico europeu, reeditando na América Latina uma ideologia constitucional que apresenta dificuldades quanto à realização de suas promessas”¹ (Barbosa & Teixeira, 2017, p. 1125). Exemplos são os constitucionalismos brasileiro de 1988, o guatemalteco de 1985 e o argentino, nos termos de sua reforma constitucional de 1994.

Com a ascensão de governos de esquerda na América do Sul, diante do contexto da virada do milênio, novas cartas constitucionais foram promulgadas a partir de processos com notória participação popular. As atuais constituições da Venezuela (1999), Equador (2008), Bolívia (2009) e, mais recentemente, de Cuba (2019), buscam apresentar perspectivas inéditas para o constitucionalismo da região, objetivando romper com o legado e a herança do constitucionalismo europeu. Impulsionadas por demandas populares, as novas constituições e os debates constituintes levam em consideração elementos de multiculturalidade, plurinacionalidade e, ao mesmo tempo, tentam superar as dinâmicas entre países ricos e pobres

¹ BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. **Revista Direito e Práxis [online]**. 2017, v. 8, n. 2 [acessado: 01 de fevereiro de 2022], pp. 1113-1142. Disponível em: <<https://doi.org/10.12957/dep.2017.23083>>.



de nosso tempo. No Chile e no Peru, respeitando-se as particularidades de cada país, amplos setores de esquerda defendem uma nova formação constitucional que consiga romper com as teses neoliberais, uma vez que as atuais constituições foram celebradas em um contexto de forte violência política e social e que, sobretudo, inviabilizam a formulação de políticas públicas mais amplas. A proposta constituinte chilena, a qual até mesmo reconheceria o Chile como nação plurinacional e assentaria direitos constitucionais de inéditas dimensões, em termos mundiais, foi rejeitada no referendo de 04 de setembro de 2022, sendo que as consequências de tal evento ainda devem ser debatidas.

Pode-se aduzir que a experiência constitucional latino-americana mais recente, ainda, observa um cenário de cruzamento de crises, em que os efeitos da pandemia de COVID-19 acentuaram as contradições socioeconômicas dos países do sul global. Políticas de austeridade, violações de direitos humanos e a emergência de novos atores, redes e organizações, pautando os direitos civis, políticos e sociais, emergem como fenômenos transversais para se pensar os limites, dilemas e contradições que são apresentados no horizonte do novo constitucionalismo.

Assim, Estados nacionais e instituições constitucionais lidam corriqueiramente com pressões oriundas de entidades empresariais, elites políticas locais, outros Estados, atores e redes transnacionais de movimentos sociais, cada qual com suas demandas, que podem incluir o desmoronamento dos edifícios constitucionais ou a ampliação da participação política e da democracia.

Tendo esse complexo contexto como pano de fundo, este livro articula investigações sociológicas que tenham como ponto fulcral a análise da democracia e do constitucionalismo na região, a fim de realçar elementos de especificidades, contradições, divergências e convergências, bilaterais ou multilaterais, para se pensar as singulares experiências do constitucionalismo na América Latina. Passemos, assim, a explorar brevemente as treze contribuições desta obra, a fim de aguçar o interesse da leitora ou do leitor.

Leonael da Silva Júnior e Sousa Júnior iniciam o livro trazendo uma reflexão sobre o constitucionalismo latino-americano à luz da corrente do Direito Achado na Rua, um “Constitucionalismo Achado na Rua”, como propõem. Realizam tal tarefa por meio de uma ampla reconstrução teórica, sociológica e histórica, iniciando com uma revisão da própria noção de Direito Achado na Rua, esta entendida como espaço de criatividade democrática, jurídica e política. O Constitucionalismo Achado na Rua parte da tensão entre democracia e constituição e alça a pluralidade de sujeitos ao patamar de poder constituinte. O novo constitucionalismo latino-americano, enquanto popular, é colocado ao lado de experiências revolucionárias



históricas, como a Constituição de 1976 que se seguiu à Revolução dos Cravos. Para os autores, deve a constituição prover sentido político ao direito, garantindo legitimidade a sujeitos subalternos inseridos na luta de classes, num processo de construção e modificação social do direito posto, o que poderia culminar, inclusive, em uma “constituente achada na rua”. De qualquer maneira, o constitucionalismo latino-americano deve decolonizar-se, garantindo espaço constitucional a movimentos ligados a lutas políticas populares. Passam os autores, a partir do texto de Fajardo (2015), a analisar experiências do constitucionalismo latino-americano desde a década de 1980, concordando que o mais recente movimento na região formou atores constituintes concretos vindo debaixo, especialmente se analisadas as constituições equatoriana, boliviana e venezuelana. O caso brasileiro passa a ser focado. Neste, a constituição encontrar-se-ia aberta a certos sujeitos populares, devendo a luta social ser reconhecida, academicamente, como a constituir a soberania popular: “O constitucionalismo Achado na Rua vem aliar-se à Teoria Constitucional que percorre o caminho do retorno à sua função social em um primeiro momento, para quem sabe constituir força para extravasá-la”. Para os autores, após o “soluço” de 2016 a 2019, o Brasil deveria retomar os rumos do constitucionalismo achado na rua, e o constitucionalismo latino-americano estar “a serviço” da população subalterna.

O segundo capítulo de Caneparo dos Anjos aborda graves violações de direitos humanos direcionadas às minorias. Segundo a autora, eventos do século XX propulsionaram a formação de um aparato internacional de proteção às minorias e incentivo à proteção da autodeterminação dos povos, discutindo o aparente conflito entre autodeterminação e o direito dos Estados, concebendo tal princípio como sendo dos povos, i.e., não estatal, exemplar na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. A autodeterminação é apresentada como substrato concretizador dos direitos humanos. O artigo, para tanto, expõe o surgimento do direito dos povos, trazendo à baila o Pluralismo de Rawls. A autodeterminação é apresentada como princípio jurídico de direito internacional Público desde quando agasalhado pela Liga das Nações, tendo sido realçado a partir da Carta da ONU e de importantes Resoluções de sua Assembleia. A autodeterminação dos povos, nessa esteira, é apresentada como parte da luta anticolonialista e até mesmo como parte do jus cogens. Trabalha a espinhosa noção de minoria, discutindo como o termo foi tratado por acadêmicos como Toscano e Wagley e Harris, bem como por diferentes tratados internacionais, incluindo o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, está sendo entendida como *soft law*.



Na sequência, Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro realiza um trabalho de sociologia constitucional ao abordar as mudanças político-sociais da América Latina e seus reflexos em reformas no campo do Direito Processual Penal, propondo “um direito “da” e “para” a América Latina”. Reflete, nesse diapasão, de maneira crítica, sobre categorias jurídicas importadas de países ricos e defende, com Choukr, uma “refundação” do sistema. Ao tratar sobre a investigação defensiva enquanto conexa às dinâmicas latino-americanas, a estratégia da autora mostra-se decolonial, pois, aborda particularidades regionais, como a exploração dos povos originários e de suas terras, a pobreza extrema, movimentos imperialistas e capitalistas, bem como movimentos de redemocratização e, por outro lado, vozes autoritárias. Apresenta, por fim, relações específicas entre a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, a Constituição Federal brasileira e o Supremo Tribunal Federal acerca da figura da investigação defensiva, aduzindo não bastar mudanças legislativas desacompanhadas de mudanças de “mentalidade”, o que, no caso brasileiro, pode-se provar pela suspensão, pelo STF, da vigência de mecanismos normativos ligados a um sistema penal acusatório já existentes em lei regularmente aprovada e sancionada nas competentes searas do processo legislativo.

Pinheiro, ao seu turno, no quarto capítulo, reflete amplamente sobre a formação do chavismo e do constitucionalismo venezuelano, focando seu texto na explicação da noção de democracia protagónica e fazendo considerações sobre tal experiência. Anota ser a promulgação da constituição venezuelana bolivariana um produto típico do chavismo, marcado pela ascensão popular contra políticas neoliberais. Observa que a América do Sul experimentou diferentes respostas a tais políticas, tendo Bolívia, Equador e Venezuela promulgado novas Constituições à época. Mais especificamente, a constituição venezuelana teria como linha a ideia da democracia participativa protagónica, a qual estaria entre os tipos democráticos representativo e participativo, com prevalência, para o autor, desse último tipo. Para tanto, expõe a forma do Estado comunal, apresentando inclusive uma ilustração para explanar a descentralidade da participação, no qual o Poder Público e o Poder Popular devem seguir o princípio da corresponsabilidade. Apresenta o processo e a constituição venezuelana como uma tentativa de transição ao socialismo. Na conclusão, o autor aponta déficits da democracia protagónica, como problemas jurídicos que impedem o desenvolvimento dos conselhos comunais, exemplificados em prevalências institucionais do Poder Público no financiamento dos conselhos comunais. Finaliza seu texto equiparando a experiência venezuelana com outros clássicos episódios históricos de modificação da soberania popular por classes populares, como



a Revolução Francesa de 1789 e a Revolução Russa de 1917, vislumbrando-a, portanto, como um marco no desenvolvimento constitucional mundial no que tange a participação popular.

O texto de Ñunez Santamaria e Valle Franco narra trajetórias da relação entre Executivo e Corte Constitucional no Equador. Apontam que o Estado conta com vinte textos constitucionais em sua história, mas que nem todos previram o controle concentrado de constitucionalidade, sendo que apenas nos de 1998 e 2008 haveria a possibilidade de expulsão de normas do ordenamento jurídico por parte do Judiciário. A questão central do artigo diz respeito ao grau de impacto do aumento das faculdades do Judiciário por meio do instituto do controle concentrado para a democracia equatoriana, tendo, como pano de fundo, movimentações do Executivo. Para tanto, o trabalho realiza revisão da literatura sobre a tensão existente na relação entre democracia e constitucionalismo, trazendo abordagens clássicas como as de Kelsen e Ferrajoli, bem como a noção de “*Abusive Judicial Review*” de Landau. Tem-se que, abstratamente, o ativismo judiciário poderia ou não ser deletério à democracia, devendo-se observar casos concretos. Num segundo momento, os autores analisam o impacto ao legislativo do arcabouço normativo do controle de constitucionalidade, demonstrando como era delicada a questão do controle difuso no texto constitucional de 1998, e expondo as dinâmicas do sistema atual, um híbrido de controle difuso e concentrado, a partir de leis como a *Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, a qual parece guardar a prevalência do que foi legislado, atentando os autores para possíveis autoritarismos por parte dos juízes da Corte Constitucional do país advindos do desenho normativo.

Ainda no Equador, Gustavo Menon trata dos direitos da natureza na atual Constituição de Montecristi, enfocando atores sociais conectados à causa e a importância na ressignificação da relação ser humano e natureza. Traça, para tanto, caminhos da academia, de movimentos sociais e a atuação do sistema ONU na elaboração de tratados internacionais sobre o tema. Em particular, aborda como foi versada a questão dos direitos da natureza na tradição liberal anglo-saxã, com referências a clássicos como Locke, Montesquieu e Tocqueville, Bentham e Thoreau. Menon, em contrapartida, aduz que o princípio do *Buen Vivir*, consagrado na constituição equatoriana, representaria a recuperação de uma cosmovisão ancestral, advinda do sul global, capaz de ressignificar a relação humana com a natureza, contra o eurocentrismo moderno e os legados do neoliberalismo na região. Os movimentos indígenas, com efeito, colocariam o ser humano como parte do ambiente natural, não sendo a natureza uma coisa externa; toda a natureza, portanto não reificada, seria vista como um ser vivo que se entrelaça com a socialização humana, voltando a ser compreendida como “mãe” da humanidade. “Plenitude”



(sumak) e “viver” (kawsay), de origem indígena, representaria a relação harmoniosa a ser vivida. Especificamente sobre a Constituição equatoriana de 2008, sustenta ter sido plasmada com ampla participação de movimentos sociais, possuindo mecanismos constitucionais que representaram a cosmovisão indígena. O movimento constitucional equatoriano é apresentado como não eurocêntrico, uma vez que agasalha manifestações culturais indígenas, reconhece línguas indígenas como oficiais, confere participação popular e, nos termos dos artigos 71 a 74, há reconhecimento da natureza como sujeito de direitos. O autor coloca do debate sobre se, enquanto sujeito de direitos, haveria deveres para a natureza, mas entende que esta os cumpre, devendo haver curatela estatal para sua preservação, nos termos dos artigos 395 e 400 da Constituição. No desfecho do texto, Menon apresenta a grande contradição equatoriana, isto é, as tensões entre normas e fato: ainda que o Estado reconheça a natureza como sujeito de direitos e preveja mecanismos constitucionais e institucionais, há a dependência profunda do país dos recursos oriundos da exploração de petróleo, sendo que mecanismos legais, já em 2013, garantiam inclusive a exploração de petróleo em regiões de povos indígenas, como ocorreu no caso do Parque Yasuní. Os dilemas do Equador, em um cenário de dupla dependência (petróleo e dólar), assim, são apresentados diante de um flagrante descompasso entre o regime do *buen vivir* e as políticas econômicas equatorianas, intimamente acopladas na lógica da exploração e exportação de produtos primários.

A história do caso chileno é analisada por Paloma Pitre no sétimo capítulo. Para a autora há uma série de contradições em curso no processo da Convenção Constituinte. O *estallido* social de 2019 apontou uma série de críticas ao modelo pinochetista herdado da ditadura. No entanto, o rechaço da proposta do texto constitucional em 04 de setembro de 2022 demonstrou as fraquezas, dilemas e impasses do recente governo de Gabriel Boric. Em seguida, Carlos F. Domínguez Avila & Hugo Cárdenas Vera aprofundam a análise da experiência chilena sinalizando para as debilidades, ameaças e oportunidades desse processo insólito. Apontam para a correlação de forças e, ao mesmo tempo, concluem que a ideologia neoliberal ainda se faz fortemente presente nas relações sociais daquele país. Projeta-se um futuro em aberto nas grandes alamedas chilenas.

Ainda na região andina, Henry Durante Machado aponta para os principais avanços da nova Constituição boliviana, positivada a partir de intensas lutas sociais dos povos indígenas daquele país. Sob uma perspectiva decolonial, o autor sinaliza para os desafios da construção de um Estado Plurinacional na Bolívia e do fomento da cosmovisão indígena do *Suma Qamaña*.



Em El Salvador, Douglas Zaidan e Maurício Palma apresentam as intervenções do governo Nayib Bukele na Suprema Corte salvadorenha. Neste sentido, o estudo aponta para medidas autoritárias e “populistas” do mandatário em meio a um cenário de desalinhamento dos poderes constituídos. Regatando a recente história política das últimas décadas, a investigação examina a crescente onda de debilidade institucional e, simultaneamente, o contexto de erosão democrática do país centro americano, sublinhando a presidência de Bukele e suas ofensivas diante do frágil e incipiente sistema de justiça salvadorenho.

Moura de Oliveira, Wanderley Gomes e Duarte Lima de Barros apresentam o décimo primeiro capítulo visando comparar, institucionalmente, a figura constitucional do foro privilegiado, que traduzem como “*jurisdictional privilege*”, em 24 Estados latino-americanos, entre os quais Bolívia, Guatemala, Venezuela, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai. A comparação tem como premissa considerações sobre o caso brasileiro: o texto parte, com efeito, das conclusões de Gomes Neto e Carvalho (2021), segundo as quais o instituto, no Brasil, serviria como escudo de punição para políticos importantes, aparando-se, ainda, no trabalho de O’Donnell (1996) no que tange o conceito de instituição e sua afirmação de que, na América Latina, as instituições informais devem ser também observadas. Trata-se de um interessante trabalho de sociologia constitucional, uma vez que revolve sob a questão dos fatores que exercem influência para a existência de referido instituto, utilizando-se, para tanto, de métodos quantitativos e qualitativos ao analisar os designs constitucionais da região. Os autores afirmam que a transição democrática criou na região instituições desconhecidas de outras realidades estatais – nesse diapasão, o texto aduz ser inadequada a compreensão de fenômenos do Sul global utilizando-se de ferramental teórico lastreado no Norte global. As realidades expostas acentuam a presença de um Judiciário forte na região, mais provavelmente em função das necessidades de legitimidade e transparência advindas de transições. Num segundo momento, é explorada a ideia de que a transição incompleta à democracia afeta a “qualidade institucional” nos países latino-americanos, representada, mais especificamente, pelo mecanismo do foro privilegiado (“*jurisdictional privilege*”). Num terceiro passo, após tais descrições e explorações, são apresentadas as conclusões a partir do método de pesquisa. Mesclando-se os dados e a pesquisa qualitativa, tem-se que quanto mais caem os indicadores de qualidade institucional, mais aumenta o número de autoridades protegidas pelo foro privilegiado na região (uma correlação negativa, portanto).

O capítulo de Isabel dos Anjos, a partir de leituras críticas, aponta para a formação histórica social e econômica do Brasil e da Colômbia. Para a autora, precisamos observar nosso



passado colonial com intuito de perceber as relações de exploração que marcam os dias de hoje. Partindo de um estudo comparado, Isabel aponta em seu texto para ousadias e esperanças encabeçadas pelo movimento negro brasileiro e na atuação das mobilizações afro-colombianas. Destaca como as políticas de cotas e o engajamento desses setores são cruciais para democratização do campo jurídico e, sobretudo, no avanço da cidadania na região.

Por fim, o último capítulo do livro, de Guilherme Roman Borges, livre-docente em direito pela USP e professor de Direito na Universidade Católica de Brasília (UCB), sinaliza para a emergência dos estudos descoloniais diante da realidade brasileira. Resgatando a historicidade das ciências jurídicas, o autor aponta para a necessidade de olhar para as vozes subalternas na construção de normas e, sobretudo, para o aprofundamento da recente e tardia democracia brasileira.

Assim, esse livro reúne pesquisas, discussões e formulações embrionárias iniciadas a partir da realização do 45º Encontro Anual da ANPOCS, realizado de 19 a 27 de outubro de 2021. Na oportunidade, tivemos o privilégio de debater as primeiras investigações no Simpósio de Pesquisas Pós-Graduadas de Sociologia do constitucionalismo latino-americano (SP40), coordenado Gustavo Menon (USP e UCB) e Carina Rodrigues (UFPE). Neste sentido, agradecemos à ANPOCS pelo apoio na realização de tal Simpósio. Ao mesmo tempo, essa obra converge com as produções da linha I do Programa de Pós-graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (PROLAM-USP) e, de modo concomitante, com a produção acadêmica de excelência que está sendo realizada pelos docentes e discentes do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPG-DIR) da Universidade Católica de Brasília (UCB). Assim, agradecemos aos coordenadores destes programas, Prof. Dr. Júlio Cesar Suzuki (PROLAM-USP) e Prof. Dr. Maurício Dalri Timm do Valle (PPG-DIR/UCB) pelo apoio e condução de pesquisas interdisciplinares sobre nosso lugar no mundo: a América Latina. Além disso, estendemos os agradecimentos ao Editorial EACH/USP que, a partir da atuação de sua editora-chefe, Profa. Dra. Isabel Italiano, promoveu a publicação da presente obra. Registramos aqui, dessa forma, também, nossas saudações aos grupos de pesquisa envolvidos na produção e fomento desse e-book, tal como o *DECLEN – Decolonizing and Comparing Legal Experiences Network* (Rede de Descolonização e Comparação de Experiências Jurídicas) e o Grupo de Estudos de História, Direito, Democracia e Estado na América Latina (GEHDDEAL), ambos alocados no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da UCB. Em síntese, estamos diante de uma contribuição formulada em rede e a partir da atuação de pesquisadoras



e pesquisadores de diferentes partes do Brasil, contando também com docentes que atuam nos Estados Unidos, Equador e Chile.

Observadas as investigações em conjunto e feitos os devidos agradecimentos, há que se referir que os capítulos, neste livro, perfazem reflexões sobre eventos muito recentes. Novos acontecimentos devem ampliar os limites, contradições e possibilidades apontados nos artigos e os autores podem, futuramente, modificar suas próprias concepções ao refletir sobre os eventos aqui abordados. Justamente por tal motivo, a presente obra, que cobre fenômenos sociológicos distintos e complexos, pode ser encarada como marco para o desenvolvimento de novos estudos sobre o constitucionalismo latino-americano e como convite ao leitor para reflexões sobre nossa Pátria Grande. A transversalidade de questões ambientais, de direitos humanos, da qualidade e natureza da democracia na região, tal qual apresentadas nos textos, com efeito, abrem, de fato, dilemas a serem analisados por outros desenvolvimentos acadêmicos no que tange, fundamentalmente, a compreensão das correlações de forças políticas e econômicas e o papel das instituições e movimentos estatais e não estatais para a realização ordinária das constituições atuais e para o constitucionalismo do futuro.

A presente obra, desse modo, deve ser encarada como um convite para que o constitucionalismo latino-americano possa ser encarado com a profundidade que sua complexidade exige - e longe de preconceções rasas oriundas do norte global.

São Paulo – SP, dezembro de 2022.

Gustavo Menon

Maurício Palma

Douglas Zaidan



O CONSTITUCIONALISMO ACHADO NA RUA A PARTIR DA AMÉRICA LATINA: ELEMENTOS INICIAIS

Gladstone Leonel da Silva Junior (UFF)*

José Geraldo de Sousa Júnior (UNB)**

INTRODUÇÃO

O recente debate a respeito de um constitucionalismo latino-americano transformador como experiência de reconstrução de um projeto constitucional, abre a perspectiva para uma experimentação constitucional em outras realidades mundo afora. Embora todo e qualquer tipo de mudança, não interesse a um *status quo*, de praxe, conservador, quando o horizonte a ser construído seja pautado por bandeiras de aprofundamento democrático com caráter marcadamente popular e libertador.

O processo constituinte deve passar por esses filtros capazes de dar uma cara de povo às novas Constituições, conforme ocorreu em algumas experiências mais contemporâneas como no caso da Venezuela, do Equador, da Bolívia e aponta um horizonte no Chile. Mesmo sendo importante ressaltar, que a luta anticolonial e popular nos processos constitucionais da América Latina datam do início do século XIX.

Diante dessa orientação política, nos parece, além de útil, adequado se valer dos ensinamentos do “Direito Achado na Rua” para captar os processos constituintes populares e o produto constitucional decorrente deles, em uma análise que ousamos tratar como “Constitucionalismo Achado na Rua”. O Novo Constitucionalismo Latino-americano, tão difundido no século XXI, só tem sentido como inovação na reflexão jurídico-constitucional, se amparado pelo “Constitucionalismo Achado na Rua” capaz de acolher valores genuinamente

* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional e da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-Doutor em Direitos Humanos e Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) com estágio doutoral na Universitat de València (Espanha). Mestre em Direito pela UNESP. Especialista em Sociologia Política pela UFPR. Bacharel em Direito pela UFV. Advogado. Pesquisador e membro do Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS). Membro do Grupo Direito Achado na Rua (UnB) e Coordenador do Crítica Jurídica Contemporânea (UFF). Autor do Livro “O Novo Constitucionalismo Latino-Americano: um estudo sobre a Bolívia” pela Lumen Juris.

** Professor do Programa de Pós-Graduação e da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), ex-decano e Reitor (2008-2012). Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Coordena o projeto O Direito Achado na Rua, com dez volumes editados. É autor de vários livros, dentre eles O Direito como Liberdade: O Direito Achado na Rua e O Direito Achado na Rua: Concepção e prática (coord.). Atuou no processo constituinte brasileiro no ano de 1988, na condição de assessor da universidade e também da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).



populares, democráticos, humanistas e questionadores no modo de produção vigente em seu projeto de sociedade.

Esta análise tem natureza qualitativa com perfil analítico sócio-histórico, a qual adota uma abordagem interdisciplinar na caracterização do fenômeno jurídico-constitucional. Os referenciais metodológicos partem, sobretudo, da Teoria Crítica (HORKHEIMER, 1983) ao mesclar fontes da Crítica Jurídica histórica e contemporânea, se valendo do materialismo histórico-dialético em larga medida.

O artigo, servindo-se de uma abordagem metodológica qualitativa, fará uma breve exposição acerca da relação do direito achado na rua com o debate constitucional e dos processos constituintes na América Latina, em especial, no Brasil, a partir da Constituição de 1988. Os procedimentos de pesquisa utilizados consistem na pesquisa bibliográfica e documental.

Estes serão alguns elementos iniciais para aprofundarmos as reflexões sobre as possibilidades decorrentes em análises pautadas pelo “Constitucionalismo Achado na Rua”.

1) O PAPEL DO DIREITO ACHADO NA RUA PARA A COMPREENSÃO CONSTITUCIONAL

O Direito Achado na Rua nasce da necessária crítica para a reorientação do pensamento jurídico. A insuficiência das análises do direito se apresentavam em decorrência de seu pilar positivista amparado em um formalismo legalista capenga, como diria Lyra Filho (2006) em seus jargões, o qual não possui condições de captar boa parte das relações sociais no mundo. Esse modelo, mais preocupado em reproduzir os espaços atuais de poder, os quais não se atentam em um redirecionamento de paradigmas na construção de valores que rompem com a noção liberal de Justiça.

A influência dos debates da Escola de Frankfurt no mundo acadêmico (HORKHEIMER, 1983) atrelado a observação e participação nas lutas populares, fez com que inúmeros movimentos de construção do pensamento jurídico reagissem ao modelo positivista padrão e repensassem o direito a partir da crítica. Em toada semelhante ao “Direito Achado na Rua” se observava, o “*critical legal studies*”, o “direito alternativo”, o uso “*alternativo del derecho*”, o “direito insurgente²”, os quais reinseriam o direito na política, influenciados pela crítica marxista e a prática militante (ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JÚNIOR, 2016, p. 216).

² Cf. PAZELLO, Ricardo. **Direito Insurgente**: para uma crítica marxista ao direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.



O Direito Achado na Rua emerge em Brasília, ganha mais evidência como grupo e linha de pesquisa na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Apesar de consistir em uma corrente jurídica proveniente da Universidade pública, possui como seus reais construtores os movimentos sociais, a juventude, os povos indígenas e as comunidades tradicionais, os trabalhadores/as, os grupos excluídos de direitos, ou seja, o povo.

Na busca por esse projeto de legítima organização social da liberdade cabe compreender que o trabalho político e teórico do Direito achado na Rua opta por captar a atuação jurídica dos novos movimentos sociais aliado às experiências populares de criação do direito. Assim, se pretende:

1. Determinar o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais que enunciam direitos, a partir mesmo de sua constituição extralegal, como por exemplo, os direitos humanos;
2. Definir a natureza jurídica do sujeito coletivo capaz de elaborar um projeto político de transformação social e elaborar a sua representação teórica como sujeito coletivo de direito;
3. Enquadrar os dados derivados destas práticas sociais criadoras de direitos e estabelecer novas categorias jurídicas para estruturar as relações solidárias de uma sociedade alternativa em que sejam superadas as condições de espoliação e de opressão entre as pessoas e na qual o direito possa realizar-se como um projeto de legítima organização social da liberdade (SOUSA JÚNIOR, 2015, p. 03).

A rua, metáfora adequada por se tratar de espaço público, é onde as sociabilidades se reinventam e são abertas possibilidades de consciência de novos sujeitos para uma construção cultural e democrática da cidadania. O que se apresenta aqui é uma atuação direta do uso político do direito e as possibilidades de construção, a partir desta consciência impactada pelo concreto.

Uma das influências mais genuínas dessa construção jurídica parte de Roberto Lyra Filho, o qual buscou pontuar em sua reflexão uma perspectiva dialética para compreender o direito, que ia além da dicotomia rasa apresentada pelo jusnaturalismo e pelo juspositivismo. Na visão do jurista, o campo jurídico em si é construído desde o primeiro momento em que ocorre o convívio social entre seres humanos. No entanto, a pluralidade de ordenamentos jurídicos em conflito e disputa emergem apenas com o advento das sociedades divididas em classes sociais:

(...) os ordenamentos jurídicos plurais e conflituais advêm precisamente da sociedade classista, pois não existiam antes dela, nem se há de supor que permaneçam depois. Nas comunidades primitivas, a dialética social das



normas, inclusive as jurídicas, tem seu arranco unitário, cuja divisão vai depois acompanhar as vias de organização dos modos de produção asiático ou escravagista. (LYRA FILHO, 1980a, p. 19)

Tampouco, o criador da Nova Escola Jurídica Brasileira (NAIR) recai na pretensão de neutralidade metodológica na análise do fenômeno jurídico. A dialética social do Direito de Lyra Filho concebe a interpretação jurídica desde a perspectiva de uma sociologia do conhecimento, adotando como referencial ético o ponto de vista das classes e grupos sociais oprimidos e explorados da sociedade vigente.

Numa sociedade que assim se divide em classes e grupos, de interesses conflitantes, o direito não pode ser captado, em sua inteireza, sob a exclusiva ótica da classe dominante. Nem há, em todo caso, um só conjunto de normas sociais, sem contradições. Há, pelo contrário, uma pluralidade de ordenamentos que aspiram a definir o que é propriamente jurídico, isto é, o direito válido, eficaz e corretamente formalizado. Esses ordenamentos lutam pela hegemonia, cujas condições de triunfo ou legitimidade sempre dependem da natureza dos posicionamentos e interesses que as normas refletem (LYRA FILHO, 1980b, p. 6).

Lyra Filho reconhece o *modus operandi* do direito se impondo hegemonicamente a serviço da classe dominante, mas insiste no seu uso político, ao jogar luz nas suas contradições e na afirmação de juridicidade daquilo que enfrenta o *status quo*.

Para ele, trata-se de uma teoria viva proveniente de um processo em constante construção, que fundamenta e capilariza o Direito Achado na Rua, cujo projeto é constituído de uma multiplicidade perspectiva prática e epistemológica, capaz de enunciar novas práxis para o direito (ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JÚNIOR, 2016, p. 219). Esse leque de possibilidades permite trazer o debate do Direito Achado na Rua para o campo constitucional, inclusive, para o denominado Novo Constitucionalismo Latino-americano e seu caráter descolonial. Daí, se falar em “Constitucionalismo Achado na Rua”.

2) O CONSTITUCIONALISMO ACHADO NA RUA COMO FORMA DE REFLEXÃO DO DIREITO NA AMÉRICA LATINA

O processo dialético, potencializador do direito e das suas contradições, impulsionado por um protagonismo social, revela uma preocupação do Direito Achado na Rua com a tensão permanente entre a Democracia e a Constituição. Conforme destacado pelo professor da Universidade de Brasília, Alexandre Bernardino Costa, (2013, p. 263) “tal preocupação, longe de querer demonstrar a incompatibilidade entre as duas dimensões referidas, demonstra o



compromisso do Direito Achado na Rua com a constante afirmação da necessária relação que se estabelece entre constituição e democracia”. Reconhecer estes elementos, é compreender a atuação sistêmica e limitada desta linha e do próprio direito, mesmo que ela ouse também apontar para fora dele.

Certamente, é da possibilidade de atuação da pluralidade de sujeitos de direitos, para além do proprietário de mercadorias (PACHUKANIS, 1988), que o reconhecimento das mudanças sociais são alcançadas e percebidas. O Direito Achado na Rua visualiza esses sujeitos como integrantes, do que vem a ser, o poder constituinte e da prática cotidiana constitucional.

Desse processo que se depreende o Constitucionalismo Achado na Rua, onde o sujeito abstrato da Teoria Constitucional clássica dá lugar aos sujeitos individuais e coletivos que lutam pela materialização da própria dignidade ao afirmarem “seus direitos”, os quais ativam o poder constituinte por meio da soberania popular em concreto. O salto propalado no Novo Constitucionalismo Latino-Americano é sedimentado pelo Constitucionalismo Achado na Rua, deixando de se pautar historicamente em um constitucionalismo das elites para um constitucionalismo popular, de fato.

Por mais inovador que isso seja, certamente não é uma novidade histórica, sobretudo, quando observamos processos constituintes decorrente de momentos revolucionários, ou que exigiram um constitucionalismo transformador.

Isso pode ser verificável, se ressaltarmos o papel da Constituição indiana de 1949, que apontou mudanças econômicas e sociais, além de um marco de libertação frente a política colonial britânica; a Constituição Portuguesa de 1976, posterior à Revolução dos Cravos de 1974, a qual após derrubar um regime fascista, anunciava a importância de dirigir-se em uma transição para o socialismo³ em seus dispositivos, além da necessidade do Estado socializar os meios de produção; ou mesmo a Constituição da África do Sul de 1996, que rompe juridicamente com a sociedade do apartheid e se reestrutura econômico e socialmente (BERCOVICI, 2013, p. 289-294).

Nos marcos da experiência latino-americana, inserindo o Caribe nesta compreensão, a primeira Constituição foi a do Haiti, onde aconteciam as lutas da diáspora africana, puxada por L’Overture em 1801 com representantes de diversos lugares da ilha, que se afirmava independente, mas mantinha relações com a França (QUEIROZ, 2021). O não reconhecimento

³ Artigo 2 da Constituição de Portugal de 1976 (versão original): A República Portuguesa é um Estado democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democrática, que tem por objectivo assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras.



francês e a continuidade da luta pela independência, os fazem promulgar, sob a liderança de Dessalines, a segunda Constituição da América Latina e a afirmarem um Estado antiescravista e anticolonial.

Cabe ainda ressaltar a experiência Paraguaia, que após a proclamação da independência, realizam um Congresso Nacional genuinamente popular com “reglamento de gobierno” e características constituintes, em 1813, e falam pela primeira vez em República do Paraguai. Eram 17 artigos que só poderiam ser modificados em outro Congresso e funcionavam como uma Constituição (SOUZA FILHO, 2021).

Já no século XX, não restam dúvidas da importância histórica e o caráter popular da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição Cubana de 1976.

A Constituição, uma vez instituída, não deve ser reduzida a mero documento jurídico incapaz de influenciar na vida política e social do território que está submetida. Um olhar abstrato e idealizado desse instrumento, inviabiliza a construção cotidiana da soberania popular no concreto e da legítima organização social da liberdade como horizonte de luta. A Constituição deverá conferir sentido político ao direito, garantindo concretude a uma Teoria Constitucional, que reconhece a legitimidade da luta social do/a explorado/a e /excluído/a compreendida na dialética do real estabelecida em uma sociedade de classes, ou seja, garanta o exercício fidedigno do que chamamos aqui de soberania popular. Esse é o papel do Constitucionalismo Achado na Rua.

Diante disso, o impulso necessário para a ativação do poder constituinte originário deve necessariamente vir da pressão e da organização social popular. A proposta da constituinte, quando legítima, não virá dos gabinetes, ou de algum ente abstrato que se pauta na norma hipotética fundamental kelseniana. Na expressão de Roberto Lyra Filho, a proposta de uma constituinte partiria da dialética social de direito. O produto disso é um direito concreto ou propostas reais para uma constituinte, não somente uma norma.

O Direito é processo, dentro do processo histórico, e, como este, um processo dialético; é a expressão, num ângulo particular e inconfundível, da dialética de dominação-libertação, que constitui a trama, o substrato e a mola do itinerário humano, através dos tempos. A injustiça que um sistema institua e procure garantir, às normas em que verta o interesse das classes e grupos dominadores, a pretexto de consagrar o interesse comum, opõem-se outros projetos e institutos jurídicos, oriundos de grupos ou classes dominadas, e também vigem e se propagam e tentam substituir os padrões de convivência impostos por quem monopoliza o controle social prevalecente. As duas elaborações, que se cruzam, atiram, acomodando-se, momentaneamente, e afinal chegando ao ponto de ruptura, integram e movimentam a dialética do Direito. (LYRA FILHO, 1981, p. 7).



O direito não está pronto e acabado só porque existem normas que abordam numerosas questões da sociedade. Lyra Filho aponta que o direito vai constituir-se em movimento, pois o direito "é sendo" (2006, p. 11), por mais que reconheçamos seus limites ontológicos. Com isso se busca ampliar o enfoque do direito, indo além do produto oferecido pelo positivismo ou mesmo pelo pós-positivismo. Assim, nenhum ordenamento pode permanecer intacto indefinidamente. As Constituições consistem em pactos sociais que condizem com determinados períodos históricos que tendem a se deteriorarem com o passar do tempo. Trata-se de algo inerente, a desordem dinâmica (LYRA FILHO, 1986) e que constitui a dialética social.

O direito assim compreendido, como uma teoria dinâmica a serviço das pessoas excluídas e dos trabalhadores/as, um verdadeiro “direito achado na rua”, pode ser um instrumento para estimular a ruptura e também a convocação de uma “constituente achada na rua” com esses atores políticos, conforme se canalize todo o impulso democratizador. Uma constituinte que nascerá de um processo histórico em que a práxis se une à libertação dos povos historicamente dominados por amarras econômicas, políticas, sociais e culturais (LEONEL JÚNIOR; SOUSA JÚNIOR, 2017), por mais que isso contrarie a própria natureza liberal deste ente.

Classes espoliadas, grupos oprimidos organizam-se e dão alcance jurídico-prático às reivindicações necessárias, com liberdade política e civil de consciência e subsistência, justa repartição dos frutos do trabalho, participação no governo e demais elementos garantidores do que é essencial à vida e à dignidade humana. (LYRA FILHO, 1982, p. 34)

Os movimentos populares e a sociedade civil organizada, ao requererem na agenda política dos países latino-americanos a possibilidade de abertura de processos constituintes, devem se pautar na necessidade de garantir a construção cidadã participativa, descolonizando seus próprios processos históricos, por meio de um “constitucionalismo achado na rua”. Essa via constitucional só é passível de realização das finalidades aqui apontadas, se executada mediante luta política de massas nas ruas. Caso contrário, dificilmente as classes populares pautarão os poderes instituídos com articulações ou políticas parlamentares, tampouco, os sensibilizarão para as causas populares.

No caso da América Latina, em especial, a professora Raquel Fajardo estabelece uma forma de enxergar os processos constitucionais dos últimos 40 anos, que nos permite verificar mudanças consistentes, sobretudo, na abertura ao reconhecimento e participação de povos indígenas frente ao monismo histórico estabelecido.



Ela atribui ao período entre 1982 e 1988, uma espécie de estabelecimento de um Constitucionalismo Multicultural. Algumas Constituições como a do Canadá (1982) ou da Guatemala (1985) reconhecem a diversidade e a identidade cultural, além de alguns direitos indígenas específicos (FAJARDO, 2015, p. 38). Embora essas Constituições não trazem um reconhecimento explícito do Pluralismo Jurídico.

Já entre 1989 e 2005, tratou-se de verificar o que foi denominado como Constitucionalismo Pluricultural. Além de reconhecer a identidade e a diversidade cultural, as Constituições desenvolvem conceitos de nações multiétnicas e de pluriculturalidade (FAJARDO, 2015, p. 46). O pluralismo jurídico fissa a ideia de Estado de Direito e o monismo jurídico, algo muito influenciado pela Convenção 169 da OIT. Há um maior reconhecimento de formas de participação política como consulta aos povos afetados por alguma lei; direito sobre a terra; educação intercultural bilíngue, etc. Para Raquel Fajardo, isso é evidenciado nas Constituições da Colômbia (1991), México e Paraguai (1992), Peru (1993), Venezuela (1999).

Nesse período a expansão desse modelo ocorre concomitante a expansão dos projetos neoliberais na América Latina. Exemplo disso eram os projetos estimulados pelo Banco Mundial, favoráveis a alguma dessas reformas por reconhecimento, resolução de conflitos comunitários, mas tudo limitado a não avançar em mudanças estruturais. No caso da Constituição brasileira de 1988, podemos situá-la entre o primeiro e o segundo ciclo.

Por fim, Raquel Fajardo (2015, p. 46) traz o que considera como a construção de um Constitucionalismo Plurinacional entre os anos de 2006 e 09. Ali, se trata da anunciação da refundação do Estado a partir do reconhecimento da plurinacionalidade enfrentando diretamente a colonialidade histórica do Estado-Nação. Os povos se estabelecem como sujeitos constituintes concretos, a partir dos que vem debaixo! Há uma busca por respeito ao pluralismo jurídico e à interculturalidade, com potencial de romper as desigualdades econômicas, sociais e políticas (WALSH, 2009), além de garantir dentre outras coisas, como: a representação paritária, autoridade e jurisdição indígena. Esses casos são ilustrados, sobretudo, com as Constituições do Equador em 2008 e da Bolívia em 2009 (LEONEL JÚNIOR, 2018).

Embora, Raquel Fajardo aponte esta classificação levando em consideração os aportes relacionados aos direitos e sujeitos indígenas, ao abordar uma maior profundidade democrática e popular às Constituições de Equador e Bolívia, cabe também destacar a Constituição da Venezuela (BELLO, 2018), conforme trazido em algumas leituras que tratam do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Essas Constituições marcam um momento de



contestação ao neoliberalismo e fazem parte de processos políticos e jurídicos que mexeram o tabuleiro da geopolítica na caracterização constitucional, de fato, dirigente de cunho transformador. A busca por uma legitimação material da Constituição é evidenciada, racionalizando o político e possibilitando um programa de ação para a alteração da sociedade, conforme trabalhado no próprio conceito de constituição dirigente (CANOTILHO, 2001). Embora, ele deva ser usado no sentido de garantia de políticas públicas e direitos econômicos e sociais para os mais vulneráveis, e não uma constituição dirigente de políticas neoliberais, tal como entende o sistema financeiro internacional (BERCOVICI, 2001, p. 297).

Ao identificar o Constitucionalismo Achado na Rua como base fundamental para trabalhar esses processos na América Latina, as dimensões material e descolonial devem ser incorporadas ao caminhar dialético viabilizador das transformações. Por isso, cabe verificar que esses processos mais recentes, ainda que mais populares, apresentam contradições e dificuldades nessa caminhada, sobretudo, na seara econômica. Algo que aproxima os diversos países latino-americanos, e requer maior atenção, é o fato de estarem situados em condições econômicas periféricas, se analisada a perspectiva econômica mundial. Isso permite que sejam criadas condições políticas, em determinados momentos históricos, que apresentem a possibilidade de transformações constitucionais mais profundas, o que não é exclusividade da América Latina, como já destacado.

Justamente por estarem situados em centros econômicos periféricos, tão só repetir a receita do Estado de Bem Estar Social estadunidense ou europeu é insuficiente para um projeto verdadeiramente transformador da ordem econômica na América Latina. Os Estados devem ser muito mais atuantes para promover as mudanças necessárias diante de uma realidade de subdesenvolvimento econômico-social e enfrentamento às políticas econômicas agressivas dos outros centros de poder. Não avançar nesse aspecto, conforme destaca o professor Gilberto Bercovici (2009, p. 302), as soberanias dos Estados Latino-Americanos continuarão a ser “soberanias bloqueadas”.

Ademais, atrelada ao debate da questão econômico-material vem ressaltada também a necessidade de reestruturação descolonial concreta do Estado e do direito. “A decolonialidade do direito demanda superar a noção neutra de indivíduo, substituindo-a por uma compreensão de sujeitos capaz de incorporar a diversidade do ser e de gênero” (SOUSA JÚNIOR; FONSECA, 2017, p. 2895).

Hoje é fundamental reconhecer a pluralidade apontando a assimetria existente entre o poder estatal e o plural. Não se trata de trazer uma abordagem universalista ou relativista para



averguiação de direitos, mas observar nessa pluralidade práticas verdadeiramente interculturais, uma vez que permitem a recriação de mundos que apresentam conexões entrelaçadas de projetos de vida, que possam conjugar vivências sem a pretensão de aniquilamento alheio, inseridos em contextos e possibilidades de lutas por hegemonia social trazido no bojo do projeto popular.

3) O BRASIL PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988: RUPTURAS E CONTINUIDADES EM DIREÇÃO A UM CONSTITUCIONALISMO ACHADO NA RUA

A análise do Constitucionalismo Achado na Rua deve estar atenta, também ao que consistiu o processo constituinte brasileiro e como lidar com o instrumental constitucional vigente. Apesar de obstáculos impostos pelos setores mais conservadores em todos os âmbitos⁴, os mecanismos de participação⁵ permanecem como método e estratégia de comunicação com o social, para ações de controle, supervisão e deliberativas, nos três níveis de atuação do Estado. Basta ver a possibilidade de realização de Conferências, instalação de Conselhos, Audiências Públicas, Comissões, Gestão de Planos, Consultas, *Amicie Curiae* etc, formando um extenso leque de intervenções vinculantes do social no processo da governança, legislativo e de administração da Justiça. Sem deixar de mencionar aqueles institucionalmente previstos na Constituição, cujos frutos são notáveis, por exemplo, as leis de iniciativa popular, entre elas, a que resultou na constitucionalização do Direito de Morar.

Também, O Direito Achado na Rua, enquanto compreensão teórico-política do jurídico, pode se inscrever nessa categoria de prática democrática de ampliação da cidadania e dos direitos e são inúmeros os registros de inscrição nos repertórios normativos de novas categorias que emergem do reconhecimento do processo social instituinte de novas juridicidades.

Isso explica, em boa parte, a exaltação ultimamente ressonante, inclusive no espaço do Supremo Tribunal Federal, que logo identificou nesse fundamento uma contraposição ideológica, ética e epistemológica às razões que tem sido esgrimidas para funcionalizar o

⁴ Pense-se, por exemplo, a edição de decreto legislativo com o fim de suspender iniciativa do executivo com o objetivo de constituir procedimentos, como método de governança e de gestão, de medidas de abertura e regulamentação dos instrumentos de participação na Administração Pública, “denunciando” o caráter “bolivariano” das medidas adotadas, sem inovar, apenas cumprindo o que já estabelecido na Constituição e em leis.

⁵ SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. Entrevista O Direito que Emerge do Espaço Público. Entrevista. IHU – Instituto Humanitas. Unisinos. São Leopoldo: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/547896-o-direito-que-emerge-do-espaco-publico-entrevista-especial-com-jose-geraldo-de-sousa-junior>, acesso em 25/03/2018; SOUSA JUNIOR. Senado Federal. Audiência Pública na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. *José Geraldo de. José Geraldo de Souza Junior relata o histórico da participação popular no Brasil e no mundo.* <https://www.youtube.com/watch?v=toiJDV60i2c>. Acesso em 25/03/2018



jurídico para embalar a substantividade de formas de atribuição de titularidades, de modos de aquisição patrimonial ou investidura de prerrogativas que já não respondem ao substrato material que devam informá-las, em face de profundas transformações na infraestrutura do sistema econômico de acumulação ou do sistema jurídico de legitimação do poder político.

O Direito Achado na Rua prossegue, teórica e politicamente, a designar a ampliação de espaços de sociabilidade para as relações de reciprocidade legitimadas que permitem instituírem-se novas sociabilidades e novos direitos; a contribuir para reconhecer a legitimidade dos protagonismos sociais desses sujeitos contra a tentação de criminalizar as suas formas de intervenção e a oferecer categorias de enquadramento jurídico para as invenções democráticas desses novos direitos (CF, art. 5º., parágrafo 2º.). É uma disputa de narrativa⁶ e, como lembra Canotilho, em entrevista concedida ao Observatório da Constituição e da Democracia, aludindo exatamente a O Direito Achado na Rua para a acentuar, trata-se de afrontar a insensibilidade dos juristas à perspectiva antinormativista dos cultores das teorias críticas. Estes têm apontado para a necessidade de o sujeito de direito se aproximar dos "sujeitos densos" da vida real e para o pluralismo e diferença de regulações no contexto global e "alteromundial", até que seja sacudida e se mostre disposta a ir para o meio da rua⁷.

O Constitucionalismo Achado na Rua vem aliar-se à Teoria Constitucional que percorre o caminho do retorno à sua função social em um primeiro momento, para quem sabe constituir força para extravasá-la. Uma espécie de devolução conceitual para a sociedade, da função constitucional de atribuir o sentido político do Direito, através do reconhecimento teórico-conceitual da luta social como expressão cotidiana da soberania popular⁸.

⁶ Por isso insiste o Ministro Gilmar Mendes, em seguidos pronunciamentos, inclusive nos Plenários do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, em indicar O Direito Achado na Rua como o antagonismo a confrontar para dar sobrevivência às concepções redutoras com que arma seu discurso pós-positivista ou, mais sofisticadamente neoconstitucional. Não se salva com essa sofisticação. Devia prestar mais atenção em um de seus mestres, quando esse alude à necessidade de o Jurista abrir-se às exigências do justo para poder ressignificar o Direito, inclusive, o Direito Constitucional. Tal como aponta CANOTILHO, J. J. Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 119: *“Do outro lado da rua, o ‘direito achado na rua’ e, perante o sangue vivo que brota dos vasos normativos da realidade e a sedução de um direito outro, alternativo ao direito formal das constituições, códigos e leis, compreende-se que o discurso hermenêutico dos juristas mais não seja que um manto ocultador do insustentável peso do poder”*.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Pela Necessidade de o Sujeito de Direito se Aproximar dos ‘Sujeitos Densos’ da Vida Real. Entrevista concedida a José Geraldo de Sousa Junior, in Observatório da Constituição e da Democracia, C & D. Brasília: Faculdade de Direito da UnB/Sindjus. N. 24, 2008.

⁸ Para localizar as referências desse enquadramento pesquisar em SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (Coord). O Direito Achado na Rua: Concepção e Prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, págs. 41-48 (Constitucionalismo Achado na Rua); págs. 220-227 (Análise dos Elementos do Novo Constitucionalismo Brasileiro). Ver também, LEONEL JÚNIOR, Gladstone; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. La Lucha por la Constituyente y Reforma del Sistema Político em Brasil: Caminos hacia um ‘constitucionalismo desde la calle’ La Migraña, Revista de Análises Político, n. 17/2016, La Paz, Bolivia, pág.s. 134-142. Também nessa linha, em texto expandido LEONEL JÚNIOR, Gladstone; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. A Luta pela Constituinte e a Reforma Política no Brasil:



O poder constituinte para ser soberano e democrático não se fecha em normas estatais, mas se mantém na atualização constante dos processos de transformação que se expressam em Direitos. Por isso que se diz que é incompleto o processo de transição democrática iniciado pela Constituição de 1988, que mesmo os recentes episódios jurídicos-políticos não devem lograr provocar o seu rompimento.

As intermitências, na transição ainda não completada entre um regime autoritário que havia se instalado no Brasil em 1964 e em direção a uma institucionalidade democrática, convivem com esses sobressaltos. A democracia, como se aprende na política é uma obra inconclusa, nunca acabada, insatisfeita de si própria e que desafia a atualização continuada, em sua materialidade (os direitos alimentares) e em sua forma (os direitos elementares), como dizia em seu tempo, João Mangabeira, a propósito da retomada democrática em 1946 depois do solução autoritário de 1937, com a Ditadura e a tremenda repressão dos agentes do Estado Novo, como poderemos dizer nós, quando se retomem o percurso democrático, após o solução de governança de 2016-2019, para que se realizem as promessas ainda não cumpridas do projeto de sociedade inscrito na Constituição de 1988, um movimento em direção a um Constitucionalismo Achado na Rua.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Constitucionalismo Achado na Rua sedimenta um entendimento em que o giro descolonial e a legitimidade da luta social do/a explorado/a e /excluído/a compreendida na dialética do real estabelecida em uma sociedade de classes são fundamentais para a compreensão do direito e sua materialização constitucional, sobretudo, ao trabalhar a América Latina como espaço de reflexão.

Caminhos para um “Constitucionalismo Achado na Rua”. Rio de Janeiro: Revista Direito e Práxis, vol. 8, n. 2 (2017), págs. 1008-1027; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de, FONSECA, Livia Gimenes Dias da. O Constitucionalismo Achado na Rua – uma Proposta de Descolonização do Direito. Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro, vol. 8, n. 4, 2017, págs. 2882-2902. Em leituras interdisciplinares ver COSTA, Alexandre Bernardino (Org). Direito Vivo: Leituras sobre Constitucionalismo, Construção Social e Educação Popular a Partir do Direito Achado na Rua. Brasília: Editora UnB, 2013; COSTA, Alexandre Bernardino (Org). O Direito Achado na Rua: Nossa Conquista é do Tamanho da Nossa Luta. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2017. Para os estudos de situação, podendo ser considerados antecedentes epistemológicos CARVALHO NETTO, Menelick de. A Contribuição do Direito Achado na Rua para um Constitucionalismo Democrático. Observatório da Constituição e da Democracia, C & D. Brasília: Faculdade de Direito da UnB/Sindjus, n. 14, 2007; CANOTILHO, J. J. Gomes. Pela Necessidade de o Sujeito de Direito se Aproximar dos ‘Sujeitos Densos’ da Vida Real. Entrevista in Observatório da Constituição e da Democracia, C & D. Brasília: Faculdade de Direito da UnB/Sindjus. N. 24, 2008. E ainda, FILIPPI, Alberto. Os Direitos nas Ruas da Resistência e nos Caminhos do Exílio entre América e Europa. In SOUSA JUNIOR, José Geraldo de et al (Orgs). Série O Direito Achado na Rua, vol. 7: Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. Brasília: UnB/CEAD/NEP, 2015, págs. 478-493; Verbete Direito Achado na Rua. https://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_Achado_na_Rua, acesso em 25/03/2018.



Por mais que o instrumental jurídico seja engessado e propício a alimentar o modo de produção da existência humana no capitalismo, o que se busca na utilização de uma dialética social do direito, estimulada pelo Direito Achado na Rua, é alargar as suas possibilidades a ponto de contribuir no campo tático para um projeto de sociedade popular e transformador.

As experiências constitucionais contemporâneas na América Latina nos permitem visualizar uma linha histórica de avanços de projetos populares, que com todos seus limites e contradições, inclusive na análise posterior a promulgação da Constituição brasileira de 1988, caminhou em um sentido de vislumbrar novas perspectivas dentro do espectro do direito e da política. A ideia de trazer o Constitucionalismo Achado na Rua para o concreto é permitir que o direito se movimente a ponto de estourar as amarras que o limita e o dificulta estar à serviço dos trabalhadores/as e do povo subalternizado nos grotões da América Latina.

REFERÊNCIAS

BELLO, Enzo. **A cidadania no constitucionalismo latino-americano**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição brasileira de 1988, as “constituições transformadoras” e o novo constitucionalismo latino-americano. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC** – Belo Horizonte, ano 07, nº26, p. 285-305, maio/ago. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Pela Necessidade de o Sujeito de Direito se Aproximar dos ‘Sujeitos Densos’ da Vida Real. Entrevista in: **Observatório da Constituição e da Democracia**, C & D. Brasília: Faculdade de Direito da UnB/Sindjus. N. 24. 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Contribuição do Direito Achado na Rua para um Constitucionalismo Democrático. **Observatório da Constituição e da Democracia**, C & D. Brasília: Faculdade de Direito da UnB/Sindjus, n. 14. 2007.

COSTA, Alexandre Bernardino (Org.). **Direito Vivo**. Leituras sobre constitucionalismo, construção social e educação a partir do Direito Achado na Rua. Brasília: Editora UnB, 2013.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. In: BALDI, Cesar Augusto (org). **Aprender desde o Sul: Novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 35 - 58.

HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: **Os Pensadores**. Rio de Janeiro: Ed. Abril Cultural, 1983.



LEONEL JÚNIOR, Gladstone; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. A luta pela constituinte e a reforma política no Brasil: caminhos para um "constitucionalismo achado na rua". **Direito & Práxis**. Vol. 08, nº2. Rio de Janeiro: UERJ, jun. 2017.

LEONEL JÚNIOR, Gladstone. La Lucha por la Constituyente y Reforma del Sistema Político em Brasil: Caminos hacia un 'constitucionalismo desde la calle'. **La Migraña**, Revista de Análises Político, n. 17, 2016, La Paz, Bolivia.

LEONEL JÚNIOR, Gladstone. **O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo sobre a Bolívia**. 2. Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LYRA FILHO, Roberto. **Para um Direito sem dogmas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1980a.

LYRA FILHO, Roberto. **O Direito que se ensina errado - Sobre a reforma do ensino jurídico**. Brasília: CADIR-UnB, 1980b.

LYRA FILHO, Roberto. **Razões de defesa do Direito**. Brasília: Obreira, 1981.

LYRA FILHO, Roberto. **Direito do Capital e Direito do Trabalho**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1982.

LYRA FILHO, Roberto. **Desordem e Processo**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. 15ª reimpr. da 17ª. ed. 1995. São Paulo: Ed. Brasiliense, 2006.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PAZELLO, Ricardo. **Direito Insurgente: para uma crítica marxista ao direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

QUEIROZ, Marcos Vinícius. Constitucionalismo Negro: elementos de teoria e história constitucional a partir da Revolução Haitiana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 13(1), Unisinos, janeiro-abril 2021, p. 85-109.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; FONSECA, Lívia Gimenez Dias da Fonseca. O Constitucionalismo Achado na Rua – uma proposta de decolonização do direito. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 08, N.4, 2017, p. 2882-2902.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. Ser Constituinte, **Revista Humanidades**, n. 11, Editora UnB, Brasília, 1988.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. A Nova Constituição e os Direitos do Cidadão, Que Brasil Emerge da Constituição?, **Revista de Cultura Vozes**, n. 2, Petrópolis, 1988.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. Ser Gente e Cidadão, **Revista Humanidades**, n. 19, Editora UnB, Brasília, 1989.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. Soberania e Direitos: Processos Sociais Novos? In BASTOS, Vânia Lomônaco, COSTA, Tânia Moreira da (orgs). **Constituinte: Temas em Análise**. Caderno CEAC/UnB, n. 1, Editora UnB, s/d.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. Obstáculos à Efetivação da Democracia no Brasil, CNBB. **Seminário "Exigências Éticas da Ordem Democrática"**- Sociedade, Igreja e Democracia, São Paulo, Edições Loyola, 1989.



SOUSA JUNIOR, José Geraldo. Avaliação e Perspectivas do Trabalho da Comissão de Acompanhamento das Constituintes – 1987/1990, Estudos CNBB n. 60. Participação Popular e Cidadania. **A Igreja no Processo Constituinte**, Edições Paulinas, São Paulo, 1990.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. (Coord.) **O direito achado na rua**: concepção e prática. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. Estado Democrático da Direita. in BUENO, Roberto (org). **Democracia**: da Crise à Ruptura. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. Resistência ao Golpe de 2016: Contra a Reforma da previdência. In RAMOS Gustavo Teixeira *et al* (orgs.) **O Golpe de 2016 e a Reforma da Previdência**. Narrativas de resistência. Bauru: Projeto Editorial Práxis e Instituto Defesa da Classe Trabalhadora, 2017.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. Triste do Poder que Não Pode. In BASTOS, Vânia Lomônaco, COSTA, Tânia Moreira (orgs.). **Constituinte**: Temas em Análise. Constituinte: Temas em Análise. Caderno CEAC/UnB, n. 1, Editora UnB, s/d.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. Entrevista O Direito que Emerge do Espaço Público. **Entrevista. IHU – Instituto Humanitas. Unisinos**. São Leopoldo. 2018..

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. Senado Federal. **Audiência Pública na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa**. José Geraldo de Souza Junior relata o histórico da participação popular no Brasil e no mundo. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=toiJDV60i2c>. Acesso em 25/03/2018.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. Uma Promessa Vazia? in: **Revista Humanidades**. n. 62, – Dossiê 30 Anos da Constituição Cidadã. Brasília: editora da UnB. 2018, dezembro.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Gênese Anticolonial do Constitucionalismo Latino-Americano. **Rev. Direito Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 12, N. 01, 2021, p. 16-47.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad, Estado, Sociedad - Luchas (de)coloniales de nuestra época**. Universidad Andina Simón Bolívar/Ediciones Abya-Yala: Quito, 2009.

WIKIPEDIA. 2018. **Verbetes Direito Achado na Rua**. https://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_Achado_na_Rua, acesso em 25/03/2018.



A EMERGÊNCIA DE UM (NÃO TÃO) NOVO DIREITO: A IMPORTÂNCIA DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS FRENTE ÀS MINORIAS

Priscila Caneparo dos Anjos (UCB / AMBRA)*

INTRODUÇÃO

A conjuntura do século XX fora marcada por acontecimentos que abalaram e violaram os direitos humanos. Fatos como as duas grandes guerras mundiais, o genocídio de diversos povos mundo afora, perseguições a determinadas etnias, crença na superioridade de uma única raça foram alguns dos exemplos que fizeram com que as minorias eclodissem e reivindicassem seus direitos naquele período histórico, reverberando, igualmente, no século XXI, quando há o advento da chamada crise migratória⁹.

Ocorre que, a partir de então, desponta não apenas a configuração, mas a necessidade prática do princípio da autodeterminação dos povos ser consolidado, a partir da construção de um aparato normativo apto a garantir seu exercício.

A partir do processo de descolonização, ocorrido em meados dos anos 70, determinadas particularidades, especialmente no continente africano (BIRMINGHAM, 2008), confrontaram a realidade internacional para que esta não se mantivesse inerte em relação à consolidação do princípio da autodeterminação dos povos, focalizando, especialmente, na esfera das minorias.

A partir daí, passar-se-á ao exame das questões atreladas ao próprio Direito Internacional, que importam para a correta compreensão e, mais, que podem ser úteis para o desenrolar de soluções, ao menos teóricas, para os povos que se enquadram no conceito de minoria. Assim sendo, serão explorados os institutos do princípio autodeterminação e a

* Doutora em Direito Internacional (PUC-SP). Professora do Programa de Pós-Graduação em Governança, Tecnologia e Inovação (Universidade Católica de Brasília). Professora do Programa de Pós-Graduação do Ambra University. Coordenadora da Clínica de Direito Internacional (UNICURITIBA). Professora dos cursos de Direito e Relações Internacionais (UNICURITIBA). Ex-professora da Universidade Federal do Paraná. Membro e parecerista da Academia Brasileira de Direito Internacional. Delegada da Diplomacia Civil para a Organização Internacional do Comércio (OMC) e para o Conselho Econômico e Social (ONU). Advogada internacionalista.

⁹ Conforme destaca a Organização Internacional para as Migração (OIM): o termo ‘crise migratória’ é utilizado para descrever fluxos migratórios significativos e complexos resultantes de uma crise e que, de um modo geral, envolvem vulnerabilidades consideráveis para as pessoas e comunidades afectadas. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. Migrants Caught in Crisis: The IOM Experience in Libya. Disponível em: http://publications.iom.int/bookstore/free/MigrationCaughtinCrisis_forweb.pdf. Acesso em: 06 de março de 2022. p.05.



institucionalização da temática no cenário das organizações internacionais, com especial enfoque à Organização das Nações Unidas.

O presente trabalho será estruturado segundo o método dedutivo, a partir de uma premissa maior, uma premissa menor e uma conclusão. Quando se demonstrar possível a utilização de generalizações, então, paralelamente, operar-se-á com o método indutivo – caminhando do geral para o particular, considerando que se um fenômeno ocorre tal como os outros, ter-se-á apenas um único resultado.

Por fim, justifica-se a peculiaridade do presente exame: o princípio da autodeterminação dos povos, relacionado para com o direito das minorias faz com que os temas a serem aqui abordados não se encerrem por si só, podendo, inegavelmente, serem aplicados, de forma análoga, a realidades paralelas, cada vez mais presente em um mundo globalizado e migrante.

1) O DIREITO DOS POVOS

A partir de uma perspectiva própria do Direito Internacional, cabe destacar já de antemão o fato do desenvolvimento do direito dos povos estar intrinsecamente atrelado ao instituto do *ius gentium*, que, por sua vez, remete à ideia aos direitos comuns a todos os povos (SHAW, 2017).

Por consequência, é preciso compreender qual a conceituação da palavra povo neste cenário. Assim, diz-se que pela noção de povo tem-se a ideia de unidades compostas por vários indivíduos que obedecem a alguns ou muitos padrões sociais comuns, e que essas unidades de seres são, por sua vez, de algum modo, diferentes entre si (BARBOSA, 2001). Tais diferenças podem ser estruturadas na ordem cultural, bem como na forma que uma determinada parcela societária vive, age e pensa em dissonância com o restante.

Além disso, a partir da noção de multiculturalidade, é interessante fazer uma análise do que vem a ser o *Pluralismo Razoável*, proposto por John Rawls (1999). Essa ideia é determinada a partir da aceitação das diferenças dos cidadãos, pela consolidação da democracia constitucional, considerando que as instituições políticas e sociais deste tipo de governo deveriam levar eficazmente seus cidadãos a adquirirem o sentido adequado de justiça, dando estabilidade aos diferentes grupos a partir das razões certas.

É imprescindível sublinhar o caráter que o Direito dos Povos tem de assegurar este *Pluralismo Razoável* aqui tratado. A partir de uma separação entre o Direito dos Povos e o



próprio Direito nacional, cujo qual, ainda que não esteja assegurado em bases sólidas, deverá, ao menos, garantir aqueles.

Além disso, a investigação do conceito do termo *povo* pode ter ainda um enfoque sociopolítico, jurídico e antropológico (BARBOSA, 2001). Segundo a noção sociopolítica, é correto afirmar que apenas pelo próprio povo é que se pode haver uma mudança, por intermédio do exercício de sua autodeterminação, independentemente do Estado que se encontre. Além disso, pelo aspecto político, lembra-se que o povo tem o direito de demandar, de reivindicar, de agir e de lutar, sendo que nenhum Estado ou ente organizacional pode lhe retirar tais direitos, pois é intrínseco à própria condição de ser humano.

Em relação ao quesito jurídico, diz-se que o direito dos povos estaria abarcado no princípio da autodeterminação dos povos. E, finalmente, no que tange ao discurso antropológico, diz-se que um povo dependerá, então, de uma perspectiva cultural e linguística próprias, como alude Robert Shirley (1987, p. 28) na seguinte passagem:

Nação é um grupo de pessoas que tem uma língua em comum e uma cultura geralmente semelhante [...]. Se um Estado tenta impor uma nova cultura jurídica sobre a sociedade dominada, poderá causar enorme agitação e desmoralização, pois, do ponto de vista cultural legal do povo, a nova lei pode ser tida como injusta e errada.

O problema que vem, em conjunto à efetivação do Direito dos Povos, é que um determinado Estado poderá, a fim de estabelecer uma única identidade nacional, arrasar outras identidades minoritárias, impondo uma assimilação cultural e demonizando as diferenças – ou o diferente da maioria.

A questão pertinente a ser debatida é se a autodeterminação, justificadora de várias ações estatais, é mesmo dos Estados ou dos povos. Parece que a posição mais coerente seja conferi-la aos povos, uma vez que se for imputada aos Estados, ter-se-ia, como resultado, a violação dos direitos daquelas culturas que não são aceitas em termos societários e institucionais. É assim, então, que se conclui que a autodeterminação deverá ser considerada como um princípio dos povos, e não dos Estados.

Ainda assim, entende-se que o direito de um povo à autodeterminação não é justificativa plausível para que se tenha a intervenção em outros territórios. Todavia, merece realce o fato que a ruptura cultural e territorial de um povo com o (então) Estado de qual era parte dá-se, em geral, quando as normas que formam a identidade nacional foram permeadas por violência para com este povo especificamente, sendo impossível a sua coexistência. O remate desse discurso é que a maior parte das lutas de ruptura se dão pelos governos não terem



sabido integrar os seus povos e culturas, ou seja, por não terem reconhecido as diferenças no interior de seu território.

A tarefa de um Estado Democrático não pode ser a de suprimir povos e culturas, mas sim organizar a sua convivência pacífica. É imprescindível que haja uma estruturação de certa autonomia às minorias que povoam um determinado local, pois só assim pode ser garantido o próprio desenvolvimento cultural e, até mesmo, sua própria existência digna.

Em decorrência, o Direito dos Povos clama, indiscutivelmente, pela paz entre todos. Raymond Aron (1966) traça, num conceito simples, o que deve ser entendido por *paz por satisfação* e quais devem ser as condutas adequadas para um Estado, tais como: as unidas políticas não devem procurar ampliar o seu território, nem governar outras populações. Não devem, ainda, procurar expandir-se para aumentar os seus recursos materiais ou humanos, disseminar suas instituições ou usufruir o orgulho embriagante de governar.

Um bom exemplo de institucionalização do direito dos povos vêm do continente africano. Deveras, no sistema africano de proteção dos direitos humanos prepondera o direito dos povos, tendo em vista que a própria civilização africana se desenvolvera de maneira tribal. Com a proclamação da Convenção Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (*Carta de Banjul*), em 26 de junho de 1981, é que o sistema africano realmente se consolidou. Resposta aos abusos cometidos ao povo africano na década de 1970, o referido tratado fora o primeiro documento internacional que previu o direitos dos povos à preservação do equilíbrio ecológico (art. 24), bem como a providência de estabelecer direitos não apenas de indivíduos, mas da comunidade, correlacionando-se à ideia de povos como comunidades tradicionais, dispostas ao gozo da autodeterminação (art. 20). Em consonância com seu teor:

Artigo 20

1. Todo povo tem direito à existência. Todo povo tem um direito imprescritível e inalienável à autodeterminação. Ele determina livremente o seu estatuto político e assegura o seu desenvolvimento econômico e social segundo a via que livremente escolheu.
2. Os povos colonizados ou oprimidos têm o direito de se libertar do seu estado de dominação recorrendo a todos os meios reconhecidos pela comunidade internacional.
3. Todos os povos têm direito à assistência dos Estados Partes na presente Carta, na sua luta de libertação contra a dominação estrangeira, quer seja esta de ordem política, econômica ou cultural.

Tendo em vista tal documento, fica cada vez mais nítido que a sociedade internacional visa conseguir artifícios, através de novas instituições e práticas, para reprimir Estados que



venham a atuar de forma a perpetrar a violência contra as minorias que se encontram em um determinado território nacional.

A teoria e prática do direito internacional contemporâneo efetivamente convalidam a vindicação dos direitos dos povos. Um instrumento internacional, como a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981, por exemplo, consagra em um mesmo elenco os direitos civis e políticos (artigos 3 - 14), econômicos, sociais e culturais (artigos 15 - 18), assim como os direitos dos povos (artigos 19 - 24), com um mecanismo de implementação comum a todos (artigos 46 - 59 e 62). Os direitos dos povos têm, ademais, contado com reconhecimento judicial, no caso da *Delimitação Marítima entre Guiné e Guiné – Bissau*, por exemplo, em seu laudo de 18.02.1983, o Tribunal Arbitral que decidiu o caso referiu-se às "reivindicações legítimas" das partes como Estados em desenvolvimento e ao direito dos povos involucrados a alcançar o nível de desenvolvimento econômico e social que preserve plenamente sua dignidade (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 737).

Finalizando, interpreta-se que a assistência e cooperação não devem ser concretizadas apenas com o auxílio material para um determinado povo. A aceitação de suas peculiaridades, a garantia da autodeterminação dos povos, segundo sua própria cultura, vontade e determinação devem ser garantidos a partir da atuação dos Estados no cenário internacional e, inclusive, pela ação prática das próprias organizações internacionais. Só assim a sociedade internacional poderá progredir na promoção, proteção e efetivação do princípio à autodeterminação dos povos, que será analisado a seguir.

2) O PRINCÍPIO DE AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS NO CONTEXTO INTERNACIONAL

Esboça-se, primeiramente, que sendo a autodeterminação um princípio do Direito Internacional, seu surgimento está atrelado à necessidade decorrente da intensificação das relações entre os Estados, estando consolidado em documentos internacionais. Traça-se que tais princípios têm relevância inquestionável para a intensificação das relações que se estabelecem em toda a sociedade internacional, uma vez que permitem solucionar controvérsias entre os Estados.

Nesse sentido, faz-se relevante discorrer que a autodeterminação dos povos, nos primórdios dos tempos, era conceituada como um princípio de direito internacional, intimamente ligada aos direitos humanos – especificamente aos direitos de liberdade e de igualdade. Com o aprimoramento de seu conceito, e segundo as reclamações advindas da realidade, o princípio passou a incorporar-se, autonomamente, ao rol dos direitos humanos.



A autodeterminação teve um papel indubitavelmente importante em toda a história de conquistas dos direitos humanos, repousando-se, quase sempre, na justificativa que diz que, para existir o pleno gozo dos próprios direitos humanos por cada ser humano e para a materialização da igualdade de direitos entre os povos, é necessário, anteriormente, o reconhecimento da autodeterminação. Para expressar essa importância, transcreve-se o trecho (TRAVIESO, 1996, p. 61):

É evidente, pois, que há uma íntima relação entre a igualdade de direitos dos povos e o direito de autodeterminação por uma parte, e respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais por outra. Essa relação entre os direitos individuais e os coletivos e sua mútua alimentação foram assinaladas por Aurélio Critescu, ao considerar que: "Se bem a igualdade de direitos entre os povos e seu direito a livre determinação, é um direito coletivo, não é menos certo que interessa também a cada pessoa, posto que a privação deste direito acarretaria na privação de direitos individuais. O direito dos povos à livre determinação é um direito fundamental, sem o qual não é possível desfrutar plenamente dos demais direitos. Constitui um princípio do direito subjetivo mais importante dos direitos humanos. Este direito é, dessa forma, um direito coletivo que pertence a todas as nacionalidades e a todos os povos. Os povos e nações, e com mais razões os indivíduos que as integram, não podem ser livres se não desfrutarem deste direito, condição indispensável para o exercício de todos os direitos e todas as liberdades individuais. Por isso, ocupa o primeiro lugar nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos.

No desenrolar dos fatos, avista-se que, nos primórdios da história, a preocupação com a autodeterminação dos povos era quase inexistente, sendo que só passou a ser efetiva no século XX. Vale lembrar que, por muito tempo, quando o modelo colonialista imperava, não existia qualquer motivação por parte da sociedade internacional para que se desenrolasse a autodeterminação dos povos, uma vez que o colonizador impunha seus valores ao povo colonizado e não se preocupava se a vontade deste último vinha a ser diferente da sua, formando assim, uma relação totalmente desequilibrada e perpetradora de violências.

Nessa mesma época, pode ser dito que o principal fator que não permitiu a efetivação da autodeterminação fora a escravidão. Uma vez que o povo escravizado era considerado, sob os mais diversos aspectos, inferior, não se pode imaginar o desenvolvimento, conjuntamente à escravidão, de uma autodeterminação baseada na igualdade de direito e condições aos povos.

Apesar de toda essa situação caótica, a autodeterminação começou a ser formulada, mas ainda de maneira muito incipiente. Fora apenas após a Primeira Guerra Mundial, com o Pacto da Liga das Nações, que a autodeterminação passou a ser considerada como um princípio geral de Direito Internacional Público.



Mas fora com a Carta das Nações Unidas, em 1945, que se cristalizaram as bases do princípio da autodeterminação, abandonando a ideia que tal princípio teria um caráter meramente moral e político. Assim sendo, faz-se alusão ao primeiro artigo da carta, segundo parágrafo, e ao artigo 55, inciso c:

Artigo 1.º, § 2.º: Fomentar entre as nações relações de amizade, baseada no respeito ao princípio da igualdade de direito e à livre determinação dos povos, e tomar outras medidas adequadas para fortalecer a paz universal.

Artigo 55, inciso c: Com o propósito de criar condições de estabilidade e bem-estar necessários para as relações pacíficas e amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e à livre determinação dos povos, a Organização promoverá: [...] c) o respeito universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todos, sem fazer distinção por motivos de raça, sexo, idioma ou religião[...].

No ano de 1960, despontou, no âmbito da ONU, a Resolução 1514¹⁰, da Assembleia Geral, aprovando a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e aos Povos Coloniais, entendendo-se, a partir de então, que a autodeterminação seria um direito, elencado na categoria de direitos humanos, nos termos do documento (TRAVIESO, 1996, p. 67).

1. A sujeição dos povos a uma subjugação, dominação e exploração estrangeiras constituem uma denegação dos direitos humanos fundamentais, e contraria a Carta das Nações Unidas, comprometendo a paz e a cooperação mundial.
2. Todos os povos têm o direito de livre determinação; em virtude desse direito, eles determinam livremente seu *status* político e continuam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Em 1984, o Comitê de Direitos Humanos veio a conceituar, de maneira objetiva, o direito de autodeterminação tratado em ambos os pactos. De maneira detalhada, transcreve-se tal trecho sobre a questão (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 736):

Os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas (o de Direitos Civis, políticos, e o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966) determinam, em seu artigo 1, que "todos os povos têm direito à autodeterminação", e, em virtude desse direito, "determinam livremente o seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural." Em seu comentário geral n.º 12 (de 1984) sobre esta disposição, o Comitê de Direitos Humanos (órgão de supervisão do Pacto de Direitos Civis e Políticos) conceitualizou o direito de autodeterminação como "um direito inalienável de todos os povos", cuja realização constitui uma "condição essencial" para a garantia efetiva e a observância dos direitos humanos individuais; é o que se pode depreender de sua própria consagração no artigo 1.º de ambos os Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas – acrescentou o Comitê –, antes e

¹⁰ UNITED NATIONS. **A/RES/1514(XV)**, 14 December 1960. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/152/88/PDF/NR015288.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 de junho de 2021.



acima de todos os direitos nestes consignados. Destacou, enfim, o Comitê, a importância do parágrafo 3 do artigo 1 de ambos os Pactos, em virtude do qual os Estados-Partes assumem obrigações " não só em relação a seus próprios povos mas *vis-à-vis* todos os povos que não tenham sido capazes de exercer ou tenham sido privados da possibilidade de exercer seu direito de autodeterminação".

Ademais, debate-se que a autodeterminação dos povos vincula a construção de seu conceito aos tempos coloniais, uma vez que fora durante esse período que houve uma vasta repressão aos povos que na colônia se encontravam. Levando em conta o contexto de reivindicações, o princípio da autodeterminação passa a ser uma norma imperativa de Direito Internacional, visando, cada vez mais, a sua efetividade para todos aqueles povos que se encontravam em um regime de opressão. Também, tal direito garantiria a possibilidade de finalizar as mais variadas formas de dominação, exploração e imperialismo que, infelizmente, ainda se encontram presentes.

Enfatiza-se, nesta perspectiva, a partir da autodeterminação dos povos, uma nova concepção das normas imperativas de Direito Internacional: estariam, no corpo de tais normas, princípios como a autodeterminação dos povos (BEN-DOR, 2013) que agregaria, outros valores, tais como a pluralidade, a não-discriminação e a proibição da segregação.

Neste desenrolar, a autodeterminação dos povos sofreu influências peculiares, tais como das minorias em determinados territórios, sendo assim são descritas (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 735):

O exercício do direito de autodeterminação dos povos floresceu precisamente nas experiências de plebiscitos e consultas aos habitantes dos territórios sob mandato (e no regime das minorias sob a Liga das Nações), sob tutela e sem governo próprio – as quais, por sua vez, fomentaram o desenvolvimento do preparo político e educacional.

A partir de tais informações, e alicerçado no Direito Internacional, aflora-se o entendimento que a autodeterminação dos povos nasce a partir de três Resoluções da Assembleia Geral da ONU, todas de 1960, quais sejam: Resolução 1514; Resolução 1541 e Resolução 1542.

A Resolução 1514¹¹, intitulada de Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais, trouxera consigo o entendimento que todas as formas de colonialismo deveriam ser combatidas, acendendo a afirmação do direito à autodeterminação dos povos.

¹¹ UNITED NATIONS. **A/RES/1514(XV)**, 14 December 1960. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/152/88/PDF/NR015288.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 de junho de 2021.



As vozes da comunidade internacional invocando o abandono do colonialismo aliadas à uma anuência – se bem que lábil – dos países ocidentais prepararam o terreno para que a Assembleia Geral adotasse duas importantes resoluções. Uma das resoluções mais conhecidas é a Resolução 1514 (XV) adotada pela Assembleia no dia 14 de dezembro de 1960 e intitulada “Declaração sobre a concessão da independência aos Países e Povos coloniais”. A resolução em pauta, aprovada com o voto de 89 países e com 9 abstenções, fixando como ponto de partida “the necessity of bringing to a speedy and unconditional end colonialism in all its forms and manifestations”, proclama nos seus diversos artigos as intenções de garantir o princípio de autodeterminação, condenando expressamente a prática do colonialismo em todas as suas formas e manifestações (BIAZI, 2015, p. 187).

No que se refere à Resolução 1541, tal documento enuncia as situações que um determinado território poderia associar ou integrar-se a um Estado soberano; em relação à Resolução 1542, imputou responsabilidade única e exclusivamente a Portugal – ainda que, frente a uma interpretação extensiva, pudesse determinar a maneira de interpretar situações análogas em realidades de outros Estados -, estabelecendo a exigência que tal país reportasse a situação de seus territórios ao organismo internacional.¹²

Percebe-se, assim, que a autodeterminação dos povos não justifica todo e qualquer ato que se demonstre incompatível com a integridade territorial do Estado, não se estabelecendo como legitimadora da abrupta ruptura para com o governo cujo qual se encontra sob seus auspícios. De toda forma, também não se pode perder de vista que a autodeterminação vem a ser dos povos, e não do monopólio estatal. Nesta seara, constata-se que aceitar o direito à autodeterminação como sendo do Estado acarretaria a possível supressão dos direitos das minorias e povos.

Ademais, a autodeterminação dos povos deve se adequar aos aspectos culturais do povo que a reclamar. Além do aspecto cultural, outro ponto de extrema importância para compreendê-la repousa na análise de qual momento seria passível o exercício de tal princípio, sendo, neste caso, especificamente quando, então, o direito à diferença não fosse respeitado em um território nacional específico.¹³

¹² EM DIREITO. Os “Ventos de Mudança” e a Resistência Portuguesa. Disponível em: <https://media.rtp.pt/descolonizacaoportuguesa/pecas/os-ventos-de-mudanca-e-a-resistencia-portuguesa/>. Acesso em: 06 de março de 2022.

¹³Para bem compreender o contexto em que a autodeterminação deveria ser percebida é necessário se levar em conta situações contemporâneas, pois, o ato de dominação não se limita à situação colonial ou pós-colonial. O ato de dominação ocorre também no interior dos Estados constituídos; além disso, as lutas sociais também não se situam exclusivamente nos campos do político e do econômico, atingindo também o plano da cultura, de modo que seria reducionista querer resumir a autodeterminação aos aspectos políticos e econômicos porque não pode haver real independência sem também o respeito à identidade cultural, tanto que é exatamente pela busca da afirmação de



Com fundamento no manifestado, há de se realçar que, na teoria própria do Direito Internacional Público, a autodeterminação vem a ser, inegavelmente, um princípio jurídico. A partir de tal natureza, vem a partilhar da completude para com outros princípios gerais do direito, a partir de sua conceituação aberta. Vem, também, já que sua demanda societária vem atrelada aos movimentos de descolonização, a dissociar-se da autodeterminação econômica, fazendo com que demandas que versam única e exclusivamente sobre tal fundamento não encontrem respaldo no princípio em alusão. E, por último, parece estar indissociavelmente ligado, em suas várias nuances, à necessidade de se compreender o território e como o direito de propriedade, ainda que com caráter individual em seus primórdios, alcança níveis comunitários e vem a influir na (possível) consolidação da autodeterminação dos povos.

A posição atual é de que a autodeterminação é um princípio jurídico [...]. As suas ramificações precisas noutros contextos não estão ainda esclarecidas, sendo difícil tratar com justiça estes problemas num curto espaço. Esta questão apresenta três aspectos. Em primeiro lugar, este princípio inspira e completa outros princípios gerais de Direito Internacional, *videlicet*, a soberania do Estado, a igualdade dos Estados e a igualdade dos povos dentro de um Estado. Assim, a autodeterminação é empregue em conjunção com o princípio da não ingerência em relação ao uso da força noutros casos. Em segundo lugar, o conceito de autodeterminação foi aplicado no contexto diferente da autodeterminação econômica. Em último lugar, este princípio parece ter corolários que podem incluir os seguintes: a) se um território for apropriado pela força e se o objectivo for a implementação deste princípio, então o título pode provir, graças à aquiescência e reconhecimento gerais, mais rapidamente do que em outros casos de apropriação ilegal de um território; b) este princípio pode compensar a falta parcial de certos *desiderata* nos campos de qualidade de Estado e do reconhecimento; c) a intervenção destinada a combater um movimento de libertação pode ser ilícita, enquanto que o auxílio a esse movimento pode ser lícito; d) em caso de abandono pelo soberano actual, o território habitado por povos não organizados num Estado não pode ser considerado como *terra nullius* susceptível por Estados individuais (BROWNLIE, 1997, p. 619-620).

O que também se argumenta é que a autodeterminação dos povos tem uma íntima relação com a soberania dos Estados, principalmente se considerada como norma *jus cogens*, visto que não dependerá da livre vontade dos Estados a sua implementação, sendo cogente para tais sujeitos (TRAVIESO, 1996). =

uma identidade cultural específica, própria, que se sustentam diversos movimentos de emancipação política de vários povos (Wilhelm, *ibidem* p.8). [...] Identidade cultural e autodeterminação são indissociáveis. A identidade cultural é o critério último na definição de povo, sujeito ativo do direito à autodeterminação e desencadeia, conseqüentemente, o processo de autodeterminação. Apenas a autodeterminação pode ser o instrumento adequado para proteger a identidade cultural dos povos e, por conseguinte garantir o direito à diferença. BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação: direito à diferença**. São Paulo: Plêiade, 2001. p.323-324.



Ademais, tendo a ONU reconhecido, logo no primeiro artigo de sua Carta¹⁴, a autodeterminação como um signo chave dos direitos humanos, bem como toda a teoria do *jus cogens* abraçado toda a axiologia própria de tal direito, constata-se uma inclinação à ampliação do rol de normas *jus cogens* a partir das Resoluções anteriormente citadas da Assembleia Geral (ONU), considerando que tais estabelecem que a declaração da autodeterminação dos povos estaria em consonância com o processo de formação de *jus cogens*.

Ainda, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) entendeu que, segundo algumas premissas, e justificada pela autodeterminação dos povos, um povo pode vir a requerer sua soberania, segundo a afirmação do direito à autodeterminação, uma vez que esse deve ser efetivo a qualquer que seja o povo, devendo este último desfrutar de uma identidade política coletiva própria.

Adentrando às situações analisadas pela CIJ, pode-se destacar o voto do juiz Sebutinde, de 1965, no caso *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritiu*. Neste, o juiz arguiu que a Corte perdeu a oportunidade de reconhecer o direito à autodeterminação no contexto da descolonização como norma de *jus cogens*¹⁵. Não obstante, ainda que com essa falha da CIJ, a Comissão de Direito Internacional (ONU) estabeleceu, em 1963, a autodeterminação como regra imperativa de Direito Internacional (*jus cogens*).

Finalmente, entende-se que a autodeterminação dos povos deve ser constatada como uma regra *jus cogens*, cuja qual o Estado deverá promover, proteger e estabelecer meios para sua efetivação. Se o Estado não agir de tal forma, deve ser plenamente passível a sua demanda em foros internacionais e, inclusive, que seja imputada a responsabilidade internacional ao Estado, visto que a autodeterminação, em último escopo, garante não apenas a concretização de tantos outros direitos humanos, mas "a determinação pelo povo do destino do território, e o território determinar o destino do povo" (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 138).

3) O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E AS MINORIAS ÉTNICAS

¹⁴Article 1. *The Purposes of the United Nations are: 1.To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace; (...). CHARTER OF THE UNITED NATIONS.* Disponível em: <https://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html>. Acesso em: 24 de março de 2022.

¹⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Separate Opinion of Judge Sebutinde (Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965)*, Advisory Opinion of 25 February 2019.



O processo de internacionalização dos direitos humanos acompanhou a própria humanização do Direito Internacional. Se outrora os direitos humanos eram considerados ramo do Direito Internacional Público, subjugados à vontade soberana dos Estados, o processo evolutivo do Direito e da sociedade fez com que hoje sejam considerados como ramo autônomo jurídico, reclamando conceitos e normatividade própria que alcancem a proteção que lhes é indispensável.

Considera-se o processo de internacionalização dos direitos humanos a partir de dois momentos: da segunda metade do século XIX até a 2ª Guerra Mundial; e pós 2ª Guerra, quando do nascimento da Organização das Nações Unidas.

A primeira fase – ou também conhecida como primeiros precedentes históricos do processo de internacionalização dos direitos humanos - atrela-se ao surgimento do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho. Tais institucionalidades diversificaram o campo de atuação do Direito Internacional, abrigando interesses além do relacionamento entre Estado – Estado, ou Estado – organismos internacionais, supervisionando a efetivação dos direitos humanos pelos Estados aos indivíduos, além de disponibilizarem instrumentos e meios próprios para tanto, já que estes direitos se internacionalizaram.

Sucedem-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, como hoje se apresenta, estabeleceu-se, definitivamente, com o final da Segunda Guerra, vindo a ser compreendido como o *conjunto de normas internacionais criadoras e processadoras das obrigações do Estado em respeitar e garantir certos direitos a todos os seres humanos, sob sua jurisdição, sejam nacionais ou não* (SIMMA, 1995, p. 166).

Considera-se como marco inicial da disciplina chamada de Direito Internacional dos Direitos Humanos a Carta das Nações Unidas – também chamada de Carta de São Francisco -, de 1945. Fora providencial seu surgimento, visto que elencara, expressamente, a locução *direitos humanos*¹⁶, positivando, ainda, a cooperação para consecução de seus objetivos. Vale considerar, acerca do tema, a passagem abaixo (PIOVESAN, 2011, p. 184):

A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional no plano

¹⁶ Como exemplo, tem-se seu artigo 55, alínea c, tratando sobre o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.



econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos.

Conclui-se irrefutável o caráter universal dos direitos humanos a partir da Declaração de Direitos de 1948, justamente por prever, expressamente, em seu art. II, que *toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidas na Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra distinção*. A doutrina garante o entendimento acima elencado, quando propõe que, a partir de tal documento, fora possibilitada uma normatividade congruente e protetiva a todos os indivíduos, apenas por sê-los. Coordena-se (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 63):

No tocante à sua *projeção normativa*, constituíram ambas as Declarações um ímpeto decisivo, como já indicado, no processo de *generalização* da proteção internacional dos direitos humanos que as quase cinco últimas décadas têm testemunhado. Este processo passou a visar a proteção do ser humano *como tal*, e não mais sob certas condições ou em setores circunscritos como no passado [...].

É a partir de então que se impõe moralmente aos Estados a necessária conduta ativa na proteção e efetivação dos direitos humanos, traduzindo-se em preceitos constitucionais. Em ambiente internacional, influi no surgimento de instrumentos que supervisionem e fiscalizem a conduta dos Estados para com os direitos humanos de seus cidadãos.

É neste momento que irrompe a responsabilidade internacional dos Estados no campo dos direitos humanos. Esta será deflagrada quando as ações estatais de promoção e proteção dos direitos não mais se demonstrem efetivas, em consonância com a falha ou omissão de suas instituições.

O problema que se observa é que os Estados, mesmo com inúmeros tratados desenvolvidos, ratificados e internalizados sobre a questão dos direitos humanos, continuam inertes aos problemas que em seu interior ocorrem sobre tais questões. Importante destacar, neste ponto, o entendimento de Cançado Trindade (2002, p. 649):

A despeito dos sensíveis avanços logrados no presente domínio de proteção nos Estados-Partes, ao ratificarem os tratados de direitos humanos os Estados-Partes contraem, a par das obrigações convencionais atinentes a cada um dos direitos protegidos, também *obrigações gerais* da maior importância, consignadas naqueles tratados. Uma delas é a de respeitar e *assegurar o respeito* dos direitos protegidos – que requer *medidas positivas* por parte dos Estados – e outra é a de *adequar o ordenamento jurídico interno* à normativa internacional



de proteção. Esta última requer que se adote a legislação necessária para dar efetividade às normas convencionais de proteção, suprindo eventuais lacunas no direito interno, ou então, que se alterem disposições legais nacionais com o propósito de harmonizá-las com as normas convencionais de proteção – tal como requerido pelos tratados de direitos humanos. Estas obrigações gerais, a serem devidamente cumpridas, implicam naturalmente o concurso de todos os poderes do Estado, de todos os seus órgãos e agentes.

De tal modo, como forma de contornar tal cenário, desponta a proteção internacional dos direitos humanos como o *conjunto de mecanismos internacionais que analisa a situação de direitos humanos em um determinado Estado* (RAMOS, 2013, p. 34), visando constatar possíveis violações ali realizadas, além de prever, para estas, reparações materiais e/ou obrigacionais.

Aponta-se que a proteção internacional dos direitos humanos vem abarcar organismos internacionais, contando, especialmente, com dois níveis de proteção: universal (no âmbito da Organização das Nações Unidas) e regional (no que tange ao sistema europeu, sistema interamericano e sistema africano de proteção dos direitos humanos). Não obstantemente, deve-se assentir que tal nível de proteção não transpõe a proteção nacional, que continua abarcando a responsabilidade primária frente à promoção, proteção e efetivação dos direitos humanos (RAMOS, 2013, p. 343).

Assimila-se, primeiramente, a possibilidade de coexistência de todos estes sistemas, aplicando-se a norma mais favorável à vítima¹⁷, pela coordenação destes mecanismos. Aponta-se, ainda, ao fato de que *o esgotamento de um mecanismo não exaure o direito da vítima de utilizar-se de outro mecanismo que garanta seus direitos violados* (RAMOS, 2013, p. 345).

Verifica-se, assim, que a própria internacionalização dos direitos humanos visa a consolidar um ideal mínimo para todos os indivíduos, garantindo, assim a dignidade da pessoa humanada para toda e qualquer comunidade, abraçando, inclusive, suas diferenças. É nesse ponto que se estabelecem as bases compreensivas que os direitos humanos devem ser garantidos para todos os indivíduos, especialmente para as minorias. Não obstante, a partir de seu histórico de constantes e latentes violações a seus direitos, as minoriais emergiram na compreensão dos direitos humanos a partir de uma ebulição social própria que, a partir daqui, passa a ser examinada.

3.1 Conceito de Minoria

¹⁷ Para Cançado Trindade, no domínio da proteção dos direitos humanos interagem o direito internacional e o direito interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A evolução da proteção dos direitos humanos e o papel do Brasil**. Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992. p. 34.



Inicialmente, aduz-se que não há uma concepção de minoria que seja globalmente aceita, uma vez que a definição de minoria depende de uma determinada realidade, podendo assumir diversos conceitos e feições. Ocorre que o conceito que mais amplamente se utiliza, em relação à definição de minoria, é aquele desenvolvido por Francesco Capotorti (1998), ex-Relator Especial das Nações Unidas:

Um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em posição não dominante, cujos membros – sendo nacionais desse Estado – possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes das do resto da população e demonstram, pelo menos de maneira implícita, um sentido de solidariedade, dirigido à preservação da sua cultura, das suas tradições, religião ou língua.

Inicialmente, vale dizer que a discussão sobre as minorias entrou na pauta internacional devido às mudanças territoriais decorrentes na Europa, logo após o fim dos conflitos da Primeira e Segunda Grandes Guerras Mundiais, ditando-se muito mais por interesses políticos que visando, efetivamente, proteger os grupos sem força expressiva em um determinado Estado.

Adentrando à previsão da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), sua interpretação sobre minorias se deu em 31 de julho de 1930, a partir de uma opinião consultiva que visava estabelecer parâmetros sobre a emigração das comunidades greco-búlgaras (THONBERRY, 1994). Neste sentido, a CPJI estipulou que o conceito de minorias estaria interligado ao conceito de comunidade, cujo qual, por sua vez, dependeria de traços específicos a partir de uma raça, religião, idioma, tradições, educação e sentimento de pertencimento à comunidade. Frisa-se o seu entendimento a partir da seguinte passagem:

Segundo a tradição, a "comunidade" é um grupo de pessoas que vivem em um país ou localidade determinada, tem uma raça, religião, língua e tradições que lhes são próprias e estão unidas por uma identidade de essa raça, religião, língua e tradição em um sentimento de solidariedade para conservar suas tradições, manter seu culto, assegurar a instrução e educação de seus filhos de acordo com o gênero de sua raça e ajudar-se mutuamente [...] A questão é...uma comunidade determinada está ou não conforme com a noção anteriormente descrita é uma questão de fato [...] A existência das comunidades é uma questão de fato, não de direito [...] A Corte opina por unanimidade que deve responder como segue as perguntas que lhe tem sido formuladas: 1. O critério de conceito de comunidade, tal como se coloca nos artigos do Convênio [...] é a existência de uma coletividade de pessoas que habitam em um país ou localidade dados, pertencem a uma raça, professam uma religião, falam um idioma e dessas tradições, mantêm seu culto,



asseguram a instrução e educação de seus filhos conforme o gênero de sua raça, e ajudam-se mutuamente. (CPJI, apud KIPER, 1998, p.56)¹⁸

Já no âmbito da Subcomissão para Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias, sendo notoriamente o primeiro esforço das Nações Unidas para encontrar um conceito universalmente aceito da palavra *minorias*, datando-se em 1950, sugeriu-se, em suma, tais pontos (KIPER, 1998):

1. O termo só se aplicaria aos grupos não-dominantes de uma população que possuem e querem conservar tradições ou características étnicas, religiosas ou linguísticas estáveis, nitidamente distintas das do restante de toda a população.
2. Seria conveniente que essas minorias contassem com um número suficiente de pessoas para que pudessem preservar, por si mesmas, suas características.
3. As minorias devem demonstrar sua lealdade ao Estado que fazem parte.

Segundo Kiper (1998), lembra-se que vários dos membros da Subcomissão vieram a criticar esses próprios pontos, isto por entenderem que o documento em referência continha algumas disposições que poderiam excluir da definição certos grupos nacionais que deveriam, sem embargo, gozar de proteção especial como minorias. Manifestaram, assim, que ao mencionar unicamente os grupos que desejam "conservar tradições ou características étnicas, religiosas ou linguísticas", introduziu-se um elemento subjetivo: os Estados quem seriam os responsáveis, em última análise, por confirmar se tais grupos gostariam, de fato, de conservar tradições, abrindo-se à possibilidade para se perpetrarem violações aos direitos de tais comunidades, caso assim não fosse entendido.

Ainda, alguns entenderam que na definição da Subcomissão não estaria suficientemente destacada a diferença entre minorias e estrangeiros que residem em outro Estado (migrantes). Assinalou-se, ainda, que seria difícil compreender como poderiam fazer um estudo sobre todas as minorias que necessitam de medidas especiais de proteção, particularmente pela ausência de um critério que permitiria determinar quais minorias necessitariam de tal proteção de imediato e quais poderiam existir sem as tais.

¹⁸ PERMANENTE COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Interpretation of the Convention Between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration. Advisory Opinion of 31 August 1930.



Neste sentido, é inegável, como afirma Bagley (1950, p. 9), que "o problema das minorias consiste em uma realidade cheia de problemas particulares, cada um dos quais depende de uma rede de complexos fatores econômicos, sociais, históricos, étnicos e políticos".

Dessa forma, no âmbito dos documentos internacionais, é imprescindível discorrer o artigo 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. O que se constata, em termos gerais a partir de tal normativa, é que há uma previsão de proteção internacional ao direito à identidade nacional, étnica, religiosa ou linguística, bem como o direito de preservar as características, visando sua manutenção e desenvolvimento. Em suma, o art. 27 do Pacto vem a tratar sobre a proteção dos indivíduos integrantes de um grupo minoritário, não podendo o Estado, então, garantir direitos apenas àqueles que considera como seus nacionais.

Constatam-se alguns problemas em relação a tal artigo. O primeiro deles vem a ser que o próprio Estado é quem, em última análise, fará o reconhecimento se uma determinada parcela societária será ou não considerara como minoria, guardando, aí, a necessidade de se ter concretizado tal rol de direitos. Ademais, a partir de uma interpretação taxativa do artigo, poder-se-ia imaginar que há a exclusão de algumas minorias que não abarquem os caracteres étnicos, religiosos ou linguísticos, ficando, assim, desamparadas da proteção (MAHLER; MIHR; TOIVANEN, 2009).

Em um desenrolar histórico, vale pontuar que no Seminário sobre a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos das Minorias Nacionais, Étnicas e de Outro Tipo, celebrado em 25 de junho a 8 de julho, de 1974, em Ohrio, na antiga Iugoslávia, resumiu-se que a diversidade das condições históricas, econômicas e sociais existentes em determinadas regiões do mundo seria um obstáculo para formular um conceito ou definição geral do termo minoria. Alguns grupos minoritários estavam muito disseminados, ao passo que outros se encontravam concentrados formando uma maioria em certas regiões de um determinado país. Assim, entendeu-se que o termo em questão se aplicaria, em alguns casos, a grupos nacionais, étnicos ou raciais e em outros, apenas a grupos linguísticos ou religiosos (KIPER, 1998).

Ainda que não vinculativo aos Estados, em 1992, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas¹⁹, correspondendo a um grande marco

¹⁹ DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS PERTENCENTES A MINORIAS NACIONAIS OU ÉTNICAS, RELIGIOSAS E LINGUÍSTICAS. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1992%20Declaração%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20Pertencentes%20a%20Minorias%20Nacionais%20ou%20Étnicas,%20Religiosas%20e%20Lingu%C3%ADsticas.pdf>. Acesso em: 12 de abril de 2022.



na proteção internacional dos direitos das minorias. Neste sentido, relata-se que este é o único documento da ONU que, de fato, trata especificamente sobre a questão das minorias, garantindo-lhes o direito à identidade cultural, religiosa, de reunião, bem como a sua participação plena na sociedade. Em relação aos Estados, impõe-se, ainda que moralmente, a adoção de medidas para promoção e proteção dos direitos, devendo estabelecer condições aptas ao exercício de tais direitos por aquelas comunidades.²⁰

Trata-se de um único instrumento emanado das Nações Unidas que contempla, de maneira separada e específica, os direitos particulares das minorias e de seus membros, sendo assim que enfatiza principalmente quais são os direitos individuais das minorias nos grupos humanos que se encontram. A Declaração salva-guarda a integridade territorial e a independência política dos Estados. As minorias não têm direito de livre determinação e nem secção. [...] A Declaração não contém uma noção de minoria devido, fundamentalmente, à ausência de um consenso sobre tal questão, coisa que não se deve obstaculizar sua proteção. A falta de força jurídica obrigatória da Declaração não significa que todos os direitos e obrigações ali contidos não tenham tal valor jurídico, porque neste âmbito são de aplicações consuetudinária (MARTÍNEZ; CASCÓN; LIESA, 2000, p. 524).

De qualquer maneira, tal Declaração veio a ser um grande – e importante – avanço no reconhecimento das diferenças. Também, para evitar os abusos que poderiam ocorrer, estabeleceram-se alguns tipos de limites a essas mesmas minorias. Como base para tais conclusões, transcrevem-se as explicações:

Os limites genéricos dos direitos das minorias vêm estabelecidos pelo respeito à integridade política dos Estados e pela existência do mínimo de direitos humanos que os particularismos culturais devem respeitar. Os direitos que são declaradamente reconhecidos às pessoas pertencentes aos grupos minoritários são amplos e possuem uma dimensão coletiva inevitável, tal como se estivessem construindo os direitos individuais. Assim, reconhece-se o direito da existência (que seria como o direito à vida), mas também, seu direito à identidade nacional, étnica, cultural, lingüística, religiosa, implicando na consequência que os Estados não devem absterem-se nestes aspectos, mas sim aplicarem medidas de ações positivas para que possam promover a igualdade

²⁰A Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1992, é o único documento autónomo das Nações Unidas que trata dos direitos especiais das minorias. Nele é garantido o direito à identidade cultural e religiosa para as pessoas pertencentes a minorias, incluindo o direito à reunião, assim como a participação plena, como um todo, na sociedade. A Declaração também exige que os Estados adotem medidas para protegerem e promoverem estes direitos, incluindo a obrigação de estabelecerem condições favoráveis para se conhecer e se exercer estas culturas, línguas e religiões, implementarem medidas para o progresso econômico e acesso ao sistema de segurança social do país e, adicionalmente, facilitarem a cooperação com outros Estados, no que respeita a estas matérias. IUS GENTIUM CONIMBRIGAE (Universidade de Coimbra). **O Direito das Minorias**. Disponível em: <https://igc.fd.uc.pt/manual/pdfs/O.pdf>. Acesso em: 23 de abril de 2021.



real e efetiva. Nesta linha, a Declaração, especificadamente em seu artigo quarto, diz-se que os Estados devem adotar medidas para a manutenção das características e promover o desenvolvimento da cultura, idioma, religião, tradição e costumes das minorias, especialmente no âmbito da educação e da língua. [...] Além disso, na Declaração se reconhece o direito à própria cultura, ao ensino e prática de sua religião e a utilização de seu idioma, no âmbito privado ou público, livremente e sem qualquer interferência e nem qualquer tipo de discriminação. Junto a esses direitos, localizam-se outros que estão em formação, no próprio direito internacional, tal como o direito a participar efetivamente na vida cultural, religiosa, social, econômica e pública, assim como o direito de participação nas decisões que se adote em nível nacional e, quando necessário, em nível regional (MARTÍNEZ; CASCÓN; LIESA, 2000, p. 524).

Com a análise desse documento, chega-se à conclusão que, mesmo sendo ele uma "*soft law*", sem força impositiva no interior dos Estados, mas apenas dando direções ao seu devido modo de agir em uma questão, tem-se um grande avanço em relação aos direitos dos grupos minoritários, sendo que suas direções já estão traçadas, necessitando, num futuro próximo, consolidar e desenvolver-se cada vez mais em todos os segmentos da sociedade.

Segundo o conceito do autor italiano Alessandro Pizzorusso (1967), considera-se que a noção jurídica da terminologia minoria deve conter dois elementos essenciais: quem pertence a uma minoria virá a formar sempre um grupo social; a assunção no âmbito da comunidade estatal de uma posição de inferioridade.

Tendo em vista o primeiro elemento, ou seja, a formação de grupos sociais, é importante ressaltar que esse aspecto se refere a uma coletividade de pessoas, mas haja uma uniformização de suas características. Pela segunda característica, compreende-se que nem todos os grupos sociais constituem minorias, pois para que assim sejam considerados, é indispensável a posição de inferioridade no contexto nacional.

Ainda na perspectiva doutrinária, Rudesco (1928) entende que os indivíduos diferenciados, em termos da maioria de um Estado, a partir de sua raça, língua e religião, não estando necessariamente interligados aos movimentos migratórios. Em seus termos:

Entende-se por minorias os agrupamentos de indivíduos que são sujeitos de um Estado, ao mesmo título que a maioria dos sujeitos, e que, entretanto, não podem ser confundidos com estes últimos, devido à diferença de raça, de língua ou de religião – e nesse mesmo contexto sua presença não está sujeita à imigração.

Já para Toscano (1932, p. 107), a minoria seria a parcela populacional que se une por questões históricas, a partir de sua cultura diferenciada. Ou seja,



aquela parte da população permanente de um Estado que, ligada por tradições históricas a uma porção determinada do território, e provida de uma cultura própria, não pode ser confundida com a maioria dos outros súditos por causa de sua diversidade de raça, língua ou religião.

E, finalmente, para se ter um esboço geral de quais características devem estar presentes para a generalização conceitual de minorias, segundo os antropólogos Wagley e Harris (1955, p. 428-451), destacam-se:

1. São segmentos subordinados de sociedades estatais complexas.
2. As minorias têm traços físicos ou culturais especiais que são tomadas em pouca consideração pelo segmento dominante da sociedade.
3. As minorias são unidade autoconscientes, ligadas pelos traços exclusivos que seus integrantes partilham e pelas restrições que os mesmos produzem.
4. A qualidade de membro de uma minoria é transmitida pela regra de descendência, a qual é capaz de interligar gerações sucessivas, mesmo que estas não portem aparentes traços físicos ou culturais.
5. Os povos minoritários, por escolha ou necessidade, tendem a casar dentro dos limites de sua própria minoria.

Conclusivamente, deduz-se que para o reconhecimento dos direitos de uma determinada minoria, deve-se, inicialmente, ter-se o reconhecimento oficial de sua existência, de uma maneira que tal grupo seja subsumido às normas internacionais de proteção às minorias.

O que se esquematiza, finalmente, é que as minorias, apesar das diversas tentativas, ainda possuem uma base esfarelada para a proteção de todos os seus direitos, provenientes do Direito Internacional e, especialmente, das ordenas jurídicas nacionais, ainda tão carentes de codificação. Esse panorama só será realmente transformado quando todos os povos e Estados julgarem que, para o desenvolvimento de toda a humanidade, deve haver os sentimentos de cooperação e solidariedade, principalmente para aquelas minorias que, ao longo de toda a sua história, sofreram com discriminações das mais variadas formas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise do exposto, podem ser extraídas algumas considerações de importante teor. A primeira conclusão que se chega é que, segundo o direito dos povos, a diferença entre determinados conglomerados populacionais já existe desde os primórdios da vida humana, necessitando de uma proteção específica ante manifestações contrárias à diferença. Apesar de tais considerações, o direito dos povos não é garantido a todas as populações, uma vez que, em



alguns casos, os grupos minoritários são considerados como comunidades inferiores ao restante da sociedade.

No que tange ao princípio da autodeterminação dos povos, elenca-se a necessidade de a comunidade internacional encorajar um determinado povo a escolher o seu destino, devendo contar, igualmente, não apenas com o respeito, mas a proteção a partir do aparato jurídico nacional. Em decorrência, os países devem vir a garantir condições que propiciem que os povos possam realizar suas escolhas, não devendo sofrer qualquer tipo de discriminação que faça com que a autodeterminação do povo seja suprimida pelos anseios dos governos nacionais em homogeneizar a população a partir da cultura dominante.

A partir de todas essas considerações, deduz-se que muitos pontos do Direito Internacional que deveriam estar garantidos às minorias. Na maioria dos casos e, apesar de existirem raros focos de efetividade de direitos dos povos à autodeterminação, a conjuntura demonstra uma escassez e uma ineficiência de promoção, proteção e efetividade.

Assim, traçadas todas essas considerações, conclui-se que o direito dos povos e a autodeterminação só serem realmente consolidadas, como direitos humanos que os são, quando os aclames do Direito Internacional vierem a ser internalizados e efetivamente aplicados nas realidades nacionais que estes povos se encontram. Necessita-se, indubitavelmente, que toda a sociedade internacional venha a valorizar a problemática da maneira que merece: fazer com que de assunto periférico se torne uma questão central na agenda internacional, difundindo a causa difundida e propiciando o encontro de uma solução aos povos que se encontram esquecidos pela comunidade internacional.

REFERÊNCIAS

ARON, Raymond. *Peace and war*. Gardencity: Doubleday, 1966.

BAGLEY, Tennet H. *General Principles and Problems in the International Protection of Minorities*. Genebra: Imprimeries Populaires, 1950.

BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação: direito à diferença**. São Paulo: Plêiade, 2001.

BEN-DOR, Oren. *The One-State as a Demand of International Law: Jus Cogens, Challenging Apartheid and the Legal Validity of Israel*. **Holy Land Studies**, 12, 181-205.

BIAZI, Chiara Antonia Sofia Mafrica. O Princípio de Autodeterminação dos Povos Dentro e Fora do Contexto da Descolonização. **Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte**, n. 67, pp. 181 - 212, jul./dez. 2015.

BIRMINGHAM, David. *The Decolonization of Africa*. London: Taylor & Francis, 2008.



BRASIL. **Decreto n. 596**, de 6 de julho de 1992.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. 4.ed. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A evolução da proteção dos direitos humanos e o papel do Brasil**. Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CAPOTORTI, Francesco. **Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities**. United Nations Office of the High Commissioner for human Rights (UNOHCHR), 1998.

CARTA DE BANJUL. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/acesso-a-informacao/internacional/carta-africana>. Acesso em: 14 de março de 2022.

CHARTER OF THE UNITED NATIONS. Disponível em: <https://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html>. Acesso em: 24 de março de 2022.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Separate Opinion of Judge Sebutinde (Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965), Advisory Opinion of 25 February 2019.

DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS PERTENCENTES A MINORIAS NACIONAIS OU ÉTNICAS, RELIGIOSAS E LINGUÍSTICAS.

EM DIREITO. Os “**Ventos de Mudança**” e a **Resistência Portuguesa**. Disponível em: <https://media.rtp.pt/descolonizacaoportuguesa/pecas/os-ventos-de-mudanca-e-a-resistencia-portuguesa/>. Acesso em: 06 de março de 2022.

IUS GENTIUM CONIMBRIGAE (Universidade de Coimbra). **O Direito das Minorias**. Disponível em: <https://igc.fd.uc.pt/manual/pdfs/O.pdf>. Acesso em: 23 de abril de 2022.

KIPER, Claudio Marcelo. *Derechos de las minoria ante la discriminación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

MAHLER, Claudia; MIHR, Anja; TOIVANEN, Reetta. *The United Nations decade for human rights education and the inclusion of national minorities*. Frankfurt: Peter Lang, 2009.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba; CASCÓN, Angel Llamas; LIESA, Carlos Fernández. **Textos básicos de derechos humanos com estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional**. Navarra: Talleres de Editorial Aranzadi, 2000.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Migrants Caught in Crisis: The IOM Experience in Libya**. Disponível em: http://publications.iom.int/bookstore/free/MigrationCaughtinCrisis_forweb.pdf. Acesso em: 06 de março de 2022.

PERMANENTE COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Interpretation of the Convention Between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration. Advisory Opinion of 31 August 1930.



- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *Le Minoranze nel Diritto Pubblico Interno*. Milão: Giuffrè, 1967.
- RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAWLS, John. *The law of people*. Massachusetts: Harvard University Press, 1999.
- RUDESCO, Alexandre Cornélius. **Etude sur la Question des Minorités de Race, de Langue et de Religion**. Lausanne: Library Payot, 1928.
- SIMMA, Bruno. *International Human Rights and General International Law: a comparative analysis*. Netherlands: Kluwer Law International, 1995.
- SHAW, Malcolm N. *International Law*. Eighth Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- SHIRLEY, Rodney. *The mapping of the world*. London: Holland Press, 1987.
- TOSCANO, C. A. M. Le minoranze di razza, di lingua, di religione, nel diritto internazionale. **International Affairs**, Volume 11, Issue 1, January 1932.
- THONBERRY, Patrick. *International Standards in Education Rights and Minorities*. Brixton: Minority Rights Group International, 1994.
- TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos humanos y derecho internacional*. 2.ed. Buenos Aires: Heliasta, 1996. p.61.
- UNITED NATIONS. **A/RES/1514(XV)**, 14 December 1960.
- WAGLEY, Charles; HARRIS, Marvin. **A Typology of Latin American Subcultures**. Boston: American Anthropologist, 1955.



REFORMAS PROCESSUAIS PENAIS LATINO-AMERICANAS: A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO INSTRUMENTO DA PARIDADE DE ARMAS E A NECESSÁRIA MODIFICAÇÃO DA MENTALIDADE INQUISITÓRIA

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro (UCSal / UERJ)*

INTRODUÇÃO

Tem-se acompanhado as reformas processuais penais em diversos países latino-americanos, diante da necessária mudança da mentalidade inquisitória. Chile, México, Guatemala, Uruguai, dentre outros e, mais recentemente, Argentina foram países que aprovaram novos códigos, em uma tentativa de implementar uma cultura verdadeiramente acusatória e adversarial.

Dentre as mudanças mais significativas, pode-se destacar a implementação do juiz das garantias, o juízo intermédio ou juízo de controle da acusação, a gestão da investigação pelo Ministério Público – afastando a figura do juiz inquisidor – e a ampliação ao direito à informação pela defesa, abarcando a obrigatoriedade de acesso da totalidade de provas e evidências colhidas durante o procedimento preliminar e ainda a possibilidade da investigação privada, para que haja, verdadeiramente, o exercício do contraditório e da ampla defesa. Este último tópico será o tema do presente artigo.

Outrossim, o Brasil ainda não adotou um novo código de processo penal, tramitando no congresso nacional desde 2009 o projeto de lei (inicialmente PLS 156/2009, alterado posteriormente para PL 8045/2010).

Embora tenha sido aprovado recentemente no país a Lei 13.964/2019 (Lei “Anticrime”) que prevê importantes alterações rumo a uma tentativa de implementação de um

* Pós-doutoranda em *Criminal Compliance* pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-doutora em Relações Internacionais pela Universitat de Barcelona (Espanha). Doutora e Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora do Doutorado e Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania e do Mestrado em Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSal). Professora da pós-graduação *lato sensu* da UCSal. CERS, Múltipla CEPED-UERJ e da Escola Superior da Advocacia de Minas Gerais (ESA OAB-MG). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Criminologia Crítica na América Latina: Punitivismo, políticas sociais equivocadas e as violações aos Direitos Humanos”. Advogada criminalista, sócia do escritório Thomas Bacellar Advogados Associados. Membro fundador do Instituto *Compliance* Bahia (ICBAHIA). Membro do Grupo de Pesquisa em Crimes Empresariais e *Compliance* professor João Marcello de Araújo Jr. (CPJM). Membro da Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (ABRACRIM) e do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Conselheira estadual da OAB-Ba.



processo penal acusatório – dispondo, por exemplo, do juiz de garantias, prevendo expressamente a adoção do sistema acusatório, e o arquivamento das peças investigativas pelo próprio *parquet*²¹ –, tais dispositivos se encontram com a eficácia suspensa em razão da concessão liminar nas ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305 pelo ministro Luiz Fux (STF, 2020). Ou seja: não basta a mudança legislativa se não há modificação da mentalidade inquisitória.

Ademais, a microrreforma penal, sem a edição de um novo *codex* processual representa apenas uma colcha de retalhos, porquanto diversos outros artigos mantêm sua redação claramente inquisitorial²².

O projeto do novo código de processo penal – PL 8045/2010 – segue tramitando no Congresso, todavia, sem previsão de votação, quiçá aprovação. Entretanto, a mera previsão legal, sem uma modificação cultural, não permitirá a necessária refundação do sistema processual penal brasileiro.

Dessa forma, o presente artigo tem por finalidade abordar brevemente o movimento reformista processual penal na América Latina, sob a perspectiva de um direito próprio para tais países, que possuem realidades, nuances e dores distintas dos países de capitalismo consolidado, notadamente da Europa ocidental e Estados Unidos, que comumente servem de inspiração para as reformas legislativas. Pugna-se, portanto, por um direito “da” e “para” a América-Latina.

Em seguida, serão abordados os pontos das reformas dos países retromencionados que garantem a ampliação do direito de defesa, notadamente o direito à informação.

Ao final, pretende-se destacar a importância da previsão da investigação defensiva no novo código de processos penal brasileiro como instrumento do princípio da paridade de armas e extremamente necessário para a realização da mudança da mentalidade inquisitória para a acusatória.

Para tanto, será utilizado o método hipotético dedutivo de Karl Popper, buscando-se a partir da abordagem qualitativa de referenciais bibliográficos, traçar hipóteses e, através de um

²¹ Evitando, dessa forma, que o magistrado tenha contato prévio com a matéria ao discordar do posicionamento do órgão acusatório, compreendendo pelo oferecimento da denúncia quando o ministério público entende inexistir justa causa para a persecução penal

²² Cite-se o artigo 156 que mantém sua redação, permitindo ao juiz que, mesmo antes de iniciada a ação penal, determine, de ofício a produção de provas, ou seja, prevendo que o magistrado acuse e julgue ao mesmo tempo: Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: [\(Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; [\(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 2008)



processo cíclico, refutar as afirmações anteriormente realizadas em um constante reexame crítico de assertivas.

1) AS RECENTES REFORMAS PROCESSUAIS LATINO-AMERICANAS NA PERSPECTIVA DECOLONIAL

O movimento reformista teve início ainda na década de 80, quando fundado em 1989, o Instituto de Estudos Comparados em Ciências Penais e Sociais (INECIP), inaugurando as pesquisas para a mudança do processo penal na América Latina e Caribe, objetivando discutir a justiça de transição e promoção da salvaguarda dos direitos fundamentais (MOREIRA, 2019).

Dessa forma, em virtude da saída dos países latinos (em sua maioria) dos regimes ditatoriais, buscou-se modificar as regras dos sistemas penais e de justiça, de um modelo marcado por regras inquisitoriais para um processo penal democrático e adversarial.

Com efeito, as mudanças nos códigos de processo penal foram ocorrendo paulatinamente, conforme se vislumbra da tabela abaixo:

Tabela 1 - Legislação de Reforma na América Latina.

País	Referência normativa, sanção e vigência
Argentina ¹²⁸	Lei: 27.482 Sanção: 06/12/2018 Promulgação: 02/01/2019 *Em processo de implementação. Lei: 11.922 – Código de Processo da Província de Buenos Aires;
Uruguai	Lei: 19.293 e modificações Sanção: 2014 Vigência: 01/11/2017
Bolívia	Lei: 1970 Sanção: 1999 Vigência: 2000
Chile	Lei: 19.696 Sanção: 2000 Vigência: 2000 a 2005
Colômbia	Lei: 906 Sanção: 2004 Vigência: 2005 a 2008
Costa Rica	Lei: 7594 Sanção: 10/04/1996 Vigência: 1998
Equador	Lei: RO 180 Sanção: 2014



	Vigência: 2014 * A alteração legislativa implementada em 2014 alterou poucos pontos do modelo adversarial instaurado desde 2009.
El Salvador	Decreto: 733 Sanção: 2008 Vigência: 2011
Guatemala	Decreto: 51-92 Sanção: 1992 Vigência: 1994
Honduras	Decreto: 9-99-e Sanção: 1999 Vigência: 2002
México	Reforma Constitucional (18/06/2008) *Determinou a aplicação do modelo acusatório em todos os estados em um prazo máximo de 8 anos. Código Nacional de Procedimentos Penales Sanção: 2014 Vigência: 2016
Nicarágua	Lei: 406 Sanção: 2001 Vigência: 2002 a 2004
Panamá	Lei: 63 Sanção: 2008 Vigência: 2011 a 2016
Paraguai	Lei: 1286 Sanção: 1998 Vigência: 2000
Peru	Decreto Supremo: 005-2003 Sanção: 2004 Vigência: 2006
República Dominicana	Lei: 76-02 Sanção: 2002 Vigência: 2004
Venezuela	Decreto: 9.042 Sanção: 2012 Vigência: 2013

(SCHINDLER 2019, p. 58-59)

O próprio movimento reformista repousa, em um primeiro momento, no resgate das raízes latino-americanas e na constatação das dificuldades históricas vivenciadas por essas nações. Leva-se em consideração, portanto, as dores específicas da América Latina: a exploração dos povos originários e suas terras, o capitalismo periférico e tardio, e, ainda, a redemocratização posterior aos regimes ditatoriais – além da constatação de que algumas nações ainda flertarem com o retorno do estado de exceção.

Fala-se, portanto, em um sistema penal para a América Latina, com as regras que atentam para suas particularidades, sem, tão somente, transcrever as normativas dos países europeus e os Estados Unidos. Busca-se por uma voz própria e não a mera repetição de leis estrangeiras, especialmente do ocidente.

Na perspectiva criminológica (BAQUEIRO, 2022), remete-se ao pensamento de Lola Aniyar de Castro (2005, p. 52-66), propondo uma criminologia “da” e “para” a América Latina, chamada de criminologia da libertação. Propõe-se ao pesquisador refletir e desnudar a origem de diversos conceitos teóricos transmitidos e repetidos na academia, importados da Europa de forma acrítica, e que influenciaram o legislador.



Pugna-se, portanto, por uma necessária ruptura com a mera importação e reprodução das pesquisas realizadas nos países eurocêntricos, com capitalismo consolidado, tendo em vista as diferenças abruptas com a realidade social, econômica e cultural da latino-americana, cuja história, lamentavelmente é marcada pela pobreza e exploração. Tal perspectiva denomina-se decolonialismo.

Nesse mesmo sentido, Aníbal Quijano (2007, p. 94-95) ao analisar criticamente a concepção eurocentrista, salienta que, ao longo dos séculos, foi construído e solidificado o mito do europeu superior, notadamente durante o período das “descobertas” e colonizações. Dividiu-se os homens, portanto, em raças superiores e inferiores, cabendo aos habitantes do “velho” continente o *status* de estarem acima dos demais, por serem os racionais, em contraposição aos povos originários dos países explorados, tidos como irracionais e primitivos.

Há, por conseguinte, clara interrelação entre poderio econômico e intelectual, entre exploração financeira e subjogação de ideias.

Entretanto, como alerta Quijano (2007, p. 95), é equivocado afirmar que apenas recentemente a América Latina passou a questionar o discurso da hipotética superioridade intelectual europeia, nutrindo a perspectiva decolonialista, pois mesmo antes da Segunda Guerra Mundial já havia obras nesse sentido. Não obstante, se reconhece que é após a guerra que a discussão da libertação cultural da latino-américa ganha fôlego e contornos incisivos.

O capitalismo é apresentado por Raúl Prebisch (*apud* QUIJANO, 2007, p. 95) como um sistema mundial diferenciado entre “centros” e “periferia”, e, retomada posteriormente na quadra dos debates americanos, desemboca na discussão acerca da colonialidade do poder e a heterogeneidade histórico-estrutural de todos os mundos da existência social.

Dessa forma, cumpriria questionar o que se reconhece historicamente como poder, uma vez que a ideia principal seria manter a relação de exploração, domínio e conflito. Interessa, portanto, a continuidade do “poder intelectual” nos países centrais. Não obstante, ultrapassadas as críticas, reflexões e mesmo ruptura das influências dos colonizadores, Zaffaroni alerta que o movimento por uma América Latina livre não pode repetir as mesmas falhas da criminologia tradicional, ao edificar expressões que apenas uma pequena parcela da população terá acesso. Isso apenas provocará a manutenção da luta de classes e nenhuma conquista será, de fato, alcançada:

La criminología de la reacción social difundida en el área: solo el ejercicio mismo del poder puede intentar neutralizar la situación crítica en América Latina, pero no puede hacerlo generando un “saber” propio, porque también



en este caso se trata de un fenómeno derivado del poder planetario o injertado en la red del mismo en posición marginal. El saber de las usinas ideológicas centrales se vuelve disfuncional para el ejercicio del poder de los sistemas penales marginales, por lo cual, el único camino que resta a las agencias de estos para encubrir su poder es la desinformación teórica, siendo una de las más efectivas para lograrla la desinformación teórica la “satanización” como “marxistas” de cualquier crítica deslegitimante del sistema penal, siendo que “marxista” en América Latina implica cualquier pensamiento o conducta que sin importar si tiene o no relación con el discurso de Marx o con cualquier de las múltiples versiones que pretenden derivarse de su pensamiento, es percibido por las agencias locales de control social como amenaza para su poder o por agencias del poder central como disfuncionales para el ejercicio de poder periférico, y en razón de ello la crítica social al sistema penal se denuncia como marxista: la deslegitimación teórica del sistema penal y la falsedad del discurso jurídico se operan de modo irreversible por la teoría del etiquetamiento, que responde al interaccionismo simbólico que aunque la crítica a esta teoría por parte de quienes la consideran limitada puede ser hasta cierto punto cierta, en nada mella su valor deslegitimante y demolidor del discurso jurídico pena. Sin embargo no existe ninguna teoría que por sí misma tenga fuerza para vencer una estructura que se interioriza desde etapas muy tempranas de la vida de las persona si no va acompañada de un hecho de particular evidencia que opere como “choque” con la realidad. En este sentido el más notorio en nuestro margen y del que puede derivarse toda una ética deslegitimante es la muerte. La técnica terrorista de estado del desaparecimiento forzado de personas, en lugar de ocultar el hecho a la conciencia ética, no ha hecho más que presentarlo en colores más vivos, pues el evitar el ritual de la muerte y la elaboración del duelo, hizo más incierta la ausencia de la muerte y así bajo la incertidumbre del nivel de las escatología religiosas al de la escatología intra humana.

Percebe-se, portanto, que a perspectiva decolonial propõe a compreensão crítica da produção de conteúdo intelectual pelos países economicamente dominantes e a reprodução automática pelos países periféricos, sem qualquer análise da realidade local e das dificuldades enfrentadas nas Américas.

Ademais, voltando o olhar para a discussão sobre as reformas processuais penais, verifica-se, conforme *ex vi*, o contexto histórico da América Latina de exploração econômica e a mera importação de normas dos países colonizadores. Outrossim, voltando-se para a história mais recente, tem-se a adoção de regimes de exceção (ditaduras), pautados na segregação dos direitos e garantias fundamentais, retirando-se as liberdades do cidadão.

Há, decerto, um fluxo histórico perverso, sempre pautado em retiradas de direitos e maximização dos castigos, refletindo nas normas processuais penais e no sistema de justiça criminal. Na busca pela libertação, as reformas propõem a ruptura com o processo inquisitivo e a busca pela natureza acusatória e adversarial.

Bebe-se da fonte dos países do norte (Europa e Estados Unidos), entretanto, de forma crítica e voltada à sua adaptação à realidade americana, concluindo-se ainda, pelo seu abandono



se colidente com as necessidades latinas. Não se pode mais admitir a manutenção das engrenagens violentas que sempre orientaram as relações dos países de capitalismo periférico.

2) DIREITO DE DEFESA EFETIVA NA AMÉRICA LATINA: O ACESSO À INFORMAÇÃO

No Brasil vigora ainda a limitada compreensão de que há o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa com o mero conhecimento das “provas” produzidas e acostadas aos autos da investigação preliminar, como preconiza a súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal²³, bem como com a garantia da intimação das partes para ciência e eventual reação durante a instrução processual.

Ocorre que o direito a uma defesa efetiva não se limita apenas a isso. Decerto, o direito à informação é de sobremodo fundamental ao exercício do contraditório e ampla defesa, mas o acesso aos elementos produzidos deve ser pleno e o mais breve possível, diversamente do que se presencia no país.

A regra é que o sujeito seja investigado sob o mais absoluto sigilo, somente tendo conhecimento da existência do procedimento preliminar quando, já na reta final do inquérito, é chamado para ser ouvido (interrogatório na delegacia ou no ministério público). Nesse momento, passa a ter conhecimento de que é objeto de investigação e de que foram produzidas provas contra si, sem saber em que medida foram colhidas e se existiram elementos que lhe fossem favoráveis.

Alberto Binder, analisando o direito efetivo à informação, devidamente assegurado no Pacto de San José da Costa Rica, destaca:

O conjunto de direitos vinculados com o acesso à informação tem um papel crucial na geração de um status de proteção para toda pessoa submetida ao processo criminal. Da mesma maneira como acontece no caso europeu, a CADH não estabelece de um modo expresso o direito a contar, quanto antes, com toda a informação acerca das consequências de estar submetido a um processo, assim como a informação sobre os direitos que tem o acusado e as assistências que pode solicitar para exercê-los. Sem dúvida, da leitura dos artigos 7º e 8º da CADH fica claro que existe o direito a contar com essa informação, mas é necessário ter uma interpretação holística desses artigos Assim o menciona a Corte IDH ao sinalizar com bastante precisão:

²³É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009)



“[P]ara satisfazer o artigo 8º, §2º, inc. b convencional o Estado deve informar o interessado não somente da causa da acusação, isto é, as ações ou omissões que lhe são imputadas, mas também as razões que levam o Estado a formular a imputação, os fundamentos probatórios desta e a caracterização legal que se dá a esses fatos. Toda essa informação deve ser expressa, clara, integral e suficientemente detalhada para permitir ao acusado que exerça plenamente seu direito à defesa e mostre ao juiz sua versão dos fatos” (tradução nossa).

E esta obrigação convencional “rege inclusive antes que se formule uma ‘acusação’ no sentido estrito, devido a que, para que o mencionado artigo satisfaça os fins que lhe são inerentes, é necessário que a notificação ocorra previamente a que o acusado preste seu primeiro depoimento perante qualquer autoridade pública” (tradução nossa). 23

Por outro lado, da mesma concepção que mostrou a CIDH, o caráter central reconhecido pela doutrina e pela própria Corte,²⁴ cabe sustentar **que a participação de uma pessoa no processo penal (e se deve entender que isso vale em particular para o acusado) nunca pode gerar uma situação arbitrária, que dependa das circunstâncias e aumente a situação de vulnerabilidade. Nas palavras da própria Corte, existe “o dever dos Estados partes de organizar todo o aparelho governamental e, em geral, todas as estruturas pelas quais se manifesta o exercício do poder público, de forma tal que sejam capazes de garantir juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos”;** essa obrigação de garantia “**não se esgota com a existência de uma ordem normativa dirigida a fazer possível o cumprimento dessa obrigação, mas sim implica a -necessidade de uma conduta governamental que garanta a existência na realidade de uma eficaz garantia do livre e pleno exercício dos direitos humanos”** (grifos aditados). (BINDER; CAPE; NAMORADZE, 2016, p. 57-58).

Há, por conseguinte, o início do direito efetivo de defesa com a plena informação acerca dos fatos que são imputados ao sujeito, garantindo-se a ele o acesso a todos os elementos de prova, especialmente antes de iniciada a ação penal, para que se oportunize ao indivíduo a chance de, desejando, produzir provas e contestar as afirmações, ainda na etapa investigativa.

Ademais, não há direito à informação se o Estado se limita a apenas indicar os fatos atribuídos a pessoa, sem trazer as razões que o levaram a acusar e o arcabouço probatório que o incorpora. Denúncias vazias, sem conteúdo, são decisões arbitrárias.

Não obstante, presencia-se cada vez mais no Brasil, em crimes que envolvem sociedades, ou mesmo indica-se a presença de organização criminosa, da realização de investigações sigilosas e recebimento de denúncias pelos juízes amparadas em indícios fracos e imputações genéricas²⁴, sob o argumento de que, pela complexidade da atuação dos grupos

²⁴PENAL E PROCESSUAL PENAL. PROVA ILÍCITA. INOCORRÊNCIA. NULIDADE. DENÚNCIA GENÉRICA. CRIME SOCIETÁRIO. INOCORRÊNCIA. LEI 8.137/90, ART. 10, II. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. [...] 3. Hipótese onde a denúncia indicou suficientemente a conduta, consistente na prestação de informações falsas ao fisco, com o intuito de reduzir o tributo devido, nos exercícios indicados, havendo ainda exposto a tipificação correta para a prática delituosa. Não se pode dizer que a acusada desconhecesse do que se defendia, ou que alguma laconicidade da peça acusatória pudesse ter embaraçado a



envolvidos, apenas durante a instrução processual será possível verificar, de fato, se há elementos que atestam a materialidade dos fatos e encetam a autoria: Vê-se que o mínimo do direito de defesa sequer é assegurado no país, quiçá o exercício pleno, que envolve, notadamente, o direito à investigação defensiva.

Há de se destacar, como adverte Vladimir Aras (2019) que o Brasil é signatário das Regras de Havana, aprovada pelas Nações Unidas no seu VIII Congresso Criminal, em que nos princípios 13 e 14 constam a obrigação do Ministério Público a exhibir as provas à defesa, devendo ainda levar em conta todas as evidências, inclusive as positivas para a defesa, e proíbe que dê continuidade a investigações em que perceba serem injustas, infundadas.

Ainda sobre o dever do Ministério Público conferir pleno acesso a todas as provas produzidas, João Osório de Melo (2016), cita o célebre julgamento da Suprema Corte Norte Americana, o caso *Brady Vs. Maryland*: conhecido como *a regra de Brady*, no qual se determinou a anulação do processo em razão do órgão acusatório ter escondido provas da defesa para garantir a condenação.

Tem-se ainda nos Estados Unidos a Lei da Califórnia, que prevê como crime de má-conduta, com pena de até 3 anos, o promotor que esconder ou alterar intencionalmente provas que poderiam beneficiar o réu, só para o condenar. Dessa forma, cometerá um crime que pode ser punido com até três anos de prisão. A lei antiga qualificava essa “má conduta” como contravenção (MELO, 2016).

Retomando as lições de Vladimir Aras (2019), existe a previsão no *American Bar Association (ABA)* acerca da obrigatoriedade do *parquet* exhibir todas as provas à defesa:

Nos Estados Unidos, a *American Bar Association (ABA)* adota diretrizes para orientar os membros do Ministério Público (*districtattorneys, assistant US attorneys e prosecutors em geral*). Os padrões instituídos pela Ordem

sua defesa. **Em casos análogos, cuidando-se de crime societário, mesmo certa genericidade vem sendo admitida pela jurisprudência:** "1. Não deve ser rejeitada a denúncia que preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. **Nos crimes societários, ou de autoria coletiva, nem sempre é possível descrever, na denúncia, a participação de cada qual dos acusados, podendo a peça indicar a participação dos acusados, de forma genérica, desde que acompanhada da prova da materialidade e dos indícios de autoria, restando para a instrução o detalhamento da participação de cada acusado. Precedentes.** 2. **Nos crimes societários, o STF tem decidido pelo recebimento da denúncia que aponta a participação dos acusados de forma genérica, pela dificuldade de se estabelecer de antemão a conduta ou contribuição de cada um dos sócios, sem que isso signifique afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório.** 3. Recurso provido. A Turma deu provimento ao recurso em sentido estrito, à unanimidade." (ACORDAO 00606253220104013800, DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:06/08/2012 PÁGINA:92.). 4. Apelação provida.(TRF1, 2018) (GRIFOS ADITADOS).



nos *Criminal Justice Standards for the Prosecution Function* confirmam e vão além de *Brady*:

- a) exigem a investigação e **documentação plena** dos fatos, sejam quais forem;
- b) obrigam o Ministério Público a revelar à defesa **todas** as provas que possam abalar, mitigar ou eliminar a responsabilidade criminal do réu ou influenciar sua pena, independentemente do que o promotor ou procurador considere relevante;
- c) deixam claro que a divulgação **oportuna** de provas exculpatórias à defesa é apenas um dos deveres de uma obrigação mais ampla de garantir a justiça, uma obrigação que inclui expressamente a busca de provas debilitar a acusação sustentada pelo Ministério Público.

Ao analisar a realidade dos países latino-americanos, mesmo com as recentes reformas processuais, tem-se ainda inúmeras dificuldades na efetivação do sistema verdadeiramente acusatório.

Isso se dá sobretudo em razão da tradição inquisitorial enraizada no sistema de justiça criminal destes países, motivo pelo qual Alberto Binder (2017, p. 73) pondera que as reformas se dão de forma paulatina, e não imediata, pois é necessária a mudança cultural. Dessa forma, embora o próprio texto da lei preveja o equilíbrio da balança processual, na prática as regras nem sempre são observadas por se ter ainda, no âmago das relações processuais, a cultura da inquisitorialidade:

La tradición inquisitorial en la práctica de los operadores En ambas dimensiones encontrábamos una fuerte persistencia de la tradición inquisitorial. Ya no expresada de un modo profundo o grandilocuente, sino enquistada en prácticas menores y aparentemente inocentes. En gran medida, los operadores judiciales solo sabían –y también en buena medida querían– tramitar papeles, llevar adelante expedientes y refugiarse en el rigorismo de formas vacías. Atrás de estas prácticas se encontraba lo más profundo de la ideología inquisitorial: la preeminencia de la visión infraccional del derecho penal y el rechazo a hacerse cargo y gestionar los conflictos subyacentes. Esta fuerza de la tradición inquisitorial lleva a que tanto en la literatura como en la consideración general del problema aparezca el concepto de cultura inquisitorial como el gran obstáculo a vencer, sin que se sepa con mucha claridad lo que ello significaba y qué acciones eran indispensables para enfrentarla. (BINDER, p. 80)

Justamente por este motivo, Fauzi Hassan Choukr (2017) destaca que é fundamental não apenas uma reforma processual penal, mas uma verdadeira refundação do sistema, ou seja: além da mudança legislativa, a incorporação dos conceitos nos agentes processuais e na própria sociedade.

No Chile, país de destaque na implementação efetiva da reforma processual, foram realizados cursos de capacitação e atualização dos atores processuais, para que magistrados,



promotores e advogados incorporassem as novas regras procedimentais (MOREIRA, 2016). Não basta, portanto, a letra da lei se ela é desacompanhada da compreensão política da sua necessidade e seus efeitos.

Não basta, portanto, a determinação em lei se não for acompanhada de uma alteração de mentalidade.

Como exemplo da reforma processual desacompanhada da mudança de postura fática, há de se citar a análise de Ana Aguilar Garcia e Gregório González Nava (GARCIA; NAVA, 2016, p. 357-358) sobre o México.

Destacam os autores, inicialmente, que há diferenças entre as regiões que compõem o país; na Baixa Califórnia o direito ao acesso a informações pela defesa é assegurado, podendo, inclusive, acaso seja negado pelos órgãos investigativos, garantir-se o pleito ao magistrado de suspensão da audiência até que o causídico tenha cópias das peças informativas.

Quando se trata de defensoria pública, o acesso é ainda mais facilitado, vez que faz parte do sistema de justiça, tendo acesso imediato a todas as provas produzidas em sede de investigação (há o acompanhamento real da produção e juntada de evidências); a dificuldade reside apenas para a advocacia privada que deve requerer o acesso e, uma vez negado, precisa recorrer ao judiciário.

Já no Distrito Federal, com legislação mais conservadora, o acesso aos elementos probatórios colhidos pela polícia está condicionado à decisão do Ministério Público, operando-se um obstáculo ao pleno exercício da defesa.

Quanto ao direito de ter plena ciência dos fatos imputados, a Constituição mexicana garante tal prerrogativa à defesa. O dever de informar abarca o delito imputado à parte, o lugar, tempo, forma de execução, e ainda quais os dados demonstram a probabilidade daquela pessoa ser a autora do crime específico a ela imputado (GARCÍA; NAVA, 2016, 358).

Não obstante, quanto à efetividade da paridade de armas, García e Nava salientam que, na prática, no Distrito Federal, há diversos óbices para que a defesa acesse os elementos propostos pela acusação (2016, p. 367). Existe a previsão expressa do direito da parte de ter vistas às provas, bem como a vedação do magistrado decidir com base nas provas colhidas na fase preliminar, inclusive a proibição do juiz se manifestar sobre qualquer matéria de caso que ele vá julgar. Entretanto, se observa o oposto.

A primeira dimensão (ou geração), portanto, das reformas – separação profunda das funções de acusar, defender e julgar, a implementação do juiz das garantias, júízo oral, direito



à informação plena, direito da produção de provas pela defesa, a duração razoável do processo, destaque da vítima – encontra diversos entraves, sobretudo cultural (BINDER, 2017, p. 73-77).

3) A IMPORTÂNCIA DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS

O princípio da paridade de armas está previsto no Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 8º, itens 1 e 2, ‘b’, ‘c’, ‘d’, ‘e’ e ‘f’ e na Constituição Federal (decorre da interpretação do próprio princípio da igualdade, bem como do devido processo legal, da presunção de inocência e do contraditório e ampla defesa, previstos no artigo 5º incisos I, LIII, LIV, LV e LVII), e está umbilicalmente ligado ao sistema acusatório.

Em verdade, o princípio da paridade de armas não se limita apenas a igualdade de condições entre as partes para, dentro do processo penal, contraporem o direito de punir com o direito de liberdade, como assevera Welton Roberto:

Por paridade de armas não devemos conceber somente igualdade de condições com que as partes devam se posicionar para o confronto entre o *ius puniendi* e o *status libertatis*, mas também o nível de reciprocidade com o que o atuar de um sujeito reflete no outro, respeitando-se as diferenças funcionais dentro dos papéis que desempenham no processo. Seria reducionista a condição de igualdade caso não houvesse a reciprocidade integrativa das ações desenvolvidas pelas partes. Tal integração deriva de uma natureza cooperativa na formação da prova e no acerto da verdade processual que o processo adquire ao se amoldar ao sistema acusatório, distinguindo claramente as funções de acusar, defender e julgar. (2011, p. 129-130)

A produção de provas pela defesa, por conseguinte, equilibrará, de fato, a balança do sistema penal.

Decerto, dentre os direitos vinculados à efetividade da defesa, tem-se o direito à investigação privada como desdobramento do acesso pleno à informação, e a consagração do princípio da paridade de armas, como vaticina Alberto Binder:

3.4 Direitos ou garantias vinculadas com a efetividade da defesa

3.4.1 Direito a investigar o caso e a propor provas

A Corte IDH preocupou-se em indicar com clareza que a defesa deve ser efetiva. Primeiramente, isso implica que, no processo, exista a possibilidade real das partes de propor e discutir acerca da prova. É preciso, como diz a Corte IDH, que exista um maior equilíbrio entre as partes, para a devida defesa de seus interesses e direitos. Isso implica, dentre outras coisas, que a defesa seja regida pelo princípio do contraditório.¹⁰¹ Inclusive o princípio foi



ressaltado a respeito das próprias atuações ante a mesma Corte IDH,¹⁰² e assim estabelece seu próprio regulamento de atuações (art. 35, e). Para que este seja um direito efetivo, é determinante que o acusado e seu defensor tenham possibilidades reais de investigar e propor provas. Não só a previsão legal de instâncias e momentos processuais específicos para fazê-lo, mas também a possibilidade real de realizar investigações para encontrar esses elementos de prova. Tanto no caso da advocacia privada quanto no caso dos órgãos de advogados da defesa pública, isso constitui, ainda hoje, uma dificuldade difícil de superar. As diferentes legislações incluem cláusulas de “auxílio”, por parte do Ministério Público ou “dos próprios juízes”. Contudo, continua sendo, inclusive com essas previsões legais, um problema ainda não solucionado. Alguns órgãos de defensoria pública contam com fundos especiais para realizar alguns meios de prova (perícias, por exemplo) ou com investigadores próprios. No entanto, trata-se, ainda, de iniciativas incipientes e insuficientes. A Corte IDH apontou que é exigível, segundo a CADH, que “um litigante possa fazer valer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros litigantes”.¹⁰³ Assim, vem utilizando, como vimos, o adjetivo “adequada” para qualificar a defesa.¹⁰⁴ Também vem usando a frase “verdadeira defesa”, e rejeitando a defesa aparente e exigido uma defesa “diligente”.¹⁰⁵ Todos esses adjetivos e frases supõem, em consequência, o direito a “uma efetiva defesa eficaz”, isto é, o direito a ter uma defesa proativa e não meramente crítica da acusação.

Tema relativamente recente no direito processual penal brasileiro, embora há muito consagrado nos países de *Common Law* e mesmo previsto nas recentes reformas processuais penais dos países latino-americanos, a investigação defensiva passou a ser discutida a partir do provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. (CFOAB, 2018).

Malgrado o princípio da paridade de armas esteja previsto no Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 8º, itens 1 e 2, ‘b’, ‘c’, ‘d’, ‘e’ e ‘f’ e na Constituição Federal (decorre da interpretação do próprio princípio da igualdade, bem como do devido processo legal, da presunção de inocência e do contraditório e ampla defesa, previstos no artigo 5º incisos I, LIII, LIV, LV e LVII), e esteja umbilicalmente ligado ao sistema acusatório, há questionamentos sobre a constitucionalidade do provimento, como pondera César Dário (2019).

Para o autor, a Carta Magna seria clara em estabelecer apenas a competência da polícia judiciária (art. 144 CF/88) para investigar e, a partir da interpretação conferida ao art. 129 CF/88, a atribuição também poderia ser exercida pelo ministério público, conforme decidido no RE 593727/MG²⁵ pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁵ “Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, reconhecendo, entretanto, a competência do Ministério Público para realizar diretamente atividades de investigação da prática de delitos, para fins de preparação e eventual instauração de ação penal apenas em hipóteses excepcionais e taxativas, nos termos do seu voto, no que foi acompanhado pelo Ministro Ricardo



Discorda-se pelos motivos já invocados anteriormente. Vê-se indubitavelmente que o Brasil adotou o princípio da paridade de armas na própria Carta Política – embora não expressamente – e nas Convenções Internacionais das quais é signatário, destacando-se o Pacto de San José da Costa Rica, que, versando sobre direitos humanos, ganharia ainda, para a doutrina, o *status* de emenda constitucional²⁶.

Tem-se hipotético conflito de normas constitucionais. Hipotético, pois quaisquer normas que ampliam e preservam os direitos fundamentais deve se sobrepôr às demais normas, o que ocorre no presente caso: conflito entre cláusula pétreia, prevista no artigo 5º da Constituição Federal, e demais regramentos que se encontram na Carta, hão de prevalecer os primeiros.

Não obstante, ainda que se considere como valor fundamental protegido pelos artigos 144 e 129 da Constituição Federal a segurança pública, a possibilidade da defesa presidir sua investigação em nada mitiga ou restringe o outro direito.

Ademais, não se trata exatamente de um conflito, mas de concorrência entre direitos fundamentais, como adverte João Carlos Medeiros de Aragão, analisando as lições de Gomes Canotilho:

Canotilho acrescenta haver distinção entre concorrência e colisão entre direitos fundamentais. Para o Constitucionalista, a primeira categoria existe quando certo comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais. No entender dele, “considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não há cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um ‘choque’, um autêntico conflito de direitos” (CANOTILHO, 1992, p. 293). (ARAGÃO, 2011, p. 07)

In casu não há qualquer afronta entre os direitos supramencionados (paridade de armas e segurança pública), muito pelo contrário: a permissão da investigação privada reforça a segurança, pois amplia as possibilidades de descoberta da autoria e materialidade do fato, impedindo que pessoas inocentes possam ser condenadas, restando os verdadeiros autores impunes.

Lewandowski, e após os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto (Presidente) e Joaquim Barbosa, que negavam provimento ao recurso, reconhecendo base constitucional para os poderes de investigação do Ministério Público, nos termos dos seus votos, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Plenário, 27.06.2012”. (STF, 2015).

²⁶ Embora o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 466.343 tenha declarado o *status* de supralegalidade. (STF, 2008).



Outrossim, o próprio Código de Processo Penal em vigor, no seu artigo 14²⁷, já permite a investigação defensiva, assim como a lei do detetive particular -Lei 13.432/2017, embora em seu artigo 2^o²⁸ saliente que o diploma não se aplica a investigações de natureza criminal, de forma diversa prevê em seu artigo 5^o²⁹ a possibilidade do detetive colaborar e participar de investigação policial, havendo clara contradição em sua redação e, portanto, permissão nas investigações criminais.

Ocorre que tanto o código em vigor, quanto a lei do detetive particular explicitam que a investigação privada depende da aceitação das provas produzidas pela autoridade policial, o que restringe, de sobremodo, a atividade. Critica-se ainda a falta de previsão expressa do termo “investigação defensiva”, bem como o detalhamento das atividades.

O projeto do novo código de processo penal – PL 8045/2010 – passa a disciplinar a matéria no artigo 13³⁰, e, malgrado passe a prever de forma direta a investigação defensiva, não aprofunda alguns temas, como a manifesta indicação de todos os meios de prova que podem ser produzidos, ou ainda a possibilidade do exercício da apuração defensiva nas investigações internas das pessoas jurídicas; destarte, mantém a previsão de que os elementos colhidos pela defesa podem ser juntados no inquérito policial a critério do delegado de polícia, o que não consagra, em sua inteireza, a paridade de armas

Embora se reconheça, sem sombra de dúvidas, o avanço na previsão legal, há de ser aprofundada a disciplina da investigação defensiva, para que seja realizada independentemente da autorização policial – independentemente de sua eventual juntada no inquérito.

²⁷Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.(BRASIL, 1941).

²⁸Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se detetive particular o profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante.(BRASIL, 2017)

²⁹Art. 5º O detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante.Parágrafo único. O aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo. (BRASIL, 2017).

³⁰Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. § 1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas.§ 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento.§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista.§ 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial.§ 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.§ 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos. (BRASIL, 2010).



O ideal seria a condução da investigação privada de forma autônoma, com apresentação direta ao juiz de garantias e mesmo ao promotor para que auxilie também na formação da sua *opinio delicti*. Limitar a apuração da defesa à juntada ao inquérito policial e mesmo a vontade do delegado, é permitir parcialmente o exercício da ampla defesa, e não equilibrar na totalidade a balança das armas.

Destaque-se que o *American Bar Association* disciplina a investigação defensiva (ARAS, 2019), não se discutindo sua admissibilidade e importância no processo penal.

Na América Latina, as reformas processuais penais não disciplinam a investigação defensiva de forma ostensiva, deixando subtendido a partir do acesso à informação e a defesa, o que não é a melhor alternativa, tendo em vista a tradição da *civil Law* pela exigência de obediência apenas à letra da lei³¹.

Justamente por se ter no atual momento político, social e cultura brasileiro um movimento mais inquisitorial, é fundamental que o novo código de processo penal e o provimento 188/2018 tragam redação pormenorizada, ampliando e aprofundado a investigação defensiva, para que se garanta o pleno direito da defesa (privada ou pública), ou seja, para se assegurar a paridade de armas. Trata-se, portanto, de instrumento integrador do direito à informação e ao exercício pleno do contraditório e ampla defesa e, por consequência, da paridade de armas, pedra angular do sistema verdadeiramente acusatório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo – sem pretensão de esgotar o assunto – trouxe a discussão acerca da investigação defensiva como instrumento garantidor da paridade de armas, buscando perquirir em que medida a investigação privada é reflexo das reformas processuais penais latino-americanas e em que medida possibilita o equilíbrio da balança processual.

Nesse sentido, pontuou-se pela necessidade de discussão de alterações legislativas com base não meramente na transposição automática dos dispositivos europeus e norte-americanos, mas a necessária análise crítica acerca de tais dispositivos e a eventual adequação à realidade latino-americana, na perspectiva decolonialista.

³¹ Como exemplo, veja-se a redação do artigo 93 do código de processo penal chileno (OAS, 2002), que prevê como direito da defesa acessar os elementos probatórios conduzidos pelo Ministério Público, cabendo apenas solicitar à *fiscalía* produção de provas de seu interesse.



Há de se propugnar por um direito “da” e “para” a América Latina, levando em consideração suas dores, experiências e nuances, distintas dos países eurocêntricos.

Não obstante, propôs-se a discutir, brevemente, as recentes reformas processuais dos países latinos, conferindo enfoque ao direito ao acesso à informação plena, do qual decorre o direito ao acesso pleno das provas produzidas pela acusação e mesmo à produção de provas pela defesa.

Entretanto, cuidou-se de salientar que a mera mudança legal sem a necessária modificação cultural não será capaz de produzir efeitos práticos, exigindo-se uma verdadeira refundação do sistema penal (como um sistema político).

Por fim, objetivou-se apresentar a investigação defensiva, ainda que sem entrar no aspecto prático de sua realização, conferindo enfoque na sua constitucionalidade e convencionalidade e em que medida assegura a paridade de armas.

Ademais, destacou-se que a permissão e garantia da investigação pela defesa não colide com o direito à segurança pública, muito pelo contrário: concorre com ele, o reforçando, ao auxiliar a justiça a perseguir e punir, de fato, quem seria autor do crime, sem perder tempo e recursos com sujeito inocente – além do risco de uma condenação injusta.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. Choque entre direitos fundamentais: consenso ou controvérsia? *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011, p. 259-268.

ARAS, VLADMIR. **O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL: O PRECEDENTE BRADY VS. MARYLAND E A NORMATIVA DO CONSELHO DA EUROPA**. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://VLADIMIRARAS.BLOG/2019/10/02/O-PAPEL-DO-MINISTERIO-PUBLICO-NO-PROCESSO-PENAL-O-PRECEDENTE-BRADY-VS-MARYLAND-E-A-NORMATIVA-DO-CONSELHO-DA-EUROPA/](https://vladimiraras.blog/2019/10/02/o-papel-do-ministerio-publico-no-processo-penal-o-precedente-brady-vs-maryland-e-a-normativa-do-conselho-da-europa/)> ACESSO EM: 20 MAI. 2022

BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. A CRIMINALIDADE ECONÔMICA NA PERSPECTIVA DECOLONIALISTA: REFLEXÕES SOBRE O SIMBOLISMO REPRESSIVO E A ABORDAGEM PREVENTIVA DAS POLÍTICAS DE COMPLIANCE. *In: Revista ESMAT*. Ano 13, nº 222 Jul-Dez. 2021, p. 97-121.

BINDER, Alberto M.; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. **Defesa Criminal efetiva na América Latina**. São Paulo: 2016.

BENAVIDES, Farid Samir; BINDER, Alberto M. VILLADIEGO, Carolina; NIÑO, Catalina. **La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas**. Bogotá, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2017.

BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 10 mai. 2022.



BRASIL. **PL 8045/2010.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node013qq8fpupxe0114fgfb3u0uoid15358595.node0?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010> Acesso em 10 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113432.htm> Acesso em: 10 mai. 2022.

CASTRO, Lola Aniyar de Castro. **Criminologia da Libertação.** Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **O NCPP e os passos de continuísmo no itinerário reformista.** Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-ncpp-e-os-passos-de-continuismo-no-itinerario-reformista-por-fauzi-hassan-choukr>> Acesso em: 20 mai. 2022.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento 188/2018.** Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>> Acesso em 20 mai. 2022.

MELO, João Ozorio de. **Califórnia criminaliza ocultação de provas favoráveis aos réus pela promotoria.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-10/california-criminaliza-ocultacao-provas-favoraveis-aos-reus#:~:text=Em%20sua%20decis%C3%A3o%20mais%20famosa,provas%20para%20facilitar%20a%20condena%C3%A7%C3%A3o.&text=A%20decis%C3%A3o%20do%20caso%20Brady,a%20%E2%80%9CRegra%20de%20Brady%E2%80%9D.>>> Acesso em 20 mai. 2022.

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidad del poder y clasificación social. In: El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global.* Bogotá: Siglo de Hombres, 2007. p. 94-95.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>> Acesso em: 20 mai. 2022.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **APR: 00025847120114013304.** Rel.Des, Federal Olindo Menezes. Data de Julgamento: 17/04/2018, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 02/05/2018.

ROBERTO, Welton. **A paridade de armas no processo penal brasileiro: uma concepção do justo processo.** Tese de doutorado. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10582/1/WELTON%20R.pdf>> Acesso em 20 mai. 2022.

SILVA, César Dário Mariano da. **A inconstitucionalidade da investigação defensiva instituída pela OAB.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/cesar-dario-inconstitucionalidade-investigacao-defensiva>> Acesso em: 20 mai. 2022.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **As reformas processuais penais na América Latina - a visão de Alberto Binder.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/293662/as-reformas-processuais-penais-na-america-latina---a-visao-de-alberto-binder>> Acesso em: 20 mai. 2022.



MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O que temos que aprender com o Chile.** Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/357114615/o-que-temos-que-aprender-com-o-chile>
Acesso em: 20 mai. 2022.

OAS. **Código Procesal Penal.** Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res40.pdf>
Acesso em 20 mai. 2022.

SCHINDLER FILHO, Renato Sigisfried Sigismund. **As reformas processuais penais na América latina através de um olhar agnóstico de processo: uma análise da operatividade real do sistema adversarial na realidade marginal.** Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/30167/1/RENATO%20SIGISFRIED%20SIGISMUND%20SCHINDLER%20FILHO%20-%20DISSERTA%C3%87%C3%83O.pdf> Acesso em: 20 mai. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal.* Buenos Aires: Ediar, 1998.



A SOBERANIA POPULAR NA CONSTITUIÇÃO BOLIVARIANA DA VENEZUELA

Jair Pinheiro (UNESP)*

A Venezuela sob o chavismo passou de promessa de democracia popular ao estigma de ditadura e pobreza, no imaginário popular latino-americano, o que sempre foi na retórica do governo dos EUA e, por extensão, da mídia corporativa. Teria o chavismo abandonado seu projeto original de democracia popular? Seria essa passagem de promessa a estigma apenas “desgaste de material” submetido a sucessivos processos eleitorais, como ocorre com todo partido no governo nas democracias representativas? Ou, alternativamente, deve-se procurar a explicação para tal passagem noutra lugar, em algum outro tipo de fenômeno político conhecido no subcontinente como “política de mudança de regime” do governo estadunidense?

Embora não se possa descartar o “desgaste de material” submetido a sucessivos processos eleitorais, sempre sob pressão da política de mudança de regime do governo estadunidense, além de outras causas explicativas, este artigo aborda um tema pouco explorado, que é moldura jurídico-política assumida pelo chavismo como uma das causas da acirrada oposição interna e externa ao chavismo. O ataque, tanto interno como externo, a essa moldura jurídico-política é um dos fatores explicativos dessa passagem de promessa a estigma.

1) O CONTEXTO DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BOLIVARIANA DA VENEZUELA

A Constituição da República Bolivariana da Venezuela (*CRBV*) é um resultado autêntico do chavismo e, este, por sua vez, é parte do que a imprensa denominou à época onda vermelha ou rosa, segundo a preferência ideológica de cada um, caracterizada pela ascensão de governos populares entre o final da década de 1990 e início do século XXI. Esta onda inclui governos muito diferentes, como Lula, no Brasil, Néstor Kirchner, na Argentina, Evo Morales, na Bolívia, Rafael Correa, no Equador e Chávez, na Venezuela. O traço comum a todos eles,

*Professor do Depto. de Ciências Políticas e Econômicas da UNESP/Marília e pesquisador do NEILS – Núcleo de Estudos de Ideologias e Lutas Sociais e do grupo CPMT – Cultura e Política do Mundo do Trabalho. Mestre e Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor Livre-Docente pela UNESP.



foi a ascensão apoiada na insatisfação popular contra os efeitos sociais das políticas neoliberais de privatização, abertura comercial e desregulamentação.

Todavia, este traço comum se manifestou também de formas variadas, como o simples rechaço eleitoral ao candidato governista, como no Brasil em 2002; ampla mobilização de protesto e de descrédito no sistema político ante o colapso econômico, como na Argentina, em 2001, expresso na palavra-de-ordem “*qué se vayan todos*”, das manifestações populares (assinale-se que, apesar disso, o sistema partidário argentino não colapsou); ampla mobilização popular com protagonismo dos povos originários, na Bolívia e no Equador, que levaram à queda de governos seguida do colapso do sistema partidário em ambos os países.

Nos países (Bolívia, Equador e Venezuela) onde o sistema partidário colapsou, os protestos contra as políticas neoliberais culminaram com a promulgação de novas Constituições, que acolhem em grande medida as aspirações populares expressas em tais protestos. Para Melo, essas experiências Constituintes constituem um “(...) novo constitucionalismo latino-americano” democrático e garantista. Mais recentemente, as inovações introduzidas pelas Constituições “andinas” têm alimentado o debate teórico sobre o “novo constitucionalismo sul-americano”: ou “constitucionalismo andino, ou “constitucionalismo emancipatório”, ou “constitucionalismo do bem-viver”.”(2013:60), ressaltando que “o neoconstitucionalismo não se apresenta como um movimento organizado em torno a premissas comuns”, antes, refere-se “a um conjunto de abordagens teóricas que produziram uma certa convergência de sentido ao analisar e buscar definir os novos delineamentos do direito contemporâneo” (*Id.*, 62)

Neste artigo, examino a particularidade venezuelana, consubstanciada na *CRBV*, com foco na estrutura da democracia participativa *protagónica*, que entendo ser o eixo estruturante dessa Constituição. Como este conceito repõe, mais uma vez, o problema da relação entre democracia representativa e democracia participativa, na primeira seção apresento algumas interpretações clássicas e outras específicas sobre a Venezuela à luz do constitucionalismo liberal, na segunda, para oferecer ao leitor um quadro geral da democracia participativa protagônica, apresento uma exposição da estrutura geral deste conceito jurídico-político na *CRBV* e na legislação infraconstitucional, acompanhada do argumento de que nesta moldura constitucional, busca-se uma síntese entre a democracia representativa e a participativa, sob a proeminência da segunda. Nas considerações finais, examino algumas dificuldades que a consecução do projeto enfrenta, sem extrair nenhuma conclusão definitiva, por entender que tal



procedimento aprisionaria na teoria o que lhe escapa e está sujeito às “invenções” do processo histórico-social.

2) A MOLDURA JURÍDICO-POLÍTICA VENEZUELANA

A Venezuela merece uma consideração à parte, por ser sua Constituição o objeto deste artigo e porque a ascensão do chavismo foi a culminância de um processo político mais conflituoso que nos demais países, incluídos na dita onda vermelha, e de mais larga duração (de 1989 a 1999). Não me deterei no exame dos acontecimentos do período, o que já fiz em outro lugar (Pinheiro, 2014), por ora, para ilustrar o quanto conflituoso foi o período, basta citar que ele começa com o *caracazo*³² e termina com a promulgação da Constituição de República Bolivariana da Venezuela em 15/12/1999. Neste intervalo, houve o levante militar de fevereiro de 1992, frustrado pelo vazamento da informação e a consequente prisão de Hugo Chávez, encarregado de prender o então Presidente Carlos Andrés Pérez, além de uma intensa mobilização popular quase diária (López Maya, 2002)³³ contra o regime e os partidos (AD – Ação Democrática e COPEI – Comitê de Organização Política Eleitoral Independente) que lhe davam sustentação desde 1961. É neste contexto que, anistiado em 1994 e já consagrado como líder popular, Chávez se torna o principal líder do Movimento Quinta República (MVR), pelo qual é eleito com uma única bandeira: refundação da república. Daí que seu primeiro ato após a posse é a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, culminando com a promulgação da Constituição da República Bolivariana da Venezuela (CRBV). Para Pastor e Dalmau,

(...) a sociedade venezuelana acabou impondo sua vontade de aprofundar uma democracia através da participação, das políticas de igualdade, do respeito pelos direitos fundamentais e da melhoria das condições de vida dos venezuelanos, por intermédio de coberturas sociais suficientes, da criação de tecido produtivo e de uma melhor distribuição da renda proveniente do petróleo (PASTOR & DALMAU, 2013, p. 54).

³² Revolta popular que eclode em 27/02/89 e dura quatro dias, ante o anúncio do pacto neoliberal pelo Presidente Carlos Andrés Peres, culminado com centenas de mortos e a desmoralização de toda autoridade institucional.

³³ A autora informa que, de outubro de 1989 a setembro de 1999, houve 7.092 protestos na Venezuela, ou seja, praticamente dois por dia.



Na linha interpretativa de Pastor e Dalmau, o artigo 2, que define a Venezuela como Estado democrático e social de direito e justiça adquire proeminência sobre o artigo 5, que estabelece que a soberania reside intransferivelmente no povo, que a exerce direta e indiretamente nos termos da Constituição, sendo o artigo 5 meio para os fins do artigo 2. Numa linha interpretativa diferente, embora não conflitante com a de Pastor e Dalmau, Hernandez afirma que a “(...) nova democracia representada pela Constituição Venezuelana de 1999 é uma união entre democracia representativa e democracia participativa.”, apoiando-se em Navarro (2001), que sustenta não se tratar de confrontar democracia representativa e participativa como modelos opostos e excludentes, mas de

(...) perfeccionar y complementar la representativa con la participativa, puesto que, tanto en la democracia antigua, o directa como en la moderna o indirecta, la participación es un elemento fundamental para fundamentar una democracia real. Plantearse la democracia como tan sólo “participativa”, sustituyendo la representación por la participación, es negar la esencia de la democracia, y por lo tanto de la democracia misma. (NAVARRO, 2001, p. 220)

Embora sem declarar abertamente, a síntese entre democracia representativa e democracia participativa postulada por Navarro coloca a primeira em posição proeminente. Na mesma linha interpretativa, mas com acréscimo de acento crítico, Peraza (2001) qualifica a democracia venezuelana como plebiscitária e, em seguida, para examinar as possibilidades de desenvolvimento da democracia participativa preconizada pela *CRBV*, adota a distinção entre dois modelos de democracia participativa como de descentralização e de democratização de subsistemas (Cf. Pateman, 1992). Após advertir quanto ao risco de autoritarismo do modelo de descentralização que, a seu ver, se consubstancia sob uma forma piramidal em que a instância local acaba perdendo autonomia em face da central, este autor conclui que

El modelo de *democratización de los subsistemas sociales* parte de la necesaria convivencia entre el régimen representativo y el participativo, de forma tal que el segundo es un modo de corrección de las desviaciones del modelo representativo, pero incrustado en su lógica. (PERAZA, 2001, p. 101 – itálico no original)

Em sua análise de experiências do Orçamento Participativo no Brasil, Wampler e Avritzer (2004) chegam a uma conclusão semelhante quanto à relação entre democracia representativa e democracia direta, embora operem com o conceito de públicos participativos, que permite refinar o conceito muito genérico de sociedade civil, que Peraza mobiliza. Bobbio



(1986) preconiza relação semelhante entre os dois modelos de democracia, como condição para a preservação das regras do jogo, entendidas como

(...) garantia dos principais direitos de liberdade, existência de vários partidos em concorrência entre si, eleições periódicas a sufrágio universal, decisões coletivas ou concordadas (...) ou tomadas com base no princípio da maioria, e de qualquer modo sempre após um livre debate entre as partes ou entre os aliados de uma coalizão de governo (BOBBIO 1986, p. 37).

Está subjacente, mas não tematizada, a esta síntese entre democracia representativa e democracia participativa uma identidade entre ética econômica e ética política. Buchanan e Tullock postulam tal identidade nos seguintes termos: “Essa distinção é muito semelhante àquela feita na discussão de transações econômicas comuns. Na maioria das vezes, essas transações afetam diretamente as partes que participam da troca, com exclusão de terceiros.” (2004, p. 267) Portanto, terceiros não são afetados por transações ordinárias de compra e venda, o que se espera da decisão do voto, por isso, “Tais transações são, portanto, aceitas como se enquadrando nos padrões de comportamento típico da sociedade democrática. O comércio não é suspeito nessas condições.” Com isso, Buchanan e Tullock afirmam que “A troca ordinária de mercado é, em um sentido real, equivalente à regra política da unanimidade.” (*Id.*). Entretanto, continuam Buchanan e Tullock,

(...) o estudioso dos processos políticos, observando o que é essencialmente o mesmo fenômeno de outra forma (ou seja, a imposição de custos externos a terceiros), não considerou seriamente os aspectos de ineficiência. Em vez disso, ele – por meio de sua ênfase nas restrições morais ao interesse próprio, seu conceito de “interesse público”, etc. – procurou realizar a reforma por meio da regeneração de motivos individuais. As reformas éticas e não estruturais tendem a ser enfatizadas. Quebras e falhas na operação dos sistemas são atribuídas a homens “maus”, não a regras que os constroem (2004, p. 267-268).

Assim, Buchanan e Tullock explicitam o que está apenas implícito em Dahl (1997), a identidade entre interesse próprio e interesse público através da unanimidade de que o voto não deve ser objeto de comércio para não impor custos externos a terceiros através do poder político. Por outras palavras, o interesse público consiste na igualdade (suposta) de condição entre os cidadãos na busca de satisfação do interesse próprio num ambiente competitivo.

Curiosamente, essa identidade entre ética econômica e ética política também é acusada pela teoria marxista, mas em chave negativa. Enquanto para Buchanan e Tullock essa identidade resulta da premissa de que os indivíduos agem racionalmente com vistas à maximização de utilidades, abstraídas as diferenças econômicas entre eles, para Marx:



Os indivíduos partiram sempre de si mesmos, mas, naturalmente, de si mesmos no interior de condições e relações históricas dadas, e não do indivíduo “puro”, no sentido dos ideólogos. Mas no decorrer do desenvolvimento histórico, e justamente devido à inevitável autonomização das relações sociais no interior da divisão do trabalho, surge uma divisão na vida de cada indivíduo, na medida em que há uma diferença entre a sua vida pessoal e a sua vida enquanto subsumida a um ramo qualquer do trabalho e às condições a ele correspondentes (MARX, 2007, p. 64/5).

Ora, como o indivíduo “puro”, o maximizador de utilidades, só existe como expressão ideológica (aqui, no sentido de representação invertida ou imaginária) de relações sociais de produção capitalistas historicamente dadas caracterizadas pela assimetria de propriedade; as diferenças abstraídas operam justamente ali onde se imaginava uma esfera isenta de influência das desigualdades, na medida em que o conteúdo (econômico, político e ideológico) das desigualdades constitui o instrumento da competição pelo apoio e pelo voto.

Desse modo, o direito de líderes políticos disputarem apoio e o voto, como uma das condições de um sistema inclusivo de contestação pública (Cf. Dahl, 1997), abstraídas as diferenças econômicas, sendo que tais diferenças consistem em diferentes capacidades de disputar apoio e voto, apenas oculta a consagração e legitimação do poder dos proprietários dos meios de produção sobre os não proprietários, ou seja, a impossibilidade de que a democracia representativa seja “(...) um sistema político que tenha, como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos.” (Dahl, 1997, p. 25-26) Em grande medida, foi como contestação a esse modelo consagrado na Constituição de 1961, que as forças populares venezuelanas apoiaram massivamente a inclusão da democracia participativa nos termos constantes na *CRBV*, por isso passo a examiná-la segundo outra perspectiva (Romero, 2009 e Pinheiro, 2020).

3) O DESENHO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA PROTAGÔNICA.

Defendo nesta seção, a tese de que o desenho da democracia participativa protagônica tem características particulares não contempladas pelas análises apresentadas na seção anterior, o que invalida, em alguma medida, aquelas análises. Tais características, como se procura demonstrar a seguir, invertem a ordem daquela síntese: a democracia representativa cumpre o papel de forma política para dar suporte à participativa. Neste caso, trata-se também de uma relação de complementaridade entre os dois modelos de democracia, mas com proeminência da participativa. Para alcançar este objetivo, começo por estabelecer uma distinção que é, ao



mesmo tempo, uma inversão em relação às análises examinadas na seção anterior, entre o artigo 2, como cláusula programática³⁴, e o artigo 5, como cláusula estruturante³⁵.

É de se notar que alguns analistas mencionam o artigo 5 saltando por cima da sua lógica interna, segundo a qual, a soberania reside intransferivelmente no povo, que a exerce diretamente e, indiretamente, através do sufrágio universal, e não o contrário. Fosse uma Constituição liberal, pressuposto comum às análises críticas da *CRBV*, bastaria reproduzir os dispositivos formais abstratos comuns ao constitucionalismo liberal, como no artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, por exemplo. No constitucionalismo latino-americano o foco da figura do titular de direito frente ao Estado se desloca da figura do indivíduo abstrato para o indivíduo integral³⁶, ainda que a *CRBV* não formule o conceito desta nova categoria de sujeito.

Os demais artigos, que integram o desenho da democracia participativa protagônica, mencionam o artigo 5 ou com ele guarda uma identidade de conteúdo. Como disposto no artigo 62:

Artículo 62.– Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.

Ao estabelecer o direito de participação nos assuntos públicos nestes termos, a *CRBV* acrescenta à cidadania o direito de participar na formulação, execução e controle das políticas públicas, portanto, rompe com a separação ideológica entre Estado e sociedade civil, base do constitucionalismo liberal. No rompimento dessa separação, ganha espaço a organização popular:

Artículo 70.– Son medios de participación y protagonismo del pueblo en el ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el

³⁴**Artículo 2.**– Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

³⁵**Artículo 5.**– La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

³⁶**Artículo 20.**– Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que la que derivan del derecho de las demás y del orden público y social.



referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativas, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y solidaridad.

Com o disposto neste artigo, se constitucionalizou as formas de organização popular ao lado do sufrágio, como instrumentos do exercício da soberania popular. Esta concepção de soberania (artigos 5, 62 e 70) altera a relação entre Estado e cidadania como uma relação de tutela dos direitos dos jurisdicionados pelo Estado para uma relação de corresponsabilidade entre ambos (Estado e jurisdicionados) quanto a efetivação de tais direitos, esta relação, por sua vez, requer transferência de competências do Estado para as organizações populares, como estabelece o artigo 184:

Artículo 184.– La ley creará mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupo vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad de prestarlos, promoviendo: (...)

Este caput do artigo é complementado por sete itens que detalham como se deve operacionalizar essa transferência de competências à comunidade, orientada pelos princípios de coordenação, interdependência, cooperação e corresponsabilidade. Na *CRBV* há outros artigos relativos ao exercício da soberania popular, como o plebiscito e referendo (artigo 71 e 74) e a revogabilidade dos mandatos eletivos (artigo 72), além de outros artigos que regulam outros procedimentos sobre esta matéria, os quais deixo de analisar aqui por serem assessórios – ainda que importantes – àqueles decisivos para o desenho do Estado comunal.

Esta mudança da relação entre Estado e jurisdicionado é consagrada na legislação infraconstitucional (*Leyes del Poder Popular*), que visa ao estabelecimento das instituições políticas por meio das quais deve se efetivar o exercício direto da soberania (conforme artigo 5 da *CRBV*) orientada pelos princípios de coordenação, interdependência, cooperação e corresponsabilidade. Este conjunto de leis inclui a Ley Orgánica³⁷ del Poder Popular (*LOPP*), Ley Orgánica de Planificación Pública (*LOPPb*), Ley Orgánica de las Comunas (*LOC*), Ley

³⁷No ordenamento jurídico venezuelano, conforme artigo 203 da *CRBV*, são denominadas leis orgânicas aquelas que constituem o marco jurídico para outras leis que tratam da mesma matéria, por isso, tanto a aprovação quanto a modificação se realizam por votação qualificada de dois terços da Assembleia Nacional e são declaradas orgânicas ou não, após apreciação pela Sala Constitucional do Tsj – Tribunal Superior de Justiça.



Orgánica de Contraloría Social (*LOCS*) e a Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (*LOSEC*), todas de 21 de dezembro de 2010, a Ley Orgánica de los Consejos Comunales (*LOCC*), de 28 de dezembro de 2009, e a Ley de los Consejos Presidenciales de Gobierno del Poder Popular (*LCPGPP*), de 29 de dezembro de 2015. Em seguida, exponho em traços gerais, como o princípio constitucional da soberania popular está regulada por este conjunto de leis.

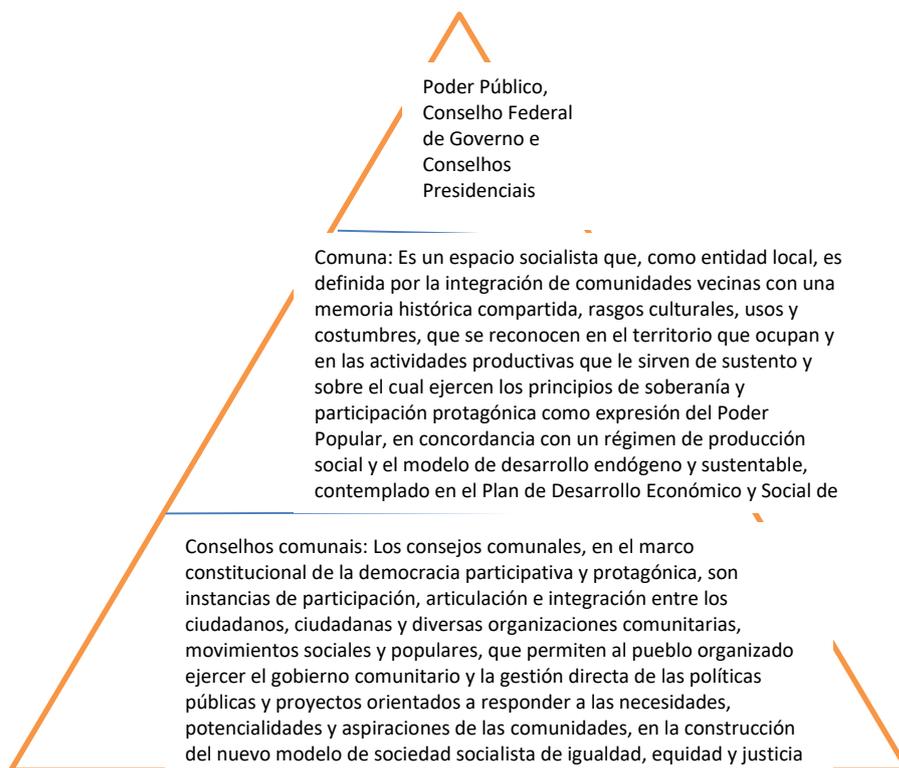
Para dar clareza à exposição, evitarei dois tipos de citação da legislação: 1) dispositivos que remetem a outros dispositivos que, no conjunto, constituem uma forma institucional, o que é enfadonho para quem não é operador do direito; 2) e o detalhamento dos aspectos operacionais da legislação. Alternativamente, exporei a estrutura do Estado Comunal (*EC*) como uma pirâmide constituída de uma base, uma instância intermediária e o topo, como na figura abaixo, como recurso para explicar a relação entre esses níveis, apoiando-me nas definições da própria legislação.

Conforme a crítica de Peraza (2001 e Pateman, 1992), há dois modelos de democracia participativa: um democrático, que consiste na democratização dos subsistemas e, o outro, autoritário porque consiste na descentralização baseada numa estrutura piramidal em que a base elege os delegados da instância local, que elegem os delegados da instância seguinte, até a última instância de poder, o que produz um efeito contrário ao pretendido porque a base não controla a instância superior e, esta, controla recursos que não estão ao alcance da instância local. Esta crítica é dirigida sobretudo à experiência da extinta URSS.

Em que pese o autor reproduzir o lugar-comum de estabelecer uma linha direta entre Lenin e Stalin, argumento que não resiste ao cotejamento dos textos de ambos, a crítica é procedente quanto àquela experiência histórica, mas não há razão científica para supor que toda experiência de descentralização reproduzirá aquela, inclusive porque a própria experiência soviética não começou assim. A figura abaixo representa justamente a possibilidade de democratização segundo o modelo de descentralização da participação.

Estrutura do Estado Comunal





Meu argumento é que, em que pese os problemas que apresentarei mais adiante, a experiência venezuelana do Estado comunal engendra uma nova configuração da relação entre democracia representativa e democracia participativa, com a perspectiva de uma síntese entre ambas com base nos princípios da segunda. Para sustentar o argumento, passo a examinar essa nova configuração.

A *LOC*, em seu artigo 4, item 10, define Estado comunal como uma:

(...) forma de organización político-social, fundado en el Estado democrático y social de derecho y de justicia establecido en la Constitución de la República, en la cual el poder es ejercido directamente por el pueblo, a través de los autogobiernos comunales, con un modelo económico de propiedad social y de desarrollo endógeno y sustentable, que permita alcanzar la suprema felicidad social de los venezolanos y venezolanas en la sociedad socialista. La célula fundamental de conformación del Estado comunal es la Comuna.

Esta definição conjuga o artigo 2 e o 5 da *CRBV* com a definição de comuna (ver figura acima) e, esta, por sua vez, se constitui pela agregação de conselhos comunais (ver figura acima) como instância de base. Neste ponto, entram duas características peculiares da experiência do



EC: Primeira, a constituição da comuna se realiza por meio da democracia de base através de uma Carta fundacional³⁸, como um:

(...) instrumento aprobado en referendo popular, donde las comunidades expresan su voluntad de constituirse en Comuna, en su respectivo ámbito geográfico, contentiva de la declaración de principios, censo poblacional, diagnóstico sobre los principales problemas y necesidades de su población, inventario de las potencialidades económicas, sociales, culturales, ambientales, y opciones de desarrollo. (LOC, art. 4, ítem 3)

Segunda, a autoridade máxima da comuna é o Parlamento Comunal constituído por um representante e seu suplente de cada conselho comunal³⁹ da Comuna, três representantes e seus suplentes eleitos pelas organizações socio-produtivas e um representante e seu suplente do Banco da Comuna. Portanto, na descentralização promovida pelo Estado comunal, a fórmula “eleição de delegados por delegados” é substituída por uma fórmula que combina democracia de base (Assembleia de Cidadãos e Cidadãs), representação das organizações populares e representante da gestão econômica. Essa fórmula, se não estimula, ao menos abre espaço para um amplo envolvimento popular no debate dos temas de interesse público e no processo decisional.

Por sua vez, a relação entre a instância local e a intermediária e a central se realiza por meio de um órgão representativo, de caráter consultivo, os Conselhos Presidenciais, além de três instrumentos de gestão: Sistema Nacional de Planejamento, Controladoria Social e Transferência de Competências.

No que se refere aos Conselhos Presidenciais, conforme o artigo 5 da *LCPGPP*, os Conselhos Presidenciais do Governo Popular têm como responsabilidade:

1. Generar lineamientos y orientaciones al Gobierno Revolucionario para el desarrollo de políticas, planes, programas y proyectos, así como la resolución de problemas concretos.
2. Participar en el diseño, formulación, ejecución, seguimiento y control de los planes sectoriales.

³⁸ Conforme o artigo 12 da *LOC*, a Carta fundacional conterá: localização, perímetro geográfico, denominação da Comuna, declaração de princípios, censo populacional, diagnóstico sobre os principais problema e necessidades de sua população, inventário das potencialidades econômicas, sociais, culturais, ambientais e opções de desenvolvimento.

³⁹ A *LOCC*, no artigo 23 ítem 10, estabelece como uma das funções da Assembleia de Cidadãos e Cidadãs, “Designar a los voceros o voceras del Consejo Comunal para las distintas instancias de participación y de gestión de políticas públicas.



Além de outros cinco itens de menor relevância para os propósitos deste artigo, e seus representantes são eleitos em assembleias de base (art. 10)

Esses Conselhos se organizarão por comitês setoriais ou de áreas temáticas, conforme temas de interesse da comunidade, respeitadas as formas de agregação popular (conselho comunal, comunas, organizações socio-produtivas etc.) e os princípios que regem a Lei do Poder Popular e podem ser convocados, conforme as responsabilidades acima mencionada, pelo “(...) *Presidente de la República, Vicepresidente ejecutivo, Vicepresidentes sectoriales o Ministros, Ministras del Poder Popular.*” (art. 12)

Portanto, os Conselhos Presidenciais constituem um canal por meio do qual representantes de base têm acesso à instância central de poder e, esta, por sua vez, um canal de comunicação com a base, o que impede a filtragem das informações por diversas camadas de delegações.

No que diz respeito aos instrumentos de gestão, a *LOPPb* cria o Sistema Nacional de Planejamento e enumera nove finalidades, entre as quais, destacam-se as três primeiras pela pertinência do assunto aqui tratado:

1. Establecer un Sistema Nacional de Planificación que permite el logro de los objetivos estratégicos y metas plasmadas en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación.
2. Garantizar el seguimiento, evaluación y control de desempeño institucional.
3. Ordenar, racionalizar y coordinar la acción pública en los distintos ámbitos y niveles político-territoriales de gobierno.

O artigo 10 dessa lei estabelece as seguintes instâncias de poder e/ou órgão de gestão como integrantes do Sistema Nacional de Planejamento: Conselho Federal de Governo, conselhos estaduais de planejamento e coordenação de políticas públicas, conselhos locais de planejamento público (vinculados ao Executivo municipal), conselhos de planejamento comunal, conselhos comunais.

Quanto à Controladoria Social, o artigo 5, item 1 da *LOCS*, estabelece como finalidade:

“Promover y desarrollar la cultura del control social como mecanismo de acción en la vigilancia, supervisión, seguimiento y control de los asuntos públicos, comunitarios y privados que incidan en el bienestar común.”

O artigo 11 da mesma lei estabelece que o exercício da controladoria é de caráter *ad honorem*, de modo que quem a exerce não recebe remuneração; o artigo 16 estabelece como obrigação que todas as instâncias de poder e órgão de gestão desenvolvam programas, políticas e atividades destinadas à formação de capacitação relacionada à controladoria social.



Em resumo, aquelas três instâncias de poder constituem o eixo central do Estado Comunal, ilustradas na figura acima, alinhadas pelas diversas formas de participação social do Poder Popular, cuja síntese é a conjugação da Assembleia de Cidadãos e Cidadãs, no Conselho Comunal, o Parlamento Comunal, na Comuna, e os instrumentos de gestão (Sistema Nacional de Planejamento e Controladoria Social), como instituições políticas em conformidade com a *CRBV*. Assim, segundo essa estrutura, o Poder Público (Executivo, Legislativo, Judiciário e Cidadão e Eleitoral, art. 136 da *CRBV*) deve operar em consonância com o Poder Popular segundo o princípio da corresponsabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este modelo institucional de relação entre democracia representativa e democracia participativa, do Estado Comunal, apresenta alguns problemas que já podem ser identificados, ainda que não examinados aqui, que impedem um vislumbre claro de como deve (ou deveria) se processar a síntese de ambos os modelos com proeminência da democracia participativa. O primeiro e talvez mais simples, embora nada seja simples neste caso, são as lacunas jurídicas que entram o desenvolvimento dos conselhos comunais. Por exemplo, o artigo 47, item 1, da *LOCC*, estabelece que os conselhos comunais receberão recursos financeiros e não financeiros da República, dos estados e dos municípios. No que se refere aos estados e municípios, para que um conselho comunal receba tais recursos, seu plano de desenvolvimento integral deve ser aprovado pelo governo do estado e pela prefeitura onde está localizado, mas a solicitação pode ser engavetada (o que ocorre muitas vezes) ou avaliada como não prioritária se o governador e/ou o prefeito for oposição ao chavismo ou de facção do chavismo diferente da que está à frente do conselho, uma vez que os itens 1, 2 e 3 do artigo 59 da mesma lei, estabelece que os órgãos do Poder Público “darão preferência às solicitações que os conselhos (órgão de base do Poder Popular) formulem”, ou seja, não é vinculante. Obviamente pode-se prever que, se fosse vinculante, surgiriam os problemas próprios da autonomia dos entes subnacionais numa federação.

Este problema da lacuna jurídica tem relação com um outro, que é o conflito entre a forma de legitimação eleitoral da democracia representativa e a legitimação vinculante da democracia participativa, o que tem criado tensões entre prefeitos e governadores, por um lado, e as comunas, por outro. Este conflito entre as duas formas de legitimação política dá guarida a um processo de deslegitimação da democracia participativa, na medida em que o conteúdo



dos projetos desenvolvidos pelas comunas pode ser criticado como de interesse particular de determinada comunidade, enquanto os governos estaduais e municipais representariam o interesse público, segundo aquele critério examinado na primeira seção.

Como observou Tony Boza, deputado na Assembleia Nacional pelo PSUV, “La CRBV de 1999 fue un proyecto de refundación del país, impulsado por Chavez como propuesta concreta para las elecciones de 1998 y que buscó transformar radicalmente las bases políticas, económicas y sociales de Venezuela.” Entretanto, apesar dos grandes avanços, “(...) *tuvo límites porque en el seno de los constituyentistas existía una gran diversidad de intereses, desde aquellos que responden al capital hasta expresiones anti-capitalistas.*”⁴⁰Essas duas tendências entre os constituintes se expressam na Constituição como relação mal alinhavada entre Poder Público e soberania popular, ainda que conste no texto constitucional a subordinação do primeiro à segunda.

Este conflito entre duas formas distintas de legitimação tem duas causas, pelo menos. A primeira, pode-se considerar de natureza operacional, na medida em que o Plan Nacional de *Desarrollo Económico* y Social existente ainda é mais um produto do Conselho Federal de Governo, que o resultado do Sistema Nacional de Planejamento, uma vez que as instituições do Estado Comunal a que tal sistema se vincula está em construção, e enfrenta forte oposição de forças políticas internas e externas. A segunda, pode-se denominar como uma lacuna doutrinária, pois a figura central da democracia representativa é o sujeito de direito, o indivíduo abstrato, enquanto a da democracia participativa *protagónica* é o indivíduo integral, figura que aparece nos textos legais sem uma definição conceitual.

Este problema não é de fácil solução, pois não é uma questão técnica nos termos do constitucionalismo liberal de formulação do conceito de mecanismo institucional que harmonizaria esferas de competência entre entes federados, sistema que opera como a representação da figura abstrata do sujeito de direito; antes, este problema revela que a lacuna doutrinária é o ponto cego que impede o vislumbre claro de como promover a síntese entre a democracia representativa e a participativa, com proeminência desta última, com apoio no indivíduo integral, o sujeito da participação, que seria o fundamento último desta síntese.

Chegado a este ponto, o caminho se bifurca: ou a análise conclui que a democracia é representativa ou não é (Mires, 2001), conclusão que repõe a tese da síntese segundo a lógica da democracia representativa e, em última instância, do fim da história; ou admite que a prática

⁴⁰Entrevista realizada com o deputado.



política, sobretudo das classes populares, engendra novas formas democráticas, do que dá testemunho a própria história da democracia representativa (Macpherson, 2003), que nos seus albores não tinha a configuração que tem hoje, de modo que o processo histórico está aberto. Ao analista resta a alternativa da análise prospectiva (à luz do conhecimento disponível) e a observação empírica do processo histórico-social.

Como análise prospectiva, à luz do conhecimento estabelecido pela análise acima, pode-se indicar como elemento com potencial de preencher a lacuna doutrinária o conceito de planejamento, interno à própria definição do Poder Popular, como produto do Sistema Nacional de Planejamento. Explico-me: o processo eleitoral da democracia representativa, tal como institucionalizada onde ela é dominante, interpela um eleitor abstrato com um plano de governo que é mais uma carta de intenções, uma peça de propaganda, do que um plano de ação. Este processo eleitoral não pode interpelar os eleitores a partir do lugar que ocupam nas estruturas sociais nem propor um programa de ação efetivo, porque o governo que emerge dele tem por encargo gerir um ambiente cambiante, por seu caráter concorrencial, de modo que os instrumentos de gestão do governo afetam a concorrência e são por ela afetados, determinando o destino do governo segundo o apoio ou a oposição daqueles melhor posicionados no sistema concorrencial. Esta é a causa estrutural (mais geral, portanto) do permanente mal-estar nas democracias representativas, pois os resultados alcançados pelos governos nunca coincidem com as expectativas do eleitor abstrato, apenas se aproximam em graus variados (ótimo, bom, regular, péssimo) como indicam as pesquisas de opinião. Não é demais aduzir que tal aproximação se dá mais no plano da representação ideológica, resultante do mercado de comunicação de massa, do que no das realizações efetivas, de modo que não raro, governos com melhores resultados terminam com pior avaliação que outros com piores resultados.

Por isso, o desenho do Estado comunal institucionalizado pelas leis do Poder Popular se choca com o processo eleitoral, que funciona como descrito no parágrafo anterior. Para dar efetividade ao que preconiza o artigo 5, o processo eleitoral precisaria interpelar o eleitor como indivíduo integral a partir do lugar ocupado nas estruturas sociais com um plano de ação efetivo, produto do Sistema Nacional de Planejamento, que possa ser objeto de avaliação e retificação. Por outras palavras, o processo eleitoral precisaria ser precedido pela elaboração do Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social pelo Sistema Nacional de Planejamento, que submeteria tal Plano ao escrutínio do sufrágio universal. Ou seja, dar efetividade ao que preconiza a definição do artigo, item 12 da *LOSEC*:



Modelo productivo socialista: modelo de producción basado em la propiedad social, orientado hacia la eliminación de la división social del trabajo propio del modelo capitalista. El modelo de producción socialista está dirigido a la satisfacción de necesidades crecientes de la población, a través de nuevas formas de generación y apropiación así como de la reinversión social del excedente.

Pode-se supor que num processo eleitoral em que o objeto da interpelação do eleitor seja um plano dessa natureza, segundo essa definição de modelo produtivo, a legitimação eleitoral e a conselheira deixariam de se chocar e os conflitos de interesse poderiam ser tratados segundo o princípio da coordenação, interdependência, cooperação e corresponsabilidade. Por óbvio, mais que doutrinária, esta é uma questão política de se as forças sociais que defendem o Estado comunal caminharão nessa direção ou se se acomodarão à síntese entre a democracia representativa e a participativa, nos termos da primeira.

Um terceiro problema, sem a pretensão de esgotar o assunto, é a sobreposição de competências, fruto de uma legislação que se desenvolve ao ritmo das lutas políticas, como ocorre em todo processo revolucionário, e do emaranhado de formas organizativas, que o regime procura contemplar na legislação para se legitimar junto à sua base social.

Embora a análise da luta política na Venezuela não esteja entre os objetivos deste artigo, o que fiz em outro lugar (Pinheiro, 2014; 2020), referir a esta luta como causa dos problemas apontados ajuda a esclarecer os problemas, impasses e dificuldades daquela experiência, além de oferecer à análise uma referência empírica de causalidade que foge ao jargão vulgar da “experiência que não deu certo”, como se se tratasse de receita de bolo, ou à acusação de populismo como juízo de valor negativo, atalhos úteis à preguiça intelectual.

Por fim, como a inclusão do conceito de democracia participativa *protagónica* na *CRBV* foi resultado de um amplo movimento social, desde a década de 1970, que ganhou impulso após o *caracazo* e que lhe valeu a aprovação popular de 85% em referendo, após a promulgação pela Assembleia Nacional Constituinte, a experiência da Revolução Bolivariana se filia à longa tradição política das classes populares de reivindicação de soberania popular; tradição que remonta ao Exército de Novo Tipo (Cf. Hill, 1987), na Inglaterra do século XVII, à Conspiração dos Iguais⁴¹, durante a Revolução Francesa no século XVIII, à Comuna de Paris, no século XIX, à Revolução Russa de 1917 e a todas as revoluções populares do século XX.

Essas experiências revolucionárias ocorreram em contextos históricos particulares e apresentam características também particulares, muito diferentes entre si, mas têm como

⁴¹ Manifesto do Iguais, documento desse movimento, disponível em:
<<https://www.marxists.org/portugues/babeuf/1796/mes/manifesto.htm>> acesso em 20/03/2022



elemento comum a reivindicação de exercício direto da soberania pelo povo, em oposição à representação da soberania pelo parlamento. Não obstante os problemas aqui apontados, o *EC* é um experimento histórico que tenta dar efetividade a essa reivindicação, à luz do aprendizado dessa longa tradição política. Não há razão para crer que se essa experiência fracassar, outras não surgirão.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia, uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BUCHANAN, James and TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*. Indianapolis: LibertyFund, 2004.

DAHL, Robert. **Poliarquia: participação e oposição**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

HERNANDEZ, Oswaldo R. C. A democracia participativa na Constituição venezuelana. In: WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (orgs.) **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

HILL, Christopher. **O mundo de ponta-cabeça: ideias radicais durante a revolução inglesa de 1640**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987

MACPHERSON, C. B. *La democracia liberal y su época*. Madrid: Alianza Editorial, 2003

MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo?. In: WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (orgs.) **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

MIRES, Fernando. *Civilidad. Teoría política de la posmodernidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

NAVARRO, Claudia P. de. Democracia participativa: ¿cuál democracia?. In: **Revista SIC**, Centro Gumilla, n.º 635, Caracas, 2001. Disponível em: <http://64.227.108.231/PDF/SIC2001635_220-222.pdf>

PASTOR, Roberto V. e DALMAU, Rubén Martínez. O processo constituinte venezuelano no marco do novo constitucionalismo latino-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (orgs.) **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PERAZA, Arturo. *Dos modelos de participación, un solo democrático*. In: **Revista SIC**, Centro Gumilla, n.º 693, Caracas, 2001.

PINHEIRO, Jair. O Estado comunal e seus antípodas. In: **Textos e Debates**, Boa Vista, n.34, p. 99-120, jan./jun. 2020.

PINHEIRO, Jair. Luta pelo socialismo no interior da revolução bolivariana. In: PINHEIRO, J. (org.) **Marx: crise e transição. Contribuições para o debate hoje**. Marília: Cultura Acadêmica/Oficina



Universitária/CAPES, 2014. Disponível em:
<https://ebooks.marilia.unesp.br/index.php/lab_editorial/catalog/view/71/622/4501>

ROMERO, Juan E. *Venezuela siglo XXI: democracia y movilidad social*. Caracas: Fundación Centro Nacional de Historia, 2009.

WAMPLER, Brian e AVRITZER, Leonardo. Públicos participativos: sociedade civil e novas instituições no Brasil democrático. In: COELHO, Vera S. P. e NOBRE, Marcos (orgs.) **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências democráticas institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Ed. 34, 2004.



CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR Y EL SOMETIMIENTO DE LA DEMOCRACIA

Diego Núñez Santamaría⁴²

Alex Valle Franco⁴³

INTRODUCCIÓN

Ecuador ha tenido veinte Constituciones en su historia republicana, pero en cuanto al control constitucional, apenas son cinco las Constituciones que establecieron la existencia de una garantía jurisdiccional. Las Constituciones que establecieron un control constitucional concentrado fueron las de 1945, 1967, 1979, 1998 y 2008. En ese sentido, es relativamente nueva la experiencia de control constitucional en el Ecuador.

Posteriormente, las facultades de los órganos de control constitucional se han ido incrementando con cada cambio constitucional. Las más importantes fueron las Constituciones de 1998 y 2008. Las anteriores no tenían las facultades de expulsar una norma fuera del ordenamiento jurídico por lo que se vuelven irrelevantes. Ahora bien ¿la ampliación de estas facultades de control constitucional podrían convertirse en una afectación sobre la democracia? Es una pregunta que intentaremos contestar en este ensayo. Para llegar a esta respuesta primero realizaremos una breve descripción de clasificaciones de controles constitucionales abusivos, así como también una breve revisión del debate académico que ha surgido a partir de la aporía del límite constitucional como restricción a la democracia. En seguida, a partir del análisis de la configuración legal de las facultades del control constitucional se puede obtener, en abstracto, cuál es el nivel que se podría afectar al trabajo del legislador. Finalmente, para obtener una respuesta más clara se revisará un caso en el que la Corte Constitucional ha utilizado sus facultades para cambiar una disposición normativa aprobada por el legislador.

⁴² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad del Perú. Docente del Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador. diego.nunez@pucp.pe

⁴³ Dr. Jur. Universidad de Bremen-Alemania. Master en Derecho y Master en Sociología. Docente titular del Instituto de Altos Estudios Nacionales y Pontificia Universidad Católica del Ecuador-Quito, ORCID: 0000-0001-9992-9044. alex.valle@iaen.edu.ec



1) ANTECEDENTE: VISIÓN DEL LÍMITE CONSTITUCIONAL COMO RESTRICCIÓN A LA DEMOCRACIA

En este acápite se revisarán algunos insumos relativos a la actuación de las cortes constitucionales y su afectación a la democracia. Además, considerando nuestra cultura jurídica de origen romano germánica se hará una breve revisión sobre el debate teórico de la aporía respecto al límite constitucional y su influencia en la democracia. También, se dejará constancia que en realidad lo relevante de este ensayo es la comprobación de que la Corte Constitucional ecuatoriana pudo haber actuado de forma abusiva frente al trabajo del legislador como institución democrática, comprobando así la hipótesis de esta investigación.

En varios países se ha considerado a los órganos de control constitucional como un garante de la democracia (Núñez, 2013). Incluso hay autores que consideran que los órganos de control constitucional pueden edificarse en centinelas que protegen la democracia y permiten el desarrollo de una agenda democrática (Verdugo, 2020). Pero también puede ocurrir que aquellas facultades otorgadas para proteger derechos, y a la democracia, puedan ser utilizadas para erosionar a la misma. De esta manera, se han acuñado varios términos para describir esta afectación a la democracia desde los órganos de control constitucional. Así por ejemplo Landau (2013, p. 195) nos habla sobre un “*Abusive Constitutionalism*” para describir el mecanismo de cambio (o reforma) constitucional que reduce la participación democrática. También, hay estudios que desarrollan el concepto de “*Abusive Judicial Review*” consistente en Cortes que trabajan dentro de una estrategia del régimen autoritario para minar las instituciones democráticas y éstos son utilizadas para aprobar reformas constitucionales, cambios legales y normativos a favor del régimen autoritario (Landau y Dixon, 2019, p. 1334).

A su vez, el “*Abusive Judicial Review*” se puede clasificar como débil o fuerte, dependiendo de la actuación sobre las instituciones democráticas. Si su actuación es directa en las protecciones democráticas se considera fuerte; mientras que si su influencia es indirecta sería débil (Landau y Dixon, 2019, p. 1345). Bajo esta clasificación el Ecuador ha sido categorizado como un “*weak abusive judicial review*” a partir de la reforma constitucional del año 2016 en el que se permitió la reelección indefinida a través de una enmienda constitucional (Silva-Portero, 2016).

Ahora bien, luego de esta perspectiva de erosión a la democracia a través de los órganos de control constitucional, también es necesario hacer un análisis teórico sobre el control constitucional como límite a la democracia. Haremos una breve revisión teórica.



Si se habla de Control Constitucional es inevitable revisar el trabajo de Hans Kelsen. En 1925 el autor austriaco presentó su artículo “*La garantía jurisdiccional de la Constitución, la Justicia Constitucional*” quien había identificado como un problema la legitimidad del control constitucional frente a la legitimidad democrática. En este sentido, la pregunta era: ¿qué legitimidad tendría un Tribunal Constitucional para eliminar una norma jurídica que había sido creada por el órgano democrático legislativo? El legislativo estaba legitimado por su representación popular, mas no el Tribunal Constitucional que no se originaba de una votación democrática. Por este motivo un órgano de control constitucional únicamente podría actuar como un legislador negativo, anulando aquellas normas que no se ajustaran a la Constitución.

La teoría de la función de legislador negativo que caracteriza a la jurisdicción constitucional en Europa, tiene que ver con las decisiones de anulación típicas del trabajo del legislador, las cuales tienen no solo consecuencias negativas sino activas. Es decir, también crean derecho en la medida en que la expulsión de normas que se encuentran asociadas al mismo, tiene consecuencias a nivel de ordenamiento jurídico (Trovaio, 2015, p. 734). Pero este órgano no tendría ninguna otra facultad, menos aún una legislativa. Por este motivo era impensable que un Tribunal Constitucional pudiera dictar leyes sin tener representación del pueblo soberano. Mientras que la confección de las leyes únicamente le correspondía al pueblo, representado por el órgano legislativo (Kelsen, 1994, p. 30).

Dentro de este contexto es necesario señalar un marco conceptual. Entonces, se debe entender como democracia a aquella producción de los distintos órganos legislativos elegidos por representación popular. Mientras que el control constitucional tendría que leerse como aquel límite, formal o material, que se establece en la actuación de los órganos infra constitucionales y que se encuentra en manos de un órgano concentrado de justicia constitucional, llámese Tribunal Constitucional, Corte Constitucional, Sala Constitucional, etc. De tal forma que la posibilidad de tener un constitucionalismo abusivo que se traduce en comportamientos que sirven formalmente de instituciones constitucionales, pero que en la realidad limitan el poder político porque se extralimitan en sus decisiones, puede mostrarse como una herramienta para la arbitrariedad del poder de turno (Landau, 2013).

De esta manera es probable que, dentro de un Estado de Derecho Legislativo, distinto al moderno Estado Constitucional, se haya justificado un exacerbado respeto por las legislaturas. Así, por ejemplo, Ferrajoli hace una distinción entre el Estado Legislativo de Derecho (paleo-iuspositivismo) y el Estado Constitucional de Derecho. El primero designaba



un ordenamiento en el que el poder y los procedimientos estaban fijados por ley. En el segundo los poderes y formas no solo están sometidos a la ley, sino a los contenidos de los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2003, p. 14).

De otra parte, como lo ha señalado Marina Gascón, el antiguo Estado de Derecho “*se construye sobre la concepción unitaria de la soberanía como poder legibus solutus, de manera que la ley expresión de esa soberanía, queda al margen de cualquier límite o control.*” (Gascón, 2003, p. 16). Es decir, que, dentro del Estado Legislativo de Derecho, el espacio de un control constitucional debía ser muy limitado.

Poco a poco esta concepción fue cambiando con el concepto del Estado Constitucional. Zagrebelsky por ejemplo distingue, entre varias diferencias; principalmente los cambios en el concepto de ley. En el Estado Constitucional la ley ya no es absoluta, sino que pasa a estar sometida a la adecuación y subordinación de la Constitución (Zagrebelsky, 2001, p. 34), por lo que en esta configuración jurídico-política el espacio del control constitucional pasa a ser más amplio pudiendo limitar ciertos campos de la democracia.

Lo cierto es que durante el último siglo una cultura jurídica post-positivista (o Neoconstitucionalismos) (Comanducci, 2003, p. 83-86) se ha ido posicionando en la filosofía del Derecho y en las Constituciones de Latino América (De Cabo, 2015)⁴⁴. Los Estados Constitucionales se han ido representando en las distintas Cartas Políticas, como es el caso del Ecuador con su artículo uno: “*Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.*”

Ahora bien, la incógnita que ha surgido entre el control constitucional y la democracia es respecto a la compatibilidad entre un límite y una libertad de decisión. Tal vez el mejor ejemplo de esta paradoja la dibuje Stephen Holmes en el artículo titulado “*El precompromiso y la paradoja de la democracia*” en donde analiza a profundidad la tensión entre el constitucionalismo y la democracia (Holmes, 1999, p. 217-262). La pregunta surgía a partir en función de los tiempos y los contextos, pues si estos eran cambiantes ¿cómo podríamos estar atados a una Constitución que no reflejara las nuevas épocas? Bajo esa perspectiva no se justificaba los límites y candados que imponía la Constitución a los debates legislativos, incluyendo la misma reforma a la Constitución. Sin embargo, la respuesta viene dada por el

⁴⁴ Aunque en la práctica pueden hablarse de constituciones retóricas, lo cierto es que se ha acuñado el término del “*Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*” que ha ocurrido con las modernas constituciones de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia.



símil de Ulises y las sirenas. Ulises en su camino de regreso a casa, navegando el Mar Mediterráneo, conocía que el canto de las sirenas podía volver locos a los marineros. Para evitar este peligro Ulises se ató al mástil de su barco y evitó ser seducido por el canto de las sirenas. Holmes concluye que atarse al mástil es un recurso de racionalidad que le pone límites al caballo desbocado que puede ser la democracia. Es decir, que el control de constitucionalidad supone la imposición de racionalidad sobre la libertad de decisión, incluso arbitraria, que puede presentar la democracia.

Una vez analizado que el constitucionalismo y la democracia representan una relación de tensión necesaria, se debe revisar que no se puede hacer intervenciones exageradas sobre la democracia, sino prudentes. Como lo ha determinado la Corte Suprema de los Estados Unidos, señalando que el control debe realizarse con un “*self restraint*” o auto control. Este *self restraint* viene dado como un parámetro de prudencia en el que los jueces tienden a no influir en las decisiones democráticas, mientras que lo contrario podría calificarse como el activismo judicial. Este activismo, en cambio, busca ampliarse en las decisiones judiciales, incluso introduciéndose en la toma de decisiones políticas (Posner, 1983). Cualquiera de estas dos posiciones, *self restraint* o activismo judicial, dependerá de la perspectiva que tomen los órganos de control constitucional. Lo cierto es que desde el control constitucional se puede influir positiva o negativamente sobre la democracia. Ahora pasemos revista cómo se ha configurado el control constitucional respecto a las decisiones legislativas en el Ecuador.

2) CONFIGURACIÓN LEGAL-ESTRUCTURAL DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

La Constitución 2008 restó un importante espacio de control constitucional a los jueces en el Ecuador. Esta eliminó el control difuso de constitucionalidad. La Constitución de 1998 establecía la facultad de que cualquier juez dejara de aplicar una norma cuando la consideraba inconstitucional. El artículo 274 de la Constitución de 1998 establecía:

¹ Artículo 274.- Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria



de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio.

El control difuso tal y como estaba planteado pudo ser considerado como una amenaza a la Democracia, ya que cualquier juez podía dejar de aplicar la legislación vigente por considerarlo contrario a la Constitución, aun antes de que ésta sea declarada inconstitucional. Por su parte, el control concentrado parecería en cambio favorecer a la Democracia, dado que es realizado por el órgano máximo en materia constitucional.

El nuevo modelo de control constitucional ecuatoriano (2008) es un híbrido. Este control implementado en el Ecuador, se lo puede denominar incidental. En los términos del autor italiano Lucio Pegoraro este modelo mezcla funciones del control concreto (o difuso) y lo reenvía al control concentrado. En este esquema los jueces en cada caso concreto pueden analizar si existe una interpretación que puede ser inconstitucional y lo elevan en consulta al órgano central de control constitucional (Pegoraro, 2002, p. 399). Al parecer este modelo de control puede ser más respetuoso del principio de soberanía popular ya que sigue siendo únicamente la Corte Constitucional la que puede dejar de aplicar una norma y expulsarla del ordenamiento jurídico.

Luego, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha plasmado disposiciones que se decantan por la democracia como lo es el principio a favor de la democracia. El artículo 76 de la LOGJCC dispuso el principio *in dubio pro legislatore* determinando que en caso de duda sobre la constitucionalidad de una disposición normativa se optará por no declarar la inconstitucionalidad. Además, están los principios de permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico (Art. 76.4. LOGJCC) y declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso (Art. 76.6. LOGJCC). Estos serían principios a favor de la democracia. Sin embargo, al ser principios operan como un mandato de optimización aplicándose en mayor o menor espacio en función de las circunstancias.

Por otro lado, dos son los elementos que podrían afectar gravemente a la democracia desde una perspectiva estructural, plasmados en la misma ley. El primero es la posibilidad de suspender los efectos de una disposición normativa a la que se le ha demandado su inconstitucionalidad, como lo hace la medida cautelar. El artículo 79.6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone:



Art. 79.- Contenido de la demanda de inconstitucionalidad.- La demanda de inconstitucionalidad contendrá:

6. La solicitud de suspensión provisional de la disposición demandada debidamente sustentada, cuando a ello hubiere lugar; sin perjuicio de la adopción de otras medidas cautelares conforme la Constitución y esta Ley.

Pese a que la medida cautelar no signifique un prejuzamiento, el hecho de suspender una decisión tomada por la democracia, ley o norma jurídica, a través de presunciones, afecta gravemente a las decisiones democráticas. Para ser respetuosos del principio de soberanía popular, no se debería suspender los efectos de una disposición sino únicamente hasta que se haya declarado su inconstitucionalidad. De lo contrario estamos restando el espacio de las decisiones democráticas.

El segundo elemento es la posibilidad de introducir sentencias manipulativas. El artículo 95 y el 96.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional le otorga a la Corte Constitucional la amplia facultad de emitir sentencias modulatorias o manipulativas. Dentro de las sentencias manipulativas se pueden encontrar sentencias sustractivas, aditivas o sustitutivas (Soto, 2012, p. 211-233). A través de estas sentencias la Corte Constitucional puede convertirse casi en legislador y adicionar, sustituir o sustraer las disposiciones normativas, ya decididas por el órgano legislativo, afectando gravemente el espacio de la democracia. De cierta forma puede ocurrir que los nueve jueces de la Corte Constitucional puedan borrar de un plumazo los debates y decisiones realizados por 137 Asambleístas. En otras palabras, las sentencias interpretativas y sentencias manipulativas, aditivas y substitutivas incluyen una labor más compleja e implican una actuación de acción creativa por parte de los jueces, dejando de ser meros legisladores negativos y asumiendo el papel de legislador positivo (Trovaio, 2015, p. 734).

En abstracto, si bien nuestro ordenamiento jurídico ha eliminado el control difuso y otorgado principios a favor de las decisiones democráticas, también le ha otorgado sendas facultades a la Corte Constitucional que pueden afectar a la democracia. El balance en abstracto puede ser engañoso. Por este motivo es necesario analizar qué ha pasado con la Corte Constitucional del Ecuador utilizando estas facultades en sus dictámenes o sentencias.



3) REVISIÓN DE LA ACTUACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL QUE SE AFECTA EL PRINCIPIO DE *INDUBIO PRO LEGISLATORE*

Antes de revisar un caso concreto, es necesario analizar cifras emitidas por la Secretaría Técnica Jurisdiccional, la cual ha proporcionado información sobre las acciones de inconstitucionalidad que han sido conocidas por la Corte Constitucional desde el año 2008 al año 2021. Es importante mencionar que la metodología para la recolección de datos se ha perfeccionado desde el año 2019, aproximadamente desde que la Corte Constitucional fue compuesta por nuevos jueces de trayectoria constitucional. Por este motivo la información contiene mayores datos desde el año 2019.

Sobre la cantidad de acciones en las que se solicitaron, y se concedieron, suspensión provisional de la disposición normativa cuestionada no existe información sino solo desde el año 2019. Desde el año 2019 al 31 de agosto de 2021 se habían concedido cuatro suspensiones, todas ellas solicitadas desde la sociedad civil⁴⁵.

Ahora bien, con la información disponible de la Corte Constitucional procederemos a comprobar si el uso del control constitucional pudo haber beneficiado al Poder Ejecutivo y, por lo tanto, haber erosionado de alguna manera la democracia. Desde el 20 de octubre de 2008 al 31 de agosto de 2021 la Corte Constitucional del Ecuador conoció 961 casos de acciones de inconstitucionalidad, dentro de las cuales 771 fueron admitidas a trámite, 111 fueron inadmitidas y 48 de ellas rechazadas.

Tabla Nro. 1 - Número de acciones de inconstitucionalidad

IN ingresadas desde el 20 de octubre de 2008 hasta el 31 de agosto de 2021	
DECISIÓN	No. DE CASOS
ADMITE	771
INADMITE	111
DESISTIMIENTO	2
ARCHIVADO	2
DADO DE BAJA CON CAMBIO DE NOMENCLATURA 003-19-OP	1
DADO DE BAJA/CAMBIO DE NOMENCLATURA A 001-19-OP	1
DADO DE BAJA/CAMBIO DE NOMENCLATURA A 002-19-OP	1
RECHAZADO	48
SIN DECISIÓN	24
TOTAL	961

Fuente y autor: Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, D. Nuñez, 2022.

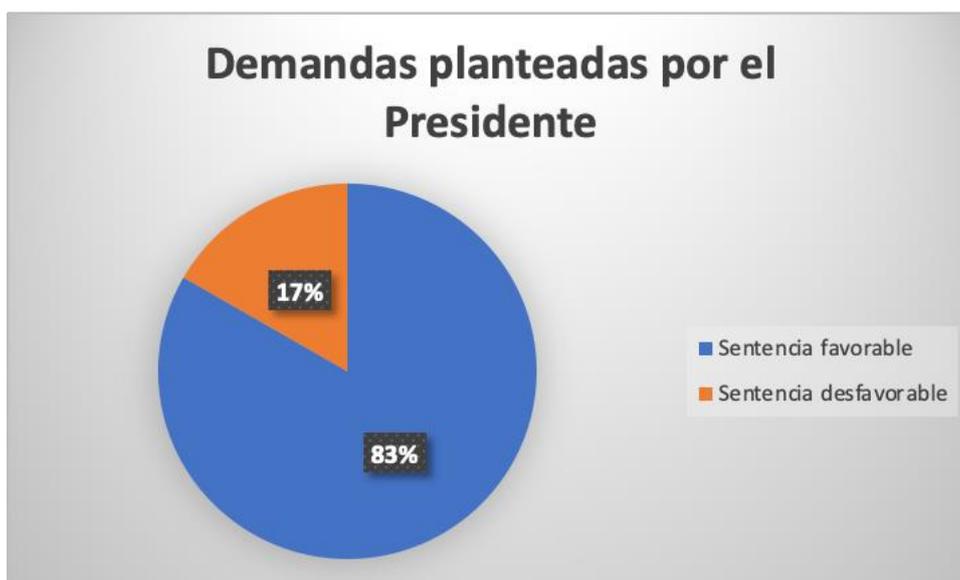
⁴⁵ Los expedientes a los que se les concedió la suspensión provisional fueron: 34-20-IN, 33-20-IN, 32-20-IN y 32-21-IN



Luego, de los 961 casos que ha recibido la Corte 143 de ellas han obtenido una sentencia favorable para el actor de la demanda de inconstitucionalidad. De este número 123 sentencias favorables se emitieron desde el año 2008 hasta el año 2018. Desde el año 2019 hasta agosto de 2021 se emitieron 20 sentencias favorables.

Dentro de este lapso de tiempo desde el año 2008 hasta el año 2021, desde el ejecutivo, se presentaron 6 acciones de inconstitucionalidad. De aquellas, acciones 5 fueron aceptadas y tuvieron una sentencia favorable. Tan solo una tuvo una sentencia negativa. En este punto se puede hacer un primer análisis. De las 5 sentencias que obtuvieron sentencia favorable estas fueron emitidas en el periodo 2010-2015.⁴⁶ La única sentencia negativa fue emitida en el año 2019, año en el que la conformación de la Corte había cambiado con los nuevos jueces posesionados en febrero de 2019⁴⁷. A continuación, un gráfico que presenta el porcentaje de demandas de inconstitucionalidad planteadas directamente por el ejecutivo:

Gráfico Nro. 1. Porcentaje de demandas de inconstitucionalidad



Fuente y autor: Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, Nuñez, 2022.

⁴⁶ En el 2008 los jueces de la Corte Constitucional fueron: Patricio Pazmiño, Edgar Zárate, Roberto Brhunis, Patricio Herrera, Alfonso Luz, Hernando Morales, Nina Pacari, Ruth Seni y Manuel Viteri. En el año 2012 los jueces fueron: Patricio Pazmiño, Wendy Molina, Antonio Gagliardo, Marcelo Jaramillo, María del Carmen Maldonado, Tatiana Ordeñana, Alfredo Ruiz, Ruth Seni y Manuel Viteri. En el año 2015 los jueces fueron: Alfredo Ruiz, Pamela Martínez (condenada por el caso sobornos), Ruth Seni, Wendy Molina, Wendy Molina, Roxana Silva, Francisco Butiñá, Manuel Viteri y Patricio Pazmiño. En el año 2019, por primera vez se conforma la Corte por jueces no apegados a un partido político conformada por: Hernán Salgado, Agustín Grijalva, Ramiro Ávila, Carmen Corral, Teresa Nuques, Daniela Salazar, Karla Andrade, Alí Lozada y Enrique Herrería. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/rendicion-de-cuentas/rdc-2018-2019.html>

⁴⁷ Una revisión al respecto en <https://desalineados.com/2022/02/un-nuevo-aire-a-la-corte-constitucional/2803/>



Gráfico Nro.2 Emisión de sentencias de inconstitucionalidad por año



Fuente y autor: Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, Nuñez, 2022.

3.1. Revisión cualitativa del caso 006-14-IN

El caso No. 006-14-IN tuvo como resultado la sentencia No. 011-15-SIN-CC de 8 de abril de 2015. Este expediente inició con la demanda de inconstitucionalidad del ex presidente Rafael Correa Delgado, en contra del artículo 29 de la Ley de Seguridad Social. Esta disposición normativa determinaba que se requería un mínimo de 40 años de edad para ser integrante del Consejo Directivo del IESS.

La Sala de Admisión conformada por Tatiana Ordeñana, Wendy Molina y Manuel Viteri admitieron a trámite la demanda. Además, se concedió la suspensión provisional de la disposición normativa acusada de inconstitucionalidad.

También se deberá observar el contexto del caso. En el año 2014 el Presidente Correa eligió a Víctor V. como representante del Ejecutivo frente al Consejo Directivo del IESS. De acuerdo a la Ley de Seguridad Social (artículo 29) la edad mínima para ser elegido representante era de 40 años, mientras que Víctor V. tenía 36 años en aquel momento. Pero, a pedido del Ejecutivo, la Corte Constitucional suspendió los efectos de esta disposición normativa para que



el candidato ocupara el puesto (El Comercio, 2014) y finalmente fuese nombrado como Directivo del IESS.

Posteriormente, Marcelo Jaramillo fue el juez ponente en el desarrollo del caso. El argumento principal del Ejecutivo fue que al limitar la participación por la edad se estaría discriminando a las personas para ejercer cargos públicos. La Asamblea y la Procuraduría contestaron señalando que la misma Constitución establece parámetros de edad para garantizar un nivel de responsabilidad, como es el requisito de tener 35 años para ser presidente.

La ratio decidendi de la Corte, al decidir si el artículo 29 de la Ley de la Seguridad Social era vulneratorio sobre los derechos de igualdad y no discriminación, señaló lo siguiente:

De modo que para encontrar un profesional con las habilidades necesarias que permitan liderar la planificación, organización y gestión de una entidad pública no se requiere a una persona con un mínimo de edad, se requiere contar con el perfil adecuado para el ejercicio del cargo, para lo cual se debe valorar la profesionalización, experiencia, honestidad y la capacidad notoria; no la edad del potencial servidor público, y menos aún para considerarla como un limitante. (Sentencia No. 011-15-SIN-CC, página 11)

Finalmente, la Corte decidió declarar la inconstitucionalidad del artículo 29 de la Ley de Seguridad Social y establecer una interpretación conforme a la Constitución:

1. Aceptar la acción pública de inconstitucionalidad presentada.
2. Declarar, en ejercicio de la competencia establecida en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, la inconstitucionalidad de la frase "ser mayor de cuarenta (40) años de edad", contenida en el primer inciso del artículo 29 de la Ley de Seguridad Social. En consecuencia, el primer inciso del artículo 29 de la Ley de Seguridad Social quedará redactado de la siguiente forma: "Para ser integrante del Consejo Directivo del IESS se requiere estar en goce de los derechos políticos, acreditar título profesional, y haber ejercido con probidad notoria la profesión o la docencia universitaria o algún cargo de responsabilidad directiva en actividades privadas o públicas, y acreditar experiencia en el desempeño de ellas por un período no menor de diez (10) años". (Sentencia No. 011-15-SIN-CC, página 23)

Lo cierto es que la demanda y la suspensión de la norma se planteó en marzo de 2014. Esto generó que el objetivo del presidente se cumpliera inmediatamente: nombrar a Víctor V. en el Consejo Directivo del IESS. Un año después, en abril de 2015, la Corte Constitucional declaró



la inconstitucionalidad del artículo 29 de la Ley de la Seguridad Social, conforme las pretensiones del ejecutivo. Como se puede observar, la Corte Constitucional ha asumido un tipo de sentencia en la cual se presenta, incluso, como un legislador positivo, ya que no solo se limitó a suprimir la norma presuntamente inconstitucional, sino que la transforma como nueva norma en el ordenamiento jurídico, haciendo las veces de legislador. En definitiva, la Corte no solo suprime la norma de la dimensión normativa ecuatoriana, sino que la reemplaza como fruto de una interpretación “creativa”.

CONCLUSIÓN

En los debates académicos se ha analizado la posibilidad de un activismo judicial que, a través del control de constitucionalidad, limita los espacios de la democracia a favor de los derechos fundamentales. Lo definitivo es que, en abstracto, la configuración del ordenamiento jurídico sobre las facultades del órgano de control constitucional puede jugar para ambos sentidos: bien podría funcionar para enfrentarse al autoritarismo y proteger la democracia; o bien podría ser el elemento para erosionar la democracia (*abusive constitutionalism*). Por lo tanto, lo que corresponde es revisar los casos reales de la Corte Constitucional ecuatoriana. Solo ellos nos demuestran en qué lado se enmarca la Corte.

Dos elementos se pueden extraer de los datos proporcionados en esta investigación. En primer lugar, En el 87 por ciento de las demandas presentadas por el ejecutivo obtuvo un resultado favorable. El restante 13 % tuvo un resultado negativo ya que la conformación de la Corte cambió. Esto quiere decir que el Ejecutivo tenía un nivel de influencia en la Corte Constitucional, de tal manera que era muy probable que obtuviera una sentencia favorable frente a cualquier acción que planteara.

El segundo punto es lo más grave: la capacidad para solicitar la suspensión provisional de la norma. Como es el caso No. 006-14-IN, sentencia No. 011-15-SIN-CC, en el que se concedió la suspensión de una norma que establecía requisitos de edad. Inmediatamente se dejó sin efecto los requisitos de edad para nombrar a un delegado al Consejo Directivo del IESS del agrado del presidente. Ahora bien, esta suspensión no afecta directamente a las instituciones democráticas, no hay una erosión a la democracia. Sin embargo, la potencialidad que implicaba esta facultad era gravísima. Si el presidente tenía la Corte a su favor y además la posibilidad de suspender las normas que dispusiere entonces existe una grave amenaza a la democracia.

La hipótesis de investigación señalaba que las amplias facultades otorgadas a la Corte Constitucional ecuatoriana y cómo las ha utilizado, hasta el año 2018, han sido una amenaza a



la democracia al reemplazar la labor del legislador en temas que más que un contenido fundamental, revisten intereses políticos. Luego, la manera cómo la Corte Constitucional ha utilizado estas facultades (medidas cautelares y sentencias manipulativas) comprueban que la Corte Constitucional ha utilizado un *Abusive Judicial Review*. El hecho de haber suspendido un requisito legal para la elección del Directivo del IESS comprueba este postulado.

REFERENCIAS

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) Constitucionalismo. En M. Carbonell (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 13-30). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DE CABO, Antonio. (2015). *Hacia un Nuevo Convenio Latinoamericano de Derechos Humanos*. Quito: CEDEC, 2015.

DIARIO EL COMERCIO. (7 de abril de 2014). **Siete días tomó viabilizar ingreso de Víctor Villacrés al IESS**. Recuperado de <http://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/siete-dias-tomo-viabilizar-ingreso.html>. Fecha: ago.2022

DIARIO EL COMERCIO. (11 de mayo de 2018). **Debate jurídico por evaluación a la Corte Constitucional**. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/actualidad/debate-juridico-evaluacion-corteconstitucional-cpccs.html>. Fecha: ago.2022

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. En M. Carbonell (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 13-30). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GASCÓN, Marina. **La argumentación en el Derecho**. Lima: Palestra, 2003.

HOLMES, Stephen.. El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia. En J.Elster y R. Slagstad. *Constitucionalismo y democracia* (pp. 217-262). México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución, la Justicia constitucional*. IUS ET VERITAS. PUCP. Num. 9.: 17-43.

LANDAU, David. (2013, 3 de abril). *Abusive Constitutionalism*. SSRN. Recuperado en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2244629. Fecha: ago.2022.

LANDAU, D. *Abusive Constitutionalism*. U.C. *Davis Law Review*, 47(1) (pp. 189-260). Recuperado de https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf. Fecha: ago.2022.

LANDAU, David y Dixon, Rosalind. (2019, 1 de abril). **Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy**. SSRN. Recuperado en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3366602

NÚÑEZ, Diego. Estatus de una Corte Constitucional: Corte de precedentes. En J. Benavides y J. Escudero (Coords.). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (pp. 49-67). Quito: CEDEC, 2013.

PEGORARO, Lucio. La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. No. 6. Madrid, 2002, 393-416.



Posner, Richard. The Meaning of Judicial Self-Restraint. **Indiana Law Journal**. Vol. 59, No. 1., 1983, 1-24.

SILVA-PORTERO, Carolina. (2016, 20 de enero). **Chronicle of an Amendment Foretold: eliminating presidential term limits.** Constitutionnet. Recuperado en <http://constitutionnet.org/news/chronicle-amendment-foretold-eliminating-presidential-term-limits-ecuador>. Fecha: ago. 2022.

SOTO, Fabián. En J. Montaña (Ed.). *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Tomo 3* (pp. 211-233). Quito: CEDEC, 2012.

TROVAO, Pedro. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – *¿Un legislador negativo o positivo?* Portugal: UNED, 2015,

VERDUGO, Sergio. (2020, 24 de Julio). *How can judges challenge dictators and get away with it?* SSRN. Recuperado en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3660179. Fecha: ago. 2022.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Editorial Trotta, 2011.



OS DIREITOS DA NATUREZA NA ATUAL CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA: O *BUEN VIVIR* E SUAS CONTRADIÇÕES*

Gustavo Menon (USP e UCB)**

INTRODUÇÃO

Abordar os direitos da natureza, em um primeiro momento, parece tarefa ligada aos pesquisadores das ciências jurídicas. Entretanto, com a emergência dos movimentos e atores ligados às causas do meio ambiente, a partir da segunda metade do século XX, um grande debate sobre a preservação da natureza, nas mais variadas perspectivas, veio à tona pautando questões como as mudanças climáticas, desflorestamento, desertificação, efeito estufa entre outros fenômenos correlacionados com a crise econômico-ecológica. Desde o Clube de Roma, cientistas de diversas aéreas estão problematizando cada vez mais os efeitos da intervenção do homem sobre o seu meio. Neste contexto, as décadas de 1960 e 1970 foram determinantes para se interpretar uma maior organicidade por parte dos movimentos ambientalistas. Obras anglo-saxãs como as de Carson (1962) e Jonas (1979), pavimentaram o caminho para a ascensão de movimentos e organizações ambientalistas como o *World Wide Fund for Nature* (WWF) e o Greenpeace. Tudo isso em meio a um cenário de configuração da cultura hippie interligada à radicalização de protestos nos Estados Unidos contrários à guerra no Vietnã. Ao mesmo tempo, a conjuntura evidenciava lutas pelos direitos civis por parte do movimento negro estadunidense a partir dos “*Black Powers*” e a atuação revolucionária dos Panteras Negras.

Do ponto de vista institucional, desde a Conferência de Estocolmo, em 1972, importantes órgãos e programas foram criados com o intuito de se pensar novos caminhos para o meio ambiente em escala mundial, como o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA (1972). O conceito de desenvolvimento sustentável, delineado via

* Trabalho apresentado no 44º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), realizado entre 01 e 11 de dezembro de 2020. Para mais informações da pesquisa, ver: MENON, Gustavo. **A Revolução Cidadã no Equador**: entre o *buen vivir* e neodesenvolvimentismo. Jundiaí, SP: Paco Editorial: 2021.

** Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (USAL-Espanha). Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina na Universidade de São Paulo - PROLAM/USP. Graduado e Mestre em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Pesquisador do Núcleo de Estudos de Ideologias e Lutas Sociais (NEILS/PUC-SP) e no Grupo de Trabalho "China e o Mapa do Poder Mundial", do Conselho Latino-americano de Ciências Sociais - CLACSO, Argentina. Docente na Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo (EACH/USP) e professor credenciado no Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina (PROLAM-USP). Também é professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB).



relatório Brundtland (1987), se consolidou num cenário de extinção da Guerra Fria, colocando em evidencia uma pauta inédita sobre o meio ambiente. Somado à criação do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas – IPCC, a passagem da década de 1980 para 1990 teve como grande marco a promoção da RIO – 92 e a formulação da Agenda 21, onde a necessidade de promover o desenvolvimento sustentável com o compromisso de governos e setores da sociedade civil ganhou destaque no campo das relações internacionais. As Cúpulas de Johannesburgo (2002) e a Rio + 20 (2012) alertaram a comunidade internacional para os efeitos da intervenção humana sobre os recursos. Diversos tratados foram celebrados tendo como foco a questão ambiental. O último deles, de maneira mais sintomática, refere-se ao acordo de Paris, em 2015, prevendo a redução da emissão dióxido de carbono por parte dos Estados a partir de 2020⁴⁸.

Desde então o debate sobre a natureza ser ou não ser um sujeito de direito levantou uma série de reflexões por parte de teóricos de todo o planeta. A partir disso, o presente estudo pretende mapear algumas possibilidades de se entender os chamados direitos da natureza. Para tanto, explanaremos as abordagens vinculadas à tradição liberal e, em contraposição a essa perspectiva, sinalizaremos a emergência das epistemologias do sul⁴⁹, ligadas às teorias pós-coloniais. Do ponto de vista documental, acerca do estudo de caso em questão, analisaremos a promulgação da Constituição do Equador, de 2008, e seus respectivos artigos referentes aos direitos da natureza. Por fim, este estudo pretende levar o leitor a refletir sobre as contradições candentes sobre a natureza como um sujeito de direitos a partir da experiência equatoriana da última década.

1) OS DIRETOS DA NATUREZA: A VISÃO LIBERAL ANGLO-SAXÃ

A tradição liberal enxerga os direitos individuais e sociais como intrínsecos aos seres humanos. Nesta perspectiva, a promoção de direitos deve ser vista como uma extensão ética dos chamados direitos naturais do homem. As revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII evidenciaram lutas contrárias ao modelo absolutista levando em consideração uma série de direitos que deveriam ser garantidos em prol dos indivíduos. O filósofo inglês John Locke,

⁴⁸ Para uma visão mais completa sobre o histórico do movimento ambientalista e, especificamente, a promoção do conceito de desenvolvimento sustentável no interior do sistema ONU a partir de uma abordagem neoinstitucional, ver O’neill, Kate (2009) e Chambers, W. Bradnee (2008).

⁴⁹ Ver: SANTOS, Boaventura de Sousa & MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.



mesmo não se opondo diretamente ao sistema da escravidão, em contraposição as teses hobbesiana, no contexto da Revolução Gloriosa (1688 e 1689), classificou alguns bens como “felicidade, vida, liberdade, saúde e propriedade” como direitos naturais e inalienáveis a todos seres humanos, cabendo ao governo garantir tais direitos e liberdades (LOCKE, 1994)⁵⁰. Anos mais tarde, os revolucionários franceses também fomentaram teses contrárias ao Estado absolutista reivindicando a promoção de direitos e deveres por parte de cada cidadão. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, promovida diante da Revolução Francesa, pode ser considerada um verdadeiro marco dos direitos individuais, sociais e políticos na modernidade. Respeitando as particularidades de cada autor, escritos como de Montesquieu (2000) e Tocqueville (1988) pontuavam a necessidade da formulação de um Estado capaz de garantir liberdades e direitos dos indivíduos e, ao mesmo tempo, dividido no âmbito de suas funções e responsabilidades.

Nos Estados Unidos, o legado liberal, de conotação antropocêntrica, se concretizou nas lutas de emancipação e na Declaração de Independência de 1776. Diante de tal quadro, garantias civis e políticas foram sendo, gradualmente, estabelecidas considerando o homem como um cidadão e um sujeito de direitos⁵¹. Entretanto, como pensar o surgimento de outros elementos não humanos como portadores de certos direitos?

De acordo com Nash (1989), um primeiro grande debate, no bojo da modernidade, a respeito de questões éticas não humanas e diante do mundo animal foi a problematização da vivisseção por parte de cientistas de todo o mundo. Descartes, por exemplo, ao se debruçar na relação homem-natureza, garantiu a superioridade humana a partir da razão, considerando os animais máquinas insensíveis e irracionais. Contrariando toda noção de superioridade e apropriação humana insensata sobre a natureza, Jeremy Bentham (1748-1832) foi um dos pioneiros no debate ético sobre todos seres vivos na Terra. Embora o foco de sua teoria seja os seres humanos, a aplicação de seu pensamento estende-se a todos os seres que são capazes de sentir dor ou prazer, incluindo, especialmente, os animais (BETHAM, 1907).

⁵⁰ Um dos primeiros documentos que expõem os valores liberais celebrados no âmbito da cultura angloamericana é a Carta Magna de 1215, que impunha certos limites as arbitrariedades e vontades dos reis na Inglaterra.

⁵¹ No caso dos EUA, o direito pelo sufrágio da mulher foi estabelecido em 1920, enquanto que dos índios norte-americanos conquistados em 1924. A população negra teve seus direitos reivindicados e conquistados a partir das manifestações das décadas de 1950 e 1960.



Bentham's philosophy, and the eighteenth- and nineteenth-century English humane movement in general, treated cruelty to animals as a human wrong or, from a religious perspective, a sin. But some of Bentham's contemporaries advanced to a still more radical position, attributing rights to animals and discussing their treatment in terms of justice (NASH, 1989, p. 24).

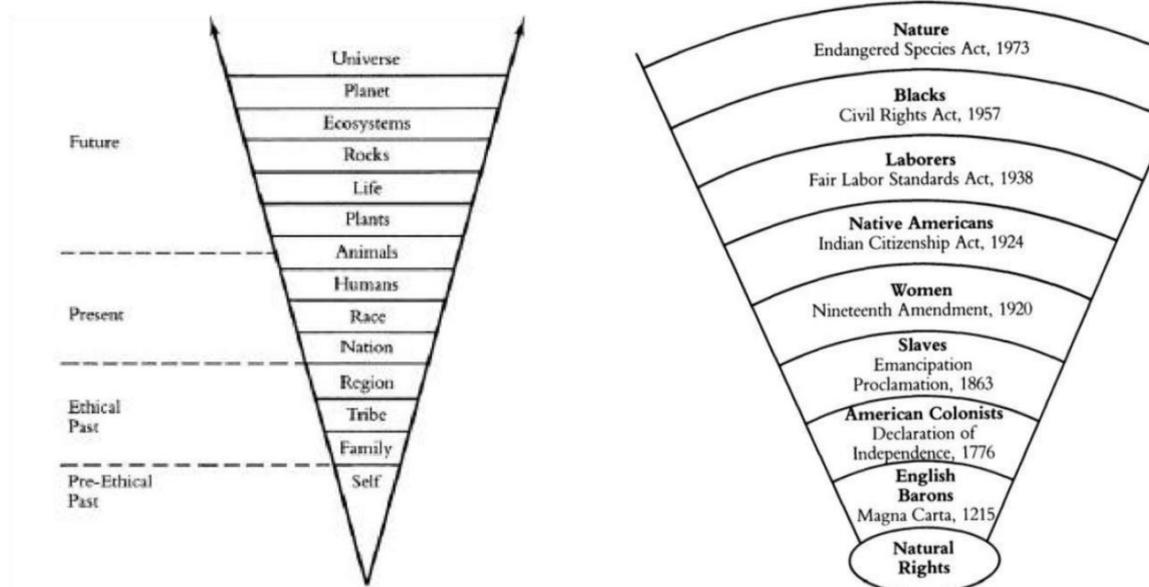
A partir de tais discussões, seres não humanos foram colocados no centro do debate filosófico-jurídico a respeito de se pensar as garantias desses seres e nosso relacionamento ético perante a eles. Em 1800, por exemplo, o parlamento inglês já apreciava, porém não aprovou, uma proibição de caça a touros. Novas legislações surgiram versando sobre os maus tratos e a crueldade contra os animais (NASH, 1989).

The struggle for humanitarian legislation in England reached a high point in 1876 with the passage of the British Cruelty to Animals Act. Vivisection was at issue, and it elicited strong opinions from the leading members of England's scientific and humanitarian communities (NASH, 1989, p. 26).

Dessa forma, a tradição liberal começava a vislumbrar o reconhecimento de certas garantias a não humanos via extensão ética dos direitos naturais do homem. Ainda no século XIX, influenciado pela obra de Henry David Thoreau, SALT (1980) se colocou a favor dos direitos animais, advogando em prol do vegetarianismo. Dessa forma, para Nash (1989) e Stone (2010) os direitos da natureza só podem ser pensados em meio à forte tradição liberal anglo-americana de expansão dos direitos. Segundo eles, os direitos da natureza serão conquistados e contemplados a partir de uma evolução ética dos direitos naturais, onde o homem reconhecerá o todo a sua volta.



Figura 1: Evolução da ética / **Figura 2:** Evolução dos direitos na concepção liberal



Fonte: NASH (1989, p. 05-07).

Nesse contexto, o desencadeamento dos movimentos ecologistas nas décadas de 1960 e 1970, após as duas grandes guerras na primeira metade do século XX, foram fundamentais para a promoção e defesa do meio-ambiente. Obras como as Carson (1962) e Peter Singer (1975), em conjunto com todo movimento ambientalista estadunidense, foram de grande valia na concretização do *Endangered Species Act*, de 1973, que criava um corpo de leis sobre a proteção de espécies criticamente ameaçadas de extinção. Contudo, vale advertir que, de acordo com Stone (2010, p. 04), “ dizer que o meio ambiente deveria ter direitos não significa dizer que deveria ter todo direito que possamos imaginar, ou mesmo o mesmo corpo de direitos que todos os seres humanos têm”. Cabe, neste sentido, julgar as particularidades de cada espécie e seres com intuito de preservá-los em nosso planeta.

2) O PRINCÍPIO DO BUEN VIVIR (SUMAK KAWSAY): AS COSMOVISÕES DO SUL

Em consonância com a proposta de maior harmonia na relação homem-natureza, muitos autores de estudos pós-coloniais ressaltam a importância de um resgate da cosmovisão ancestral para se pensar numa nova relação diante da natureza. Para esses, os valores dos povos indígenas devem ser retomados com o intuito de se construir novas perspectivas, visões e formas de sociabilidade diante da atual crise socioambiental. Neste sentido, diluindo a dicotomia seres humanos/natureza num movimento de integração, essas epistemologias vinculadas aos estudos



decoloniais problematizam o caráter eurocêntrico e o modelo de civilização concebido na modernidade (QUIJANO, 2000; DUSSEL, 2003; WALSH, 2015). Pontuando uma crítica ao progresso e, sobretudo, entendendo a espécie humana como parte da natureza - e não mais externa a ela – movimentos indígenas de toda a América Latina engendram propostas políticas que colocam no epicentro das discussões as contradições do modelo capitalista que, por essência, se consubstancia em dinâmicas predatórias e extrativistas. Sob esse marco, autores equatorianos como Acosta & Martinez (2009), debatem as premissas levadas a cabo por parte dos movimentos indígenas sul-americanos em torno do princípio do *sumak kawsay*. Nele, representantes indígenas de origem *quíchua*, traduzem o conceito para “plenitude” (*sumak*) e “viver” (*kawsay*), ou seja, viver bem; ou então, viver em plenitude. Luis Macas (2010, p.14), ex-presidente da Confederação das Nacionalidades Indígenas do Equador – CONAEI, define o princípio a partir das seguintes instâncias:

La vida en excelencia material y espiritual. La magnificencia y lo sublime se expresa en la armonía, en el equilibrio interno y externo de una comunidad. Aquí la perspectiva estratégica de la comunidad en armonía es alcanzar lo superior [...]. La convivencia es posible en tanto existan los consensos y la voluntad y las condiciones para lograr la armonía en la comunidad, obviamente la comunidad y la naturaleza. Estas formas de relaciones determinan las formas y los sistemas de vida en los seres humanos. Es decir que somos colectivos. Todos los pueblos originarios, incluso en el occidente, nacieron así (MACAS, 2010, p. 14).

Em outro documento publicado recentemente, a cosmovisão do *sumak kawsay* é definida pelo povo sarayaku⁵², da Amazônia equatoriana, a partir do conceito de *Kawasak Sacha*, entendendo ele como:

un ser vivo, con conciencia, constituido por todos los seres de la Selva, desde los más infinitesimales hasta los seres más grandes y supremos; incluye a los seres de los mundos, animal, vegetal, mineral, espiritual y cósmico, en intercomunicación con los seres humanos brindándoles a estos lo necesario

⁵² O povo Sarayaku está localizado na parte leste da Amazônia equatoriana, no curso médio da bacia do rio Bobonaza, pertencente à província de Pastaza. Como um povo Kichwa, Sarayaku é composto por 7 comunidades. Possui uma extensão territorial de aproximadamente 135 mil hectares. 95% do território de Sarayaku é floresta primária, com grande potencial para a biodiversidade. Segundo a visão dos povos indígenas, os ecossistemas dos territórios formam três unidades ecológicas essenciais; Sacha (Selva), Yaku (rios) e Allpa (terra). Cada um desses ecossistemas sustenta uma infinidade de espécies faunísticas e florísticas transcendentais à experiência das nacionalidades e povos amazônicos. Assim o povo de Sarayaku tem essa visão e missão de preservar e uso sustentável e uso sustentável dos recursos naturais em seus territórios, para fortalecer Sumak Kawsay (vida em harmonia) e assegurar a continuidade do Kawasak Sacha (Selva viva). Sarayaku tem 1200 habitantes. Toda a população fala Kichwa. Os jovens praticam a língua espanhola nas escolas e escolas bilíngues interculturais. A maioria da população vive da agricultura, coleta, caça e pesca, base fundamental da economia comunitária e solidária da cidade. Há também pequenos programas produtivos e iniciativas familiares, como a fabricação e venda de artesanato, turismo comunitário, avicultura e piscicultura, que garantem alimentos, segurança econômica e melhoram a qualidade de vida das famílias (SARAYAKU, 2018).



para revitalizar sus facetas psicológicas, físicas, espirituales, restableciendo así la energía, la vida y el equilibrio de los pueblos originarios. Es en las cascadas, las lagunas, los pantanos, las montañas, los ríos, los árboles y otros lugares del territorio, donde los Seres Protectores de Kawsak Sacha, habitan y desarrollan una vida propia, semejante a la de los seres humanos. El Kawsak Sacha transmite los conocimientos al yachak para que interactúen en el mundo de los Seres Protectores de la Selva, a fin de mantener el equilibrio de la Pachamama, sanar a las personas y a la sociedad. Este conocimiento es metódicamente mantenido y transmitido a las nuevas generaciones. El equilibrio natural del universo, la armonía de la vida, la perpetuidad cultural, la existencia de los seres vivos y la continuidad del Kawsak Sacha, dependen de la permanencia y de la transmisión de los poderes de los Seres Protectores de la Selva. También corresponde a estos Seres y el yachak mantener una relación de respeto y equilibrio entre los seres humanos y los seres de la selva (SARAYAKU, 2018, p. 02).

Conforme observado, os objetivos de tais cosmovisões ancestrais são “preservar e conservar de forma sustentável os espaços territoriais, as relações materiais e espirituais ali estabelecidas pelos povos originários com a floresta viva e os seres que a habitam” (SARAYAKU, 2018, p. 03). Entendendo todo território como um ser vivo, o *sumak kawsay* pretende não só fazer um novo pacto com a natureza, de maneira orgânica, conjunta e harmônica, mas também dar luz a novas formas de sociabilidade e propor novos sentidos para a vida humana - em detrimento do modelo estabelecido pela sociedade de matriz ocidental pautada, entre outras frentes, no consumismo e na expropriação de recursos naturais (QUIROGA, 2009; ACOSTA, 2016).

Em contraste com a tradição liberal, essa forma de se conceber a natureza, além de negar os pilares modo de produção capitalista, coloca em xeque tipos e formas de desenvolvimento ancorados em preceitos extrativistas e de esgotamento das fontes de vida. Em síntese, o *sumak kawsay* (ou o buen vivir), pode ser definido como um modo de vida pleno, harmônico e integrado diante da natureza. Essa, por sua vez, sendo respeitada e contemplada em suas mais diversas manifestações. Para Quiroga (2009, p. 104-105):

El *Sumak Kawsay* en su traducción literal desde el kichwa significa buena vida o bien vivir. Este concepto proviene y se sintoniza con las culturas indígenas andinas de América del Sur y es acogido por el Ecuador con el „buen vivir“. Plantea una cosmovisión de armonía de las comunidades humanas con la naturaleza, en la cual el ser humano es parte de una comunidad de personas que, a su vez, es un elemento constituyente de la misma Pachamama, o madre tierra. El Sumak Kawsay practicado por las comunidades indígenas se sustenta en un modo de vida en el que las personas siendo parte de la naturaleza viven bajo principios milenarios y fundamentales que determinan que „sólo se toma de la naturaleza lo necesario“, con una vocación clara para perdurar. Esto se evidencia en la utilización de las plantas y animales de los ecosistemas para



satisfacer sus necesidades de alimentación, hábitat, salud, movilidad, entre otras (QUIROGA, 2009, p. 104-105).

Tal base conceitual confluiu para que os movimentos indígenas no Equador ganhassem destaque e protagonismo político a partir de 1990, sobretudo, encampando lutas contra o modelo neoliberal e seu receituário do Consenso de Washington adotado na região sob a tutela e aval do Fundo Monetário Internacional (FMI) e outras organizações internacionais. Movimentos como a CONAIE emergiram diante das crises econômicas e políticas no país, numa situação de completo descalabro financeiro que culminou na dolarização no início do ano 2000. Para se ter uma ideia da gravidade da crise dos anos 1990, em dez anos, entre 1996 e 2006, mais de dez presidentes passaram pelo cargo máximo do executivo equatoriano, onde o cumprimento de seus mandatos presidenciais foram interrompidos a partir de fortes protestos populares. Abdalá Jaime Bucaram Ortiz (1996-1997), Jamil Mahuad (1998-2000) e Lúcio Gutierrez (2003-2005), tiveram seus postos destituídos, entre outros elementos, em virtude das aproximações do governo com o padrão ditado por Washington. A pobreza aumentou. Os níveis de desigualdade e miséria subiram e um grande contingente de cidadãos equatorianos se viram obrigados a sair de sua terra natal em meio ao colapso financeiro do país. Uma crise bancária levou o país dolarizar sua economia e o Equador, completamente submetido na lógica de uma economia primário- exportadora, passava a renunciar em fazer política monetária - agravando ainda mais o problema da dependência do país⁵³. O modelo de extração de recursos de petróleo concebido nos anos 1970 apresentava sinais de desgaste e, com isso, os danos ambientais também se fizeram presentes em uma região de rica biodiversidade. O caso mais emblemático foi o da companhia Chevron, no qual por volta de 480.000 hectares de floresta amazônica foram contaminados. O Tratado de Cooperação Amazônica⁵⁴, de 1978, fora violado em dezenas de artigos e princípios. No entanto, as multas destinadas à empresa foram revistas em cortes estadunidenses. Além do prejuízo ao solo e aos rios no município de Nueva Loja, inúmeros habitantes foram diagnosticados com câncer e problemas de pele em virtude dos vazamentos petrolíferos (PÉREZ & TORRES, 2014). Indígenas e movimentos sociais se rebelaram contra a empresa transnacional. O *sumak kawsay* parecia então palavra de ordem no sentido da reorientação política equatoriana e seu modelo de pensar o desenvolvimento socioeconômico

⁵³ Mais informações sobre os dados sociais do Equador em meio a crise dos anos 1990, ver ACOSTA (2005). Quanto ao debate sobre a dependência equatoriana e latino-americana, considerar MARINI, Ruy Mauro (2000) e CUEVA, Augustin (1997).

⁵⁴ Para uma análise do tratado e suas perspectivas quanto ao desenvolvimento regional e o crescimento econômico com preservação dos ecossistemas amazônicos, ver GARCIA, Beatriz (2011).



no país. A fissura deixada pelo neoliberalismo abriu margem para que essas discussões de plurinacionalidade, *buen vivir* e direitos da natureza fossem colocados na ordem do dia em meio ao processo constituinte de 2007.

3) A CONSTITUIÇÃO DE MONTECRISTI: *BUEN VIVIR* E OS DIREITOS DA NATUREZA

Em 2008 foi promulgada a nova Constituição equatoriana, a vigésima da história do país. Sob o mandato de Rafael Correa e em meio a inúmeros debates sobre a refundação e os caminhos constitucionais, após mais de uma década caracterizada pela hegemonia neoliberal, inovadores conceitos foram introduzidos na nova Carta Magna: ideias como plurinacionalidade, o *buen vivir*, a interculturalidade, o reconhecimento dos saberes ancestrais e os chamados direitos da natureza foram mecanismos debatidos e positivados no texto constitucional. Diferentemente da Constituição anterior, de 1998, que reconhecia a particularidade e a introdução de novos atores na política institucional equatoriana - como os indígenas-, mas não estabelecia dispositivos efetivos de materialização dos direitos coletivos interculturais e da *Pachamama*, a Constituição de 2008 é fruto de um amplo debate e mobilizações que, a partir da negação dos moldes neoliberais e do etnocentrismo, se traduziu em mecanismos concretos de representação da cosmovisão indígena (SANTAMARÍA, 2011). Tal perspectiva aparece já no preâmbulo da nova Constituição:

RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos,

CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia,

INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad,

APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad,

COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro,

Decidimos construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana – sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la



solidaridad con todos los pueblos de la tierra (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008).

Conforme observado por inúmeros autores, o debate constituinte equatoriano resultou num processo de desmoronamento do constitucionalismo tradicional eurocêntrico, centrado nas visões do direito positivo ou do direito anglo-saxão, para que uma ordem política ancorada na visão ancestral tivesse voz e pudesse interferir diretamente nos rumos políticos do país (BRANDÃO, 2005; DALMAU, 2002). Valores da cosmovisão andina como igualdade, reciprocidade, complementariedade, correspondência e interculturalidade dão a tônica do novo texto constitucional reafirmando, deste modo, a plurinacionalidade do Estado e, acima de tudo, novas formas de sociabilidade entre os seres vivos e a natureza.

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada [...].

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.
2. Garantizar y defender la soberanía nacional.
3. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad.
4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico.
5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir.
6. Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización.
7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008).

A ideia de respeito às religiões indígenas – mesmo se declarando um Estado Laico-, o reconhecimento do quéchua e do shuar como idiomas oficiais de relação intercultural, bem como o fortalecimento, em unidade, das diversas culturas presentes no território nacional em harmonia com a natureza devem ser elementos estimulados como princípios norteadores dessa inédita composição constitucional. Tal concepção se cristaliza, por exemplo, no capítulo



segundo, intitulado como derechos ao *buen vivir* (título II), permeando vários artículos constitucionais:

Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*.

Art. 21.- Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008)⁵⁵.

No que tange aos direitos da natureza, o texto constitucional, a partir do artigo 71 ao 74, introduz significados influenciados pela cosmovisão andina para ratificar a natureza como um sujeito de direitos no Equador:

Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será Independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados

En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.

⁵⁵ Para os direitos específicos das comunidades indígenas e afro equatorianas, ver Capítulo quarto da Constituição, “Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, especialmente os artículos 56, 57, 58, 59 e 60.



Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

Art- 74- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir.

Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008).

Neste contexto, a inovação aqui presente é que a natureza deixa de ser vista como apenas um objeto do qual se extraem os recursos para nossa existência. Agora, a natureza passa a ser também um sujeito de direito, o que implica respeito à reprodução de seus ciclos, a sua restauração e seus processos evolutivos. Isso significa, em tese, colocar um fim à marcha “civilizatória” do capitalismo contemporâneo que suga os recursos naturais para a produção de mercadorias e fomento do hiperconsumo, destruindo, dessa forma, cada vez mais o planeta. A crise ambiental com o aparecimento de fenômenos como o aquecimento global, o *el nino*, o aumento das emissões de gases nocivos ao meio ambiente e outros efeitos das mudanças climáticas são, a partir de dessa perspectiva, apenas os sintomas desse modelo extrativista e prejudicial ao planeta. Falar em *buen viver*, então, requer reorientar o pensamento ocidental entendendo a natureza como elemento vital para a existência dos seres (humanos e não humanos). Contrariamente às epistemologias tradicionais da modernidade, de acordo com tais concepções indígenas ancestrais, deve existir uma indissociabilidade entre o homem e a natureza. Dessa forma, o novo texto constitucional “deixa de enxergar a natureza como mera fonte de recursos naturais e passe a encará-la, como sempre fizeram os povos originários, como uma mãe ou, em palavras ocidentais, como um sistema cujo bom funcionamento é essencial à vida do planeta” (BREDA, 2011, p. 152).

Sem dúvidas, aí está uma grande contribuição dada pelos movimentos sociais constituintes equatorianos: com o novo texto, a natureza deixa de ser uma propriedade e passa a ser um sujeito. A nova Carta Magna, portanto, alega que a defesa natureza e sua respectiva preservação é, no fundo, uma ampla defesa à vida. Concebendo a terra como uma verdadeira mãe, ficaria então todos sujeitos – incluindo o Estado - responsáveis pela sua preservação e manutenção, não cabendo formas predatórias de mercantilização e exploração. Afinal, como todos sabem, mãe se cuida e valoriza (não se vende!).

Contudo, a controvérsia sobre os direitos da natureza levantou as seguintes considerações: como um ser dotado de direitos não possui deveres? Mais do que isso, como a



natureza reivindicará seus direitos perante os tribunais e às devidas instâncias adequadas no Equador?

Em primeiro lugar, vale salientar que de acordo com os movimentos indígenas no país, a natureza por si só sempre cumpriu seus deveres ao longo dos séculos sustentando toda vida no planeta. Em segundo lugar, a questão levantada sobre a efetivação dos direitos realmente é passível de reflexão; afinal, nenhuma árvore ou lhama fará manifestações por *las calles* de Quito exigindo seus direitos. Tampouco, os vulcões do Equador entrarão em erupção para pedir a renúncia do presidente em função dos seus direitos violados.

Para equacionar esse impasse, os direitos da natureza sendo constitucionalmente previstos e devendo ser garantidos pelo Estado, principalmente pelos artigos 395 e 400⁵⁶, devem ser tutelados por outrem, cabendo ao poder público e a sociedade acionar tais dispositivos constitucionais em caso de violação. Para ser didático, a natureza, de acordo com a constituição, é titular de direitos; mas, por outro lado, necessita que o cumprimento de seus direitos seja tutelado por outrem. Para dar um exemplo, as crianças também não podem entrar com ações e reivindicar seus direitos. De qualquer maneira, assim como existe, no Brasil, o Conselho Tutelar e a Vara da Infância e da Adolescência para apoiar e fiscalizar nos direitos destinados às crianças, caberia ao Estado Plurinacional equatoriano criar os mecanismos e os devidos foros necessários para que os direitos da natureza fossem cumpridos (BREDA, 2011). E o princípio que serve de parâmetro para a ação na justiça é simples e direto: tudo o que preservar a integridade, a estabilidade e a beleza da comunidade biótica pode ser feito; caso contrário, está proibido, sendo considerado um ato infracional e inconstitucional (Acosta & Martínez, 2009).

Em síntese, os direitos da natureza foram concebidos a partir de longas disputas políticas e acumulações de conhecimentos dos povos indígenas na região vindo à tona, em maior medida, durante o governo de Rafael Correa e seu partido político, o ALIANZA PAIS. Com a

⁵⁶ “Art. 395 - La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales: 1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. 2. Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional. 3. El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales. 4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza”

Art. 400 - El Estado ejercerá la soberanía sobre la biodiversidad, cuya administración y gestión se realizará con responsabilidad intergeneracional. Se declara de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país” (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008).



Constituição de 2008 um amplo e contraditório caminho se inaugurou para efetivar os direitos da natureza em uma realidade moldada por práticas econômicas extrativistas, sobretudo aquelas ligadas à mineração e a extração de petróleo (NETO & ARAÚJO, 2015). Sair do texto constitucional, mudar seu modelo de acumulação, predominante extrativista, e avançar para uma visão biocêntrica de preservação da natureza talvez seja o maior desafio equatoriano da contemporaneidade.

CONTRADIÇÕES E PERSPECTIVAS SOBRE A “REVOLUÇÃO CIDADÃ” NO EQUADOR: CONSIDERAÇÕES NADA FINAIS

Apesar dos avanços conquistados no processo constituinte de 2008, a contradição equatoriana é que o país continua dependendo, fundamentalmente, dos recursos do petróleo para viabilizar sua economia. De acordo com a CEPAL (2018), cerca de 1/3 das exportações do país provem dos recursos fósseis do petróleo bruto. Neste sentido, por ser um recurso e um processo altamente poluente do ponto de vista da extração, produção e refino, o *buen vivir*, tão discutido durante o governo Rafael Correa pelos povos e nacionalidades indígenas, se coloca em contradição com as políticas adotadas no país. Conforme sinalizado por Davalos (2008), as diretrizes econômicas equatorianas, há décadas, estão em descompasso com os princípios do *buen vivir*. Mais do que isso, muitas vezes o discurso encampado por certos setores das populações indígenas colocam em xeque à lógica do desenvolvimento e de acumulação econômica para promoção de políticas públicas. Sendo um país altamente dependente das faturas petroleiras e com inúmeras carências sociais, a questão que se instaura é: preservar ou explorar os recursos? Garantir o *buen vivir* com áreas inexploradas ou apostar nas cifras do petróleo para promoção de políticas públicas que visem à redução da desigualdade e da pobreza no país?

O divórcio do governo de Rafael Correa com os movimentos indígenas, particularmente da CONAIE, que apoiou o processo constituinte, se deu, majoritariamente, pela continuidade das políticas de caráter exploratório da natureza, tradicionalmente também realizada durante governos anteriores, em meio ao neoliberalismo. A lei de mineração, por exemplo, aprovada em 2009, durante o ciclo das *commodities*, abria margem para extração de minérios em áreas preservadas e ocupadas tradicionalmente por povos indígenas. A exploração de parques e áreas amazônicas destinadas à extração do petróleo também não se cessou. O caso mais emblemático é da extração de petróleo nas reservas do parque Yasuní, área de rica biodiversidade ao nordeste



do país⁵⁷. O impasse econômico entre os direitos da natureza e a renda petrolífera, fez parecer o *buen vivir* um mero exercício retórico de letras constitucionais mortas. Ou se aposta na preservação dos recursos ou se dinamiza a economia catalisando recursos oriundos das exportações petrolíferas. A encruzilhada equatoriana dos direitos da natureza parece encontrar entraves em meio ao modelo de política econômica adotada no país. Em especial, no setor petrolífero durante os governos da “Revolução Cidadã”. Inúmeras perguntas permanecem em aberto: como sair da condição de subdesenvolvimento sem a exploração dos recursos? É possível conciliar a questão do *buen vivir* e, conseqüentemente, os direitos da natureza com os dinamismos do modo de produção capitalista atual? Pensar as questões essenciais do país, como o modelo econômico e jurídico, via epistemologias neoclássicas oriundas da Europa ou fortalecer cosmovisões decoloniais ou ainda adotar políticas neodesenvolvimentistas para os setores estratégicos da economia nacional? Em que apostar: preservação ou exploração dos recursos para a saída da condição de um país periférico e com fortes déficits sociais? Eis os dilemas equatorianos na alvorada do século XXI.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto & Martinez, Esperanza. (org). *Los Derechos de la naturaleza*. El future es ahora. Abya Yala. Quito, 2009.

ACOSTA, Alberto. **Bem Viver**. São Paulo: Elefante, 2016.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*: Oxford: Clarendon Press, 1907.

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Lisboa. Editorial Pórtico, 1962.

CEPAL. *Anuario Estadístico de América Latina y el Caribe*, 2018. <https://statistics.cepal.org/portal/cepalstat/perfil-nacional.html?theme=2&country=ecu&lang=es>. Acesso: 20/08/2022.

CHAMBERS, W. Bradnee. *From Stockholm to Johannesburg* via Malmö: A Historical Overview of International Coordination of Environment-sustainable Development Institutions. In: *Interlinkages and the Effectiveness of Multilateral Environmental Agreements*, United Nations University Press, 2008.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html>>. Acesso: 26 de junho de 2022.

⁵⁷ Para um debate sobre o caso Yasuní-ITT, ver Menon (2019). Quanto a transição de uma economia petrolífera para uma economia verde, ver o debate de DORYAN GARRÓN & LÓPEZ CASTRO (1993).



DALMAU, Ruben. *Vivir bien e Innovación en el Nuevo Constitucionalismo*: La Constituição Ecuatoriana de 2008. In Actas del Congreso Internacional “América Latina: La autonomía de una región”, organizado por el Consejo Español de Estudios Iberoamericanos (CEEIB) y la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid (UCM), celebrado en Madrid el 29 y 30 de noviembre de 2012.

DAVALOS, Pablo. *El “Sumak Kawsay” (“Buen vivir”) y las censuras del desarrollo*. Quito: ALAI, 2008.

DORYAN GARRÓN, Eduardo; LÓPEZ CASTRO, Grette. *Transición - hacia una economía no petrolera en Ecuador*: retos y perspectivas. Quito: INCAE. 1993.

DUSSEL, Enrique. **20 Teses de Política**. Editora: Expressão Popular, São Paulo, 2003.

GARCIA, Beatriz. “*The 1978 Amazon Cooperation Treaty*” in Beatriz Garcia *The Amazon from an International Law Perspective*, Cambridge University Press, 2011.

JONAS, Hans. O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica (1979). Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC Rio, 2006.

LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes: Petrópolis, 1994.

MACAS, L. *Sumak Kawsay: la vida en plenitud*. América Latina en Movimiento, Quito, n. 452, p 14-16, feb. 2010.

MARINI, Ruy Mauro. **Dialética da dependência**. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

MENON, Gustavo. **O projeto de extração de petróleo no Parque Yasuní na Amazônia equatoriana: a “Revolução Cidadã” entre o buen vivir e o neodesenvolvimentismo**. 2019. Tese (Doutorado em Interunidades em Integração da América Latina -Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

MONTESQUIEU, Conde. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NASH, Roderick Franzier. *The Rights of Nature*: a history of environmental ethics. The University of Wisconsin Press, 1989.

NETO, Joaquim Shiraishi; ARAÚJO, Marlon Aurélio Tapajós. **Buen Vivir: notas de um conceito constitucional em disputa**. Pensar, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 379-403, maio/ago. 2015.

O’NEILL, Kate. *The Environment and International Relations*. Cambridge University Press, 2009.

QUIJANO, Annibal. Colonialidad del Poder, Eurocentrismo y América Latina, en E. Lander (Comp.) **La Colonialidad del Saber: Eurocentrismo y ciencias sociales**. Perspectivas latinoamericanas. CLACSO, Buenos Aires, 2000.

QUIROGA, Dania. Sumak Kawsay: hacia um nuevo pacto social en armonía con la Naturaleza. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Ed.). **El Buen Vivir: una vía para el desarrollo**. Quito: Abya Yala, 2009.

SALT, Henry. *Animals’ rights*: Considered in relation to social progress. Clarks Summit, PA: Society for Animal Rights, 1980.



SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. *El neoconstitucionalismo transformador: el estado y el derecho en la constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala; Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa & MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

SINGER, Peter. **Libertação Animal** (1975). Porto Alegre: Lugano, 2004.

STONE, Christopher D. *Should trees have standing? : law, morality, and the environment*. Oxford University Press, 2010.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. Tradução: Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997.

TOCQUEVILLE, A. **A democracia na América**: leis e costumes. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

WALSH, Catherine. *Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico: reflexiones en torno a Brasil y Ecuador*. BALDI, Cesar Augusto (org). **Aprender desde o Sur: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2015.



RAZÕES CONTEXTUAIS PARA COMPREENDER O PROCESSO CONSTITUINTE CHILENO (2021 – 2022) E SUA INTERFACE COM O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO^{58*}

Paloma Gerzeli Pitre**

INTRODUÇÃO

Durante os últimos anos, o Chile presenciou acontecimentos sociais e políticos que pressionaram o Governo para que ocorresse uma revisão da ordem jurídica vigente. Desta forma, é possível identificar fatos recentes que demonstram a insatisfação da população, como o advento do *estallido social* em 2019 e as demandas por uma nova Constituição. Contudo, esses acontecimentos atuais na história democrática do país são consequências de um contexto que remonta à década de 1980.

Este artigo tem como objetivo tratar dos fatos recentes que motivaram o processo constitucional e também das razões contextuais que, compreende-se, iniciaram a partir da elaboração da Constituição Política do Chile de 1980, durante o regime militar de Augusto Pinochet. Ambos fatores, mediatos e imediatos, justificam, conjuntamente, os anseios da população por uma nova Constituição. Para identificá-los, foi realizada revisão bibliográfica de obras e artigos de autores que se dedicam ao estudo do tema.

Em um segundo momento, o artigo se propõe a verificar de que forma as causas mediatas e imediatas se relacionam ao novo constitucionalismo latino-americano. Se justifica a análise dessa inter-relação considerando que o novo constitucionalismo é um movimento sócio-político que impulsiona transformações na ordem constitucional de países da região latino-americana (vide tópico 1.4), e que, portanto, pode igualmente exercer influência sobre o caso chileno.

* Este artigo integra as pesquisas realizadas na Dissertação de Mestrado “O processo constituinte chileno (2021-2022) à luz do “novo constitucionalismo latino-americano” defendido no Programa de Integração da América Latina em julho de 2022. Atualmente, o trabalho aguarda publicação na biblioteca virtual da Universidade de São Paulo”.

** Advogada formada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre pelo Programa de Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (Prolam/USP), tendo estudado o novo constitucionalismo latino-americano e suas repercussões no processo constituinte chileno (2021 – 2022). Atualmente é consultora na União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN).



É importante considerar que, a partir das pressões populares, analisadas nos tópicos subsequentes, o Chile passou por plebiscito que confirmou o desejo da população por uma nova Constituição e, mais adiante, outro plebiscito que definiu quem seriam os convencionais constituintes responsáveis por elaborar o texto constitucional. Assim, entre julho de 2021 e julho de 2022, ocorreu no país o processo que deu origem a uma nova proposta de Constituição, que foi rejeitada pela população em referendo nacional realizado em 04 de setembro de 2022.

Em que pese o fato de o texto aqui tratado não ter sido aprovado pela população e, portanto, não ter entrado em vigência, compreende-se que o estudo do seu processo de elaboração e das motivações para sua existência são relevantes. Isso por que, tratou-se de fenômeno que marcou a história recente do país e que se contrapõe a um modelo social, político e econômico implementado no Chile até então.

1) A CONSTITUIÇÃO DE 1980 E O INÍCIO DAS POLÍTICAS NEOLIBERAIS NO CHILE

A dissertação de mestrado da autora (PITRE, 2022) traz um retrospecto dos principais fatos históricos que auxiliam a compreender a emergência do *estallido social* e, conseqüentemente, os pleitos de setores populares por uma nova Constituição para o Chile. Essas causas, que se iniciam durante a ditadura militar no país, serão recapituladas a seguir.

No período da ditadura militar chilena (1973 – 1990), o governo chefiado pelo general Augusto Pinochet Ugarte decidiu elaborar uma nova Constituição visando alterar estruturas sociais, políticas, econômicas e culturais do país para outras mais aderentes às finalidades almejadas pelo governo militar. É o que explica Juan Luis Ossa Santa Cruz (2020):

Na decisão por elaborar uma nova Constituição se verifica o objetivo de conceder para a ditadura a *responsabilidade de reconstruir o país* para que, dessa forma, toda a sociedade compreendesse que o *regime de Pinochet não era apenas uma pedra no caminho, mas sim a base a partir da qual se estava desenvolvendo uma concepção diferente para se compreender e exercer a tomada de decisões*. Ao abarcar praticamente a totalidade dos espaços políticos, sociais, econômicos e culturais da vida dos chilenos, a Constituição de 1980 construiu uma hegemonia desconhecida e, até certo ponto, muito mais sólida que a obtida por qualquer uma das predecessoras (SANTA CRUZ, 2020, p. 89, tradução e destaques nossos).⁵⁹

⁵⁹ No original: “En la decisión de redactar una “nueva” Constitución se aprecia el objetivo de dar a la dictadura la responsabilidad de reconstruir el país para que, de esa forma, la sociedad en su totalidad comprendiera que el régimen de Pinochet no era una simple piedra en el camino, sino la base desde la cual se estaba desarrollando una concepción distinta de comprender y ejercer la toma de decisiones. Al abarcar prácticamente la totalidad de los espacios políticos, sociales, económicos y culturales de la vida de los chilenos, la Constitución de 1980 construyó



A legitimidade popular da Constituição de 1980 é questionada por teóricos, considerando que, embora em setembro de 1980 tenha sido realizado plebiscito⁶⁰ para referendar a proposta elaborada, o ato foi impugnado por partidos políticos da oposição. A impugnação se deu, pois, o referendo foi realizado sem registros eleitorais, sem recontagem dos votos e com o país em situação de emergência, já que na época partidos políticos estavam proibidos e pairava na sociedade chilena um clima de incerteza sobre o que poderia ocorrer caso o texto constitucional fosse rejeitado (BARROS, 2005, p. 206).

A partir disso, Robert Barros (2005, p. 206) compreende que a “Constituição de 1980 se caracteriza por ser imposta à força, um ato coercitivo, que, de acordo com os princípios do direito público, era juridicamente nulo e vazio” (tradução nossa⁶¹). Em sentido semelhante, Juan Luis Ossa Santa Cruz adiciona que o processo constitucional em discussão não cumpriu com as balizas de participação social e representa uma ruptura com processos que o preconizam, que vinham construindo Constituições legítimas para o país (SANTA CRUZ, 2020, p. 89).

Para além dos questionamentos sobre aspectos de legitimidade da Constituição, em termos do conteúdo material, teóricos identificam preceitos neoliberais na Carta de 1980 (RAMÍREZ, 2020, BÓRQUEZ, 2020, DULCI; SADIVIA, 2021). Nesse sentido, Juan Carlos Ferrada Bórquez (2020, p. 53) assevera que a Constituição adota uma política econômica neoliberal. Isso por que, de acordo com o teórico, funções institucionais que usualmente são de atribuição do Poder Público, são retiradas do Estado e delegadas para o setor privado. Passa a ser responsabilidade mais forte do Estado o dever de assegurar liberdades aos cidadãos, o que é usual em regimes que seguem balizas liberais.

Ainda a respeito disso, Tereza Maria Spyer Dulci e Vania Alvarado Sadivia (2021, p. 44) compreendem que o modelo neoliberal visado e implementado diminuiu as responsabilidades sociais do Estado. Adicionalmente, Simón Ramírez (2020, p. 113-116)

una hegemonía desconocida y, hasta cierto punto, mucho más sólida que la lograda por cualquiera de sus predecesoras.” (SANTA CRUZ, 2020, p. 89)

⁶⁰Conforme esclarece a autora em seu trabalho de dissertação: “No Brasil, compreende-se plebiscito como a consulta a ser realizada com a população, o qual é convocado anteriormente ao ato legislativo, enquanto o referendo seria convocado posteriormente a esse ato, para ratificá-lo ou rejeitá-lo (BRASIL, 1998, art. 2º). Nesse caso em específico, a teoria chilena utilizou o termo plebiscito de maneira genérica, para se referir a uma situação que seria para validar o ato público e, portanto, que, no Brasil, seria chamada de referendo. Esta dissertação manterá os termos utilizados no Chile (plebiscito neste caso), deixando claro, entretanto, quando se trata de um processo de ratificação (referendo).” (PITRE, 2022).

⁶¹No original: “Constitución de 1980 aparece nada más que como una imposición a la fuerza, un acto coercitivo, que, de acuerdo a los principios del derecho público, era jurídicamente nulo y vacío” (Barros, 2005, p. 206).



complementa que a Constituição de 1980 é neoliberal não apenas em matéria de economia, mas, para além disso, em temas políticos e sociais. O autor exemplifica dizendo que a Carta Magna diminuiu o poder de agência da população chilena e concede ao mercado o direito de tutelar direitos fundamentais, subordinando-os aos interesses privados.

A Constituição de 1980 seguiu vigente com o fim da ditadura militar e início do período de transição democrática. Apesar de ter passado por reformas – sendo as principais nos anos de 1989 e 2005 -, as principais estruturas previstas na Constituição se mantiveram, assim como o seu significado simbólico de carência de legitimidade popular (SANTA CRUZ, 2020, p. 90). Isso fez com que o modelo neoliberal se solidificasse, irradiando consequências para o campo político, econômico e social no país.

Esse cenário de permanência e intensificação do neoliberalismo, mesmo com o fim da ditadura militar, impulsionou uma crescente onda de insatisfação popular, que se fez notar pela emergência de grandes mobilizações de rua nas primeiras décadas do século XXI. É possível referenciar algumas delas: (i) a “revolução dos pinguins”, em 2006, na qual estudantes secundaristas demandavam uma maior inclusão no sistema educacional (ABARZÚA; ÁLVAREZ; HERNANDES, 2021, p. 02); (ii) as manifestações de 2011, com uma gama diversificada de demandas; (iii) “No + a AFP”, em 2016 e 2017, que se colocavam contra as Administradoras dos Fundos de Pensões; e por fim (iv) os protestos de feministas do ano de 2018 (CASALS, 2022).

Nota-se, portanto, um crescente descontentamento ao longo dos anos por parte da população chilena, perceptíveis pelas manifestações de rua. Compreende-se que as causas desse descontentamento guardam relação com as escolhas feitas durante a ditadura militar no país, expostas nas bases principiológicas da Constituição de 1980.

Essas são as circunstâncias do contexto histórico que explicam o *estallido social* e, posteriormente, o processo constituinte chileno de 2021–2022, que buscará solver as problemáticas desenvolvidas como consequências da solidificação do modelo neoliberal no país. A respeito disso, pesquisadores da Faculdade de Direito de Valparaíso do Chile entendem que: “durante anos estavam incubadas as razões que, em algum momento, iriam gerar um *estallido* e essas razões podem ser sintetizadas em uma ideia: injustiça e desigualdade nas condições materiais de existência” (ABARZÚA; ÁLVAREZ; HERNANDES, 2021, p. 02).⁶²

⁶² No original: “pero hace años se estaban incubando las razones que, en algún momento, iban a generar un estallido y esas razones las podemos sintetizar en una idea: injusticia y desigualdad en las condiciones materiales de existencia.” (ABARZÚA; ÁLVAREZ; HERNANDES, 2021, p. 02).



2) O ESTALLIDO SOCIAL

Na história recente do Chile, é possível identificar acontecimentos determinantes para o acordo por uma nova Constituição para o país. Esses acontecimentos são apresentados na dissertação de mestrado da autora (PITRE, 2022) e são recapitulados abaixo, para que então seja possível relacioná-los com características do novo constitucionalismo latino-americano no item 1.4

O *estallido social*, que pode ser denominado em português como “explosão social” (CASALS, 2022, p. 30), foi o conjunto de mobilizações populares de rua que ocorreram no Chile – tendo iniciado na capital, Santiago – a partir do dia 18 de outubro de 2019, se estendendo por outras cidades do país nos meses subsequentes. A causa imediata do *estallido* pode ser considerada o acréscimo nas tarifas de transporte público, já que, após a medida se tornar de conhecimento público, alunos secundaristas organizaram um movimento, por meio de mídias sociais, de ultrapassagem das catracas do metro de Santiago sem pagar. Esse evento demonstraria a insatisfação e revolta do grupo com o aumento das tarifas de transporte. Ocorre que, esse ato pontual ganhou maiores proporções, se estendendo para outros setores sociais, além dos estudantes, descontentes com questões conjunturais chilenas. Assim, nos dias que se seguiram, se instalou uma revolta social, dando origem a uma crise política e social (RICHARD, 2021, p. 23-30).

Naquela oportunidade, o *slogan* que se tornou popular “*no son 30 pesos, son 30 años*”⁶³ demonstrava que o aumento da tarifa não era o principal motivo das manifestações, sendo apenas um fator desencadeante. Conforme se extrai de análises anteriores dessa autora: “As principais motivações que levaram ao *estallido* foram as insatisfações estruturais, herança do sistema neoliberal e institucional, que, como visto, já haviam motivado mobilizações em anos anteriores.” (PITRE, 2022, p. 49).

Em que pese o fato de as manifestações demonstrarem que a sociedade requeria mudanças em uma ampla gama de temas, tal como educação, saúde, pensões, emprego e trabalho, e meio ambiente (UNIVERSIDAD DE CHILE *et al.*, 2021)⁶⁴, havia também demandas estruturais presentes no *estallido*. Sobre isso, a população manifestava o desejo por transformações amplas na ordem social, política e econômica da sociedade (GALVÃO; PITRE,

⁶³ No original: “No son 30 pesos, son 30 años” (ABARZÚA; ÁLVAREZ; HERNANDES, 2021, p. 01).

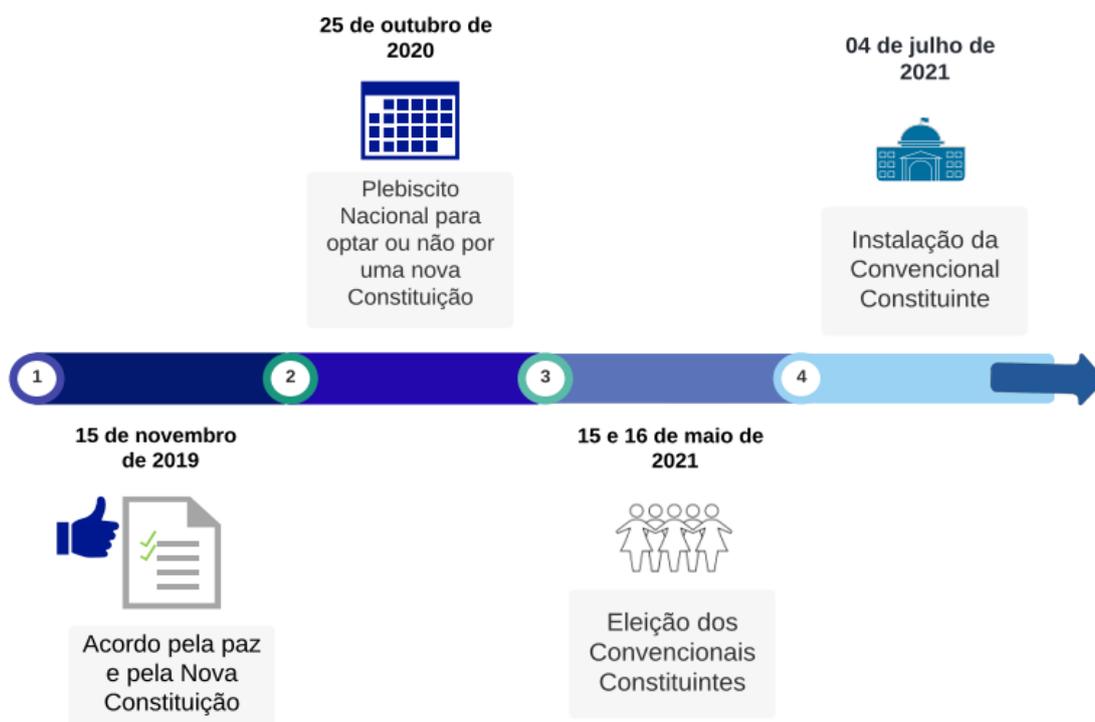
⁶⁴ Para ter acesso à íntegra do relatório desenvolvido por Universidades do Chile, entre os anos de 2019 e 2020, acessar o seguinte link: <<https://libros.uchile.cl/1190>>.



2022, no prelo), havendo o entendimento de que essa reestruturação seria passível de se atingir caso uma nova Constituição fosse elaborada de forma legítima, com participação social e considerando as necessidades e demandas dos diferentes setores sociais.

A partir das manifestações de grandes proporções que tomavam a cidade de Santiago (RICHARD, 2021, p. 23) e ameaçavam a estabilidade do governo federal da época, liderado pelo presidente Sebastián Piñera, iniciaram-se acordos entre autoridades do governo e representantes dos setores que participavam das manifestações. Na data de 15 de novembro de 2019 foi firmado o documento intitulado “Acordo pela paz e pela nova Constituição” (CHILE, 2019)⁶⁵. A partir desse marco, alguns eventos relevantes ocorreram até o início dos trabalhos para a redação de um novo texto constitucional. A figura abaixo sintetiza os principais momentos:

Figura 1 – Linha do tempo de datas relevantes para a constituinte chilena



Fonte: Figura extraída da dissertação de mestrado de Paloma Gerzeli Pitre (2022), que havia sido elaborada utilizando dados extraídos da página eletrônica “Processo Constituinte” (GOVERNO DO CHILE, 2021b).

⁶⁵Assinaram o acordorepresentantes dos seguintes partidos políticos: Evópoli, PC, PCCh, PDC, PDD, PL, PR, PSC, RD, RN, UDI. Também firmou de forma individual o acordo, Gabriel Boric. Parte da esquerda não quis participar da assinatura do acordo (CASALS, 2022, p. 32).



O “Acordo pela paz e pela nova Constituição” previa um plebiscito para consultar a população chilena sobre sua intenção em ter ou não uma nova Constituição (CHILE, 2019). O plebiscito ocorreu em 25 de outubro de 2020 e 78,2% da população se manifestou favorável à elaboração de um novo texto constitucional (CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL, 2021a).

3) INTERSECÇÕES ENTRE AS CAUSAS DO PROCESSO CONSTITUINTE CHILENO COM O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Neste tópico, iremos averiguar, de que forma a teoria do novo constitucionalismo latino-americano tem relação com as razões levantadas em tópicos anteriores (Constituição Política de 1980, neoliberalismo, *estallido social*) que levaram o Chile a um processo constituinte.

Antes disso, é relevante esclarecer qual é o conceito que se adota aqui para novo constitucionalismo latino-americano, que também pode ser chamado de "novo constitucionalismo sul-americano", "constitucionalismo andino", "constitucionalismo emancipatório" ou "constitucionalismo do bem viver" (MELO, 2013, p. 60). É possível compreender o novo constitucionalismo, como “um movimento constitucional contra hegemônico, nascido na América Latina, e voltado para enfrentar problemáticas específicas da região latino-americana. Ele surge em razão do descontentamento com a experiência neoliberal e com as dificuldades apresentadas pela social democracia para fornecer à população, especialmente, aos mais pobres, a garantia a direitos e garantias fundamentais.” (PITRE, 2022, p. 27).

Serão abordados, a seguir, dois aspectos do novo constitucionalismo que guardam relação com os motivos que explicam o caso chileno, sendo eles: a necessidade de surgimento de uma nova Constituição em determinado contexto histórico e a busca para que os processos constitucionais sejam popularmente legítimos.

A respeito do primeiro aspecto, autores espanhóis (DALMAU; PASTOR, 2013) entendem que no caso do novo constitucionalismo latino-americano, a necessidade de surgimento se vincula à “utilidade para servir os processos sociopolíticos de mudança em favor de um Estado mais comprometido com o bem-estar de seus cidadãos” (DALMAU; PASTOR, 2013, p. 50). De forma complementar, Gilberto Bercovici (2016) compreende a necessidade de uma nova Carta Magna, que o novo constitucionalismo busca atender, tem relação com as experiências frustrantes do neoliberalismo na América Latina. Ainda sobre o tema, Raquel



Coelho de Freitas e Germana de Oliveira Moraes refletem que a compressão de que é preciso a reformulação da Constituição ocorre em razão da necessidade de haver transformações sociais e político-institucionais em dada sociedade (FREITAS; MORAES, 2013, p. 106).

A necessidade de mudança pode ser notada a partir de um aumento da pressão da população sobre esferas de poder, havendo, por exemplo, uma crescente nas mobilizações populares (AÑEZ; ANTEZANA, 2017, p. 153). Nesse sentido, conforme tratado nos tópicos anteriores, o Chile presenciou diversas manifestações populares ao longo do século XXI, para além do *estallido social*, - sendo que esse último, tinha, inclusive, como um de seus pleitos, a demanda por um nova Constituição. Nota-se, portanto, que a sociedade chilena demonstrava a necessidade de se repensar a ordem constitucional. Isso se confirma a partir da leitura dos dados do plebiscito que ocorreu no ano de 2020, no qual a população foi às urnas dizer se queria ou não uma nova Constituição. Naquela oportunidade, 78% votou favorável ao processo constituinte. É possível de se reconhecer, portanto, que, tal como ocorre em processos do novo constitucionalismo, os cidadãos chilenos demonstravam a necessidade de se ter uma nova Constituição para que se começasse a atender as reformas estruturais almejadas.

O segundo aspecto a ser analisado concerne à demanda para que as Constituições do novo constitucionalismo sejam legítimas popularmente. Neste sentido, Gustavo Ferreira Santos indica que “Esses países, ao associarem a reforma constitucional a exigências de legitimação, na maioria das vezes vinculando a reforma a esses mecanismos diretos de participação, estão em busca da relegitimação contínua do exercício da auto-organização” (SANTOS, 2016, p. 22-23).

A respeito da legitimidade, conforme visto no item 1.2, uma das principais críticas à Constituição Política do Chile de 1980, elaborada durante a ditadura militar, são os questionamentos que pairam sobre sua real legitimidade. O *estallido social* e as demandas pela nova Constituição, por sua vez, incorporaram os debates sobre legitimidade e pleitos por ampla participação popular durante todo o curso do processo. O resultado disso foi um processo constituinte inclusivo. Isso por que, a população optou por realizá-lo (através do plebiscito de 2020), participou da eleição dos convencionais constituintes (por meio do plebiscito de 2021) e pode manifestar sua concordância com o texto final (referendo de 2022). Tem-se, então, que o aspecto da legitimidade, discutido no novo constitucionalismo, foi considerado no caso chileno.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um primeiro momento, este artigo analisou as razões contextuais que levaram o Chile a realizar um processo constituinte entre os anos de 2021 e 2022. Após, foram revisados dois aspectos do novo constitucionalismo latino-americano para verificar se guardavam relação com o caso chileno, de forma a contextualizar o Chile dentro de um fenômeno regional mais abrangente.

Os levantamentos e análises realizados com base na revisão bibliográfica indicam que a Constituição Política do Chile de 1980 instituiu balizas neoliberais que não foram superadas a partir do período de transição democrática. Ao contrário, o período subsequente da ditadura militar chilena aprofundou práticas neoliberais no país, dificultando o usufruto digno de uma gama de direitos (educação, sistema previdenciário, acesso à água, para mencionar alguns) ao retirar atividades usualmente públicas das atribuições do Estado e delegar para a iniciativa privada.

Assim, a experiência neoliberal no Chile gerou insatisfações por parte dos cidadãos na esfera social, política e econômica, culminando com ondas de manifestações que se estenderam no século XXI. Ademais, em fins de 2019, ocorreram mobilizações de maiores proporções que ficaram conhecidas como *estallido social*. Essa conjuntura fez nascer no Chile a demanda popular por uma nova Constituição, capaz de iniciar reformas estruturais no país.

Concomitante a isso, ocorria na América Latina o movimento do novo constitucionalismo latino-americano, sendo possível reconhecer alguns de seus traços no caso chileno referenciado. Assim, o primeiro aspecto que se reconhece, é a necessidade de se fazer uma nova Carta Magna naquele preciso momento histórico, que é exatamente o que se faz notar no Chile, que pela situação conjuntural, demandava uma revisão da ordem jurídica para iniciar mudanças de base no país. O outro aspecto é a intenção de se elaborar uma Constituição legítima, também presente no caso do Chile, que contou com a participação popular em seus diferentes estágios (decisão por uma Constituição, eleição de membros, referendo ratificatório).

Nota-se, portanto, que do ponto de vista do contexto histórico social, o processo constituinte chileno e os eventos que o antecedem, possuem encontros com o novo constitucionalismo latino-americano. Disso se infere que o caso chileno está inserido em um fenômeno maior, que o aproxima aos movimentos que ocorreram em países vizinhos.

Por fim, é importante ressaltar que, muito embora o resultado nas urnas do referendo ratificatório tenha deixado clara a rejeição à proposta constitucional elaborada (62% da



população chilena votou pela rejeição), os motivos e anseios por reformas estruturais no país, analisados nesta pesquisa, não deixaram de existir. E isso se expressa e se confirma pelos resultados do plebiscito de 2021, no qual 78% da população manifestou interesse por uma nova Constituição. Resta agora o país se reorganizar para fazer valer a vontade popular, por meio de novo processo constituinte capaz de iniciar as almeçadas reformas estruturais.

REFERÊNCIAS

ABARZÚA, Fernando Vera; ÁLVAREZ, Christian Viera; HERNÁNDEZ, María-Jesús Castro. El caso chileno: de la Constitución neoliberal a la Constitución social y democrática. **HYBRIS Revista de Filosofía**: Valparaíso, v. 12, n. especial, p. 91-133, abril, 2021.

BARROS, Robert. **La junta militar, Pinochet y la Constitución de 1980**. Editorial Sudamericana: Santiago, 2005.

BÓRQUEZ, Juan Carlos Ferrada. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE 1980 - Algunas reflexiones críticas. **Revista de Derecho**, v. 11, p. 47-54, 2020. Disponível em: <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v11/art05.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 dez. 2019.

CASALS, Marcelo. O novo Chile: como a esquerda e seus ex-líderes estudantis chegaram lá. **Revista Piauí**, São Paulo, n. 185, p. 30-33, fevereiro, 2022

CHILE. **Constitución Política de la Republica De Chile**. 1980. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>. Acesso em: 13 abril 2022.

CHILE. **Acordo pela paz e pela nova Constituição**. Novembro, 2019. Disponível em: file:///C:/Users/palom/Downloads/Acuerdo_por_la_Paz.pdf. Acesso em: 11 mar. 2022.

CONVENÇÃO CONSTITUCIONAL. Itinerário Constitucional. Santiago: 2021a. Disponível em: <https://www.chileconvencion.cl/itinerario-constitucional/>. Acesso em: 21 mar. 2022.

DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. “O processo constituinte venezuelano no marco do novo constitucionalismo latino-americano”. In: MELO, Milena Petters; WOLKMER, Antonio Carlos (orgs.). **Constitucionalismo Latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 43-59.

DULCI, Tereza Maria Spyer; SADIVIA, Vania Alvrado. El Estallido Social en Chile: ¿rumbo a un Nuevo Constitucionalismo? **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 24, n. 1, p. 43-52, jan./abr., 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rk/a/xfp9XCkzSSDrWgtp7M5JyTF/?lang=es&format=html#>. Acesso em: 21 mar. 2022.

ESCRITÓRIO DO ALTO COMISSÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS (ACNUDH). **Informe sobre la Misión a Chile**: 30 de octubre – 22 de noviembre de 2019. Centro UC Derecho y Religión: número 3, 2020.



FREITAS, Raquel Coelho; MORAES. “Germana de Oliveira. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de Pachamama e o bem viver”. In: MELO, Milena Petters; WOLKMER, Antonio Carlos (orgs.). **Constitucionalismo Latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 103-125.

GOVERNO DO CHILE. **Proceso Constituyente**. 2021b. Disponível em: <https://www.gob.cl/procesoconstituyente/#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%2C%20compuesta%20por%20155,0%20rechazar%20la%20nueva%20Constituci%C3%B3n>. Acesso em: 22 mar. 2022.

MELO, Milena Petters. “As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo?” In: MELO, Milena Petters; WOLKMER, Antonio Carlos (orgs.). **Constitucionalismo Latino-americano - tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 59-89.

PITRE, Gerzeli Paloma; GALVÃO, Ana Paula. **Uma retrospectiva da trajetória do movimento social feminista e das conquistas jurídicas até a paridade de gênero na convencional constituinte chilena(2021-2022)**. São Paulo: Edusp, 2022. No prelo.

PITRE, Paloma Gerzeli. **O processo constituinte chileno (2021-2022) à luz do “novo constitucionalismo latino-americano**. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) – Programa de Integração da América Latina, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 127. 2022.

RAMÍREZ, Simón. La Constitución chilena y gubernamentalidad neoliberal. **Revista Derecho y Crítica Social**, v. 5, p. 82-121, 2020. Disponível em: <https://derechoycriticasocial.com/dcs-5/>. Acesso em: 21 mar. 2022.

RICHARD, Nely. **Revolución Social y Nueva Constitución**. Buenos Aires: CLACSO, 2021.

SANTA CRUZ, Juan Luis Ossa. **Chile Constitucional**. Fondo de Cultura Económica Chile S.A., Centro de Estudios Públicos: Santiago, 2020

SANTOS, Gustavo Ferreira. “Poder Constituinte e poder de reforma no ‘novo constitucionalismo latino-americano’: as lições que podemos tirar”. In: ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa; SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK Lênio Luiz (orgs.). **Direitos e democracia no novo constitucionalismo latino-americano**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p 17-23.

UNIVERSIDAD DE CHILE et al. **Demandas prioritarias y propuestas para un Chile diferente: sistematización de 1.233 cabildos ciudadanos**. Chile: 2021. [s.n.]. Disponível em: <https://libros.uchile.cl/1190>. Acesso em: 14 jun. 2022.



REABRIENDO LAS GRANDES ALAMEDAS: EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO EN PERSPECTIVA

Carlos Federico Domínguez Avila *

Hugo Cárdenas Vera **

INTRODUCCIÓN

El 15 de noviembre de 2019, los principales partidos políticos chilenos con representación en el parlamento concordaron en la urgente necesidad de suscribir un Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución. El cambio constitucional fue considerado por las partes firmantes como imprescindible para conseguir la pacificación de la sociedad, después de varias semanas de intensos conflictos y protestas ciudadanas en casi todo el país. Obsérvese que las masivas demostraciones de participación política no convencional de la época desbordaron al gobierno del presidente Sebastián Piñera (Renovación Nacional), y prácticamente cuestionaron la legitimidad del modelo de Estado constitucional, del régimen político, del sistema de partidos y del gobierno imperante en el país andino. En efecto, las masivas protestas iniciadas en octubre de 2019 dejaban clara la profunda insatisfacción de buena parte de la ciudadanía chilena con relación a los fundamentos sociopolíticos y jurídicos del Estado, principalmente con la anómala persistencia de la Constitución de 1980 – considerada como una insustentable herencia del período autoritario (Ruiz; Caviedes, 2022).

El referido Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, suscrito por la mayoría de los principales líderes políticos – quiere decir, una decena de partidos adscritos a las diferentes agremiaciones políticas, tanto oficialistas como opositoras –, ciertamente contribuyó a reducir el conflicto y las tensiones societales, bien como a abrir oportunidades de diálogo y de construcción de un camino hacia la confirmación de un nuevo orden constitucional, democrático y republicano (Figueroa Rubio; Jordán Díaz, 2020). Parafraseando a Roberto

* Doctor en Historia, postdoctorado en Ciencia Política, e investigador colaborador de la Universidad de Brasilia (UnB).

** Abogado, analista internacional, y Director de la Corporación Educacional Bernardo Leighton Guzman (Chile).



Gargarella (2021), se trataba de iniciar un complejo ciclo de redistribución del poder a través del cambio constitucional. En otras palabras, una actualización de las relaciones entre Sociedad y Estado, en el más amplio sentido de la expresión.

El proceso constituyente iniciado en octubre-noviembre de 2019 continúa en desarrollo al momento de concluir este ensayo. El mismo presenta entre sus características más significativas una intensa fundamentación en la participación política de la ciudadanía. En efecto, durante el trienio 2019-2022, los ciudadanos-electores chilenos han sido convocados a tres plebiscitos constitucionales (octubre de 2020, mayo de 2021 y septiembre de 2022), y a elecciones generales (noviembre-diciembre de 2021). Evidentemente, la relevancia del proceso constituyente chileno ha demandado de la atención de todas las fuerzas políticas y sociales del país, bien como de otros actores con vínculos e intereses en el país andino, especialmente en términos hemisféricos y globales (Heiss, 2022a; Negretto, 2021).

En tal sentido, el objetivo del presente texto es analizar el devenir del proceso de distribución del poder político por la vía del cambio constitucional en Chile, desde los acuerdos de noviembre de 2019. En términos teórico-metodológicos, el manuscrito acepta la influencia de los estudios sobre la calidad de la democracia – incluso de sus dimensiones procesuales, de resultados y de contenidos (De la Fuente; Kneuer; Morlino, 2020). También son importantes la teoría política neorrepublicana, los estudios críticos del Derecho y los estudios constitucionales – principalmente aquellos correlacionados al así llamado nuevo Constitucionalismo latinoamericano (Bejarano; Segura, 2013). Metodológicamente, el texto adopta el enfoque del ensayo de interpretación. Ello significa que, después de una cuidadosa revisión bibliográfica y de recolección de datos primarios y secundarios, los autores ofrecen una reflexión fundamentada en evidencia y en análisis interpretativo consistente, replicable y coherente.⁶⁶

La pregunta orientadora del ensayo es la siguiente: desde una perspectiva académica, sociopolítica y jurídica republicana, ¿cuáles son las principales contribuciones e inferencias que pueden ser identificadas en el contexto del actual proceso constituyente chileno? La estructura interna del texto incluye dos partes principales – una discute el proyecto de constitución aprobado por la Convención constitucional, y otra trata de los desdoblamientos y escenarios prospectivos propiciados por el resultado del plebiscito de septiembre de 2022 –, bien como las consideraciones finales y las referencias. De partida, se entiende que el proceso constituyente chileno presenta antecedentes nacionales, tradiciones locales y destacada participación de la

⁶⁶ El diseño de la investigación incluyó la realización de una mesa redonda con informantes clave (Cárdenas *et al.*, 2022).



mayoría de los principales actores político-sociales. Asimismo, se trata de un esfuerzo válido para aproximar al Estado con su Sociedad, garantizando nuevos derechos y deberes, bien como buscarun mayor enraizamiento democrático y republicano, después de muchos años de cuestionamientos, tensiones y conflictos (De la Fuente; Fernández, 2017). Visto en esa perspectiva, la aguardada aprobación de una nueva Carta Magna en Chile se erige en un nuevo capítulo del paradigmático y trascendente cambio constitucional vigente en América Latina desde la década de 1990 (Nolte; Schilling-Vacaflor, 2016).

1) LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL Y SU RESULTADO: ANÁLISIS SOCIOPOLÍTICO Y JURÍDICO DEL PROYECTO DE CARTA MAGNA

América Latina ha vivido los últimos 30 años diversos procesos constituyentes, sea por la vía de las reformas o de la elaboración de nuevas Cartas Magnas. Se sabe que la producción constituyente del continente, aunque significativa y valiosa, no ha estado exenta de contradicciones (Murillo; Levitsky; Brinks, 2021). Como fuere, hubo importantes cambios constitucionales en Colombia (1991), Perú (1993), Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008), Bolivia (2009), y ahora en el actual proceso para cambio constitucional en Chile (Negretto, 2012).

Como mencionado anteriormente, el proceso constituyente en Chile se impulsó tras las masivas movilizaciones de octubre de 2019, que derivaron en el llamado a un Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, firmado en la madrugada del 15 de noviembre por gran parte de las fuerzas políticas del país. Posteriormente el Parlamento estableció las leyes que regularon el itinerario constituyente y las normas que irían a regir el proceso hasta la aprobación de un borrador constitucional. Siendo así, el proceso constituyente se caracterizó por la realización de tres importantes consultas a los ciudadanos-electores: un plebiscito entrada, la elección de constituyentes y un plebiscito de salida (véase Cuadro 1). Adicionalmente, las labores constituyentes coincidieron y establecieron algún tipo de correlación con las elecciones generales – presidenciales, parlamentarias y regionales – de 21 de noviembre (primera vuelta) y 19 de diciembre de 2021 (segunda vuelta), en las que, entre otras determinaciones, resultó electo el presidente Gabriel Boric (Convergencia Social). Vale adelantar que, desde su inicio, en el diseño institucional de este proceso constituyente se destacó la preocupación de asegurar en todo momento la libertad republicana, el aspecto paritario de género, la inquietud con las



cuestiones ecológicas, la descentralización, la promoción de los derechos humanos, la reconfiguración del sistema presidencialista, la reconfiguración del modelo de desarrollo económico y social, y la reserva de escaños para los pueblos originarios (Heiss, 2022b).⁶⁷

Cuadro 1: Cronología del proceso constituyente chileno, 2019-2022

18 de octubre de 2019	Inicio del estallido social.
15 de noviembre de 2019	Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución.
25 de octubre de 2020	Plebiscito de entrada: 78,2% de los votos aprobó la redacción de una Constitución. Asimismo, con un 78,9% de los sufragios, se decidió que el fuese escrito por una Convención constitucional integralmente elegida con finalidad.
15 y 16 de mayo de 2021	Se realiza la elección de los 155 Constituyentes que componen la Convención constitucional.
19 de diciembre de 2021	Segunda vuelta de la elección presidencial, triunfa Gabriel Boric con 55,8% de los votos, contra José Antonio Kast con el 44,1% de los sufragios.
5 de julio de 2022	Entrega de la propuesta de Constitución política aprobada por la Convención.
4 de septiembre de 2022	Plebiscito de salida. La propuesta Constitucional es rechazada por un 61,8% de los sufragios, contra un 38,1%.

Fuente: Elaboración propia.

Siendo así, el 25 de octubre de 2020 se realizó la primera de las tres consultas del proceso constitucional – el plebiscito entrada. En tal ocasión, por amplio margen, esto es, 78,2%, la ciudadanía chilena votó por aprobar la redacción de una nueva Constitución. En aquella oportunidad también se votó con respecto a la composición de los 155 futuros constituyentes, prevaleciendo el entendimiento de que dichos representantes fuesen personas elegidas exclusivamente para este fin.

La segunda consulta constitucional tuvo por objeto escoger de forma democrática y directa a los convencionales que serían incumbidos de la responsabilidad de redactar una propuesta o borrador de Constitución. Las elecciones para determinar los escaños de los 155 convencionales constituyentes se realizaron el 15 y 16 de mayo de 2021. Obsérvese que tal

⁶⁷ Es importante agregar que el proceso constituyente en Chile también coincidió con la pandemia de Covid-19. Obsérvese que, más allá de sus aspectos estrictamente sanitarios, tal pandemia generó consecuencias políticas, económicas, sociales y culturales en el país y el mundo (Lovera Parmo, 2021).



Convención constitucional habría de ser compuesta de manera paritaria por 78 hombres y 77 mujeres. En retrospectiva, se trató de una de las primeras asambleas constituyentes en el mundo en asegurar un mínimo de paridad de género para sus representantes (Nogueira, 2020).

Los convencionales electos presentaron algunas otras características relevantes y significativas. El promedio de edad de aquellos, por ejemplo, alcanzó los 44,5 años. Por otra parte, un total de 17 escaños fueron reservados para pueblos originarios. Estos últimos convencionales fueron elegidos bajo un régimen especial de cupos para representar a su propio pueblo indígena, bajo candidaturas individuales, indistintamente de la ideología política que tuviesen. En cuanto a profesiones u oficios, su composición fue de 59 abogados, 19 profesores, 12 ingenieros, 6 periodistas, 4 egresados de derecho, 3 psicólogos, 3 estudiantes, y otros distribuidos en distintas ocupaciones. Asimismo, de los 155 convencionales constituyentes, 8 de ellos eran abiertamente integrantes de la comunidad LGBT: 5 gays, una lesbiana, una pansexual y una bisexual. Nótese que, el 28 de junio de 2021, este colectivo específico formó una Red Disidente Constituyente, destinada a articular el trabajo de la Convención constitucional en favor de la diversidad sexual. He aquí otra importante manifestación de representatividad democrática que caracterizó al proceso chileno (Negretto, 2021).

En cuanto a representación política, la Convención constitucional se destacó por la marcada presencia de fuerzas progresistas, renovadoras, liberales y regionalistas. La lista Vamos por Chile, que congregó a agremiaciones de la derecha, con 37 de los 155 escaños, era claramente minoritaria. Ello fue determinante para el proceso posterior de elaboración de la propuesta constitucional, donde dicho colectivo de orientación liberal-conservadora no tuvo influencia decisiva ni capacidad de veto. Los así llamados independientes estaban divididos en dos grupos de convencionales. De un lado, la Lista del Pueblo, con 27 escaños. Y de otro lado los Independientes por la Nueva Constitución – también conocidos como No Neutrales –, con 11 escaños. Por su parte la lista Apruebo Dignidad, de los partidos, movimientos políticos y sociales reunidos en el pacto Apruebo Chile Digno, Verde y Soberano, de centro e izquierda, obtuvo 28 de los 155 escaños. Obsérvese que este grupo de convencionales incluía militantes del Partido Comunista, Frente Amplio, Unidad Social, Comunidad por la Dignidad y del partido Igualdad. En ese mismo sentido, la Lista del Apruebo, de centroizquierda, obtuvo 25 escaños, otros independientes 10 escaños y la lista reservada a los pueblos originarios obtuvieron como dicho 17 constituyentes. En suma, más de la mitad de la Convención, equivalente a 77



constituyentes electos, provenía de listas que impulsaban cambios substantivos al sustrato constitucional del país (Massai; Miranda, 2021).

Ahora sabemos que la Convención chilena cumplió su cometido y, en 5 de julio de 2022, entregó a las fuerzas políticas y sociales del país un proyecto de Constitución (Chile, 2022). La entrega del referido proyecto abrió un período de dos meses de debates ciudadanos, que se prolongó hasta el denominado plebiscito de salida, realizado el 4 de septiembre, y que es analizado posteriormente. Desde la perspectiva del derecho comparado, diversos especialistas manifestaron su opinión respecto a la referida propuesta constitucional. Entre lo más significativo, se destacó la proposición de avanzar hacia un Estado social. En efecto, en el primer artículo del borrador se proponía que «Chile es un Estado social y democrático de derecho». En términos operativos, ello implicaba reconocer y promover derechos y deberes ciudadanos, incluyendo los clásicos como salud, educación, seguridad social y vivienda, bien como otros de nueva generación, destacándose derechos ambientales al agua y a vivir en entornos seguros. Además, se sumaron algunos derechos específicos para grupos de especial protección como niños, niñas y adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad (Gay; Sánchez; Schildbeg, 2022).

En términos conceptuales, la propuesta constitucional aprobada por la Convención de Chile suponía el paso de un modelo de Estado subsidiario a un Estado social. Como se sabe, la Constitución de 1980 confía al mercado y a los agentes privados la provisión de bienes básicos como la salud, la educación y las pensiones, fijando límites a la actividad estatal y reduciéndola a la focalización para evitar la indigencia y la pobreza. Los agentes privados, bajo el Estado subsidiario, están autorizados a lucrar en la provisión de estos bienes. Asimismo, no se garantiza una calidad igualitaria, ya que la misma depende de la capacidad de pago de los usuarios (Figueroa Rubio; Jordán Díaz, 2021). El modelo de Estado social incorporado en el proyecto constitucional, por el contrario, propuso reconocer la universalidad de los derechos sociales y garantizarlos como condiciones básicas para la vida en común. Por ello, estableció que el acceso y goce de la seguridad social, la salud, la vivienda y el cuidado no deberían depender de los ingresos propios. En tal sentido, correspondería al Estado financiar y estructurar los sistemas nacionales de protección social (Lovera Parmo, 2022; #Constitucionalista, 2022).

En el análisis del borrador presentado por la Convención también se destaca la incorporación de otros temas sustantivos, tales como, la plurinacionalidad y los derechos de las comunidades indígenas, la paridad de género, los párrafos sobre derechos reproductivos y en contra de la violencia sexual, así como la protección de niños y personas con discapacidad



(Dixon; Verdugo, 2021).Entretanto, algunos tópicos del proyecto constitucional acabaron generando mayor debate y discordia en la opinión pública (Rubio-Marín, 2020; Titelman, 2022). Tal fue el caso del diseño institucional en lo concerniente al nuevo ordenamiento político del país. Resumidamente, fue propuesto conceder mayores atribuciones a la Cámara de Diputados y Diputadas. Reemplazar el Senado por una cámara regional. Con relación a las características del poder Ejecutivo, se mantuvo el modelo presidencialista. Pero un presidencialismo atenuado, con un mayor reparto de poderes para las iniciativas de ley y el control de las urgencias de discusión parlamentaria. En suma, el diseño institucional de la Convención proponía la mezcla de un Congreso bicameral asimétrico con presidencialismo (Couso, 2021).

De igual modo, la plurinacionalidad y la creación de un sistema de justicia especial para pueblos indígenas se erigieron en otros temas que terminaron generando alguna discordia en Chile (Góngora Mera, 2022). No pocos analistas argumentaron acerca de la inconveniencia de que las comunidades indígenas adquiriesen un sistema jurídico propio. En contraposición, otros especialistas sustentaron la idea de que comunidades indígenas pudiesen tener su propio sistema de justicia en ciertas áreas definidas. Se alegó que ello no era algo nuevo, ya que regulaciones constitucionales semejantes eran aplicadas en otros países de orientación democrática, especialmente en Estados Unidos, Canadá o Nueva Zelanda (Pairican, 2022).

En retrospectiva, parece importante llevar en consideración que, durante el período previo al plebiscito constitucional de salida, la opinión pública chilena testimonió un complejo debate sobre el destino del proyecto presentado por la Convención (Martínez Dalmau, 2022).⁶⁸Ahora sabemos que el plebiscito de salida fue, efectivamente, realizado el 4 de septiembre de 2022 (Castiglioni, 2022; Abedrapo, 2022).

En la ocasión, la opción Rechazo a la propuesta constitucional alcanzó un incuestionable 61,86% y la opción Apruebo un 38,14%.Una primera interpretación de los resultados del plebiscito de salida sugiere que este sería un triunfo de la derecha sobre el centro y la izquierda, particularmente si comparamos los resultados de la elección presidencial de 19 de diciembre de 2021, donde Gabriel Boric venció, en segunda vuelta, al José Antonio Kast (Valenzuela, 2022).

Otra interpretación es que el triunfo del Rechazo no es un voto de abandono al ciclo de transformación sociopolítica que originó el estallido social de octubre de 2019, ni tampoco el

⁶⁸En el interludio, fue posible constatar la existencia de una intensa campaña de desinformación o *fakenews*, bien como abuso de poder ideológico, tergiversación de la libertad de expresión y sensacionalismo de ciertos medios de comunicación.



deseo de conservar el estado actual de las condiciones de vida en Chile. Se trataría, más bien, de la profundización del malestar que tal proceso explicitó. Quiere decir, un rechazo al sistema e instituciones políticas en su conjunto, donde se incluye la performance y el desempeño de varios constituyentes; esto es, conductas personales de ciertos representantes que acabaron provocando algún desprestigio a la propia Convención (Tobar, 2022). Sea como fuere, desde la perspectiva del proceso constituyente chileno, que es el problema-objeto de este ensayo de interpretación, el resultado del plebiscito de septiembre de 2022 abrió una nueva fase de continuidad, cambio y ruptura en los debates orientados a la aprobación de una nueva Carta Magna (Cuevas Ossandón, 2022).

En suma, no existe consenso entre los analistas respecto a la identificación de los factores más importantes o determinantes en el rechazo de la propuesta constitucional. La mayoría de los observadores sugiere que entre los factores que más influyeron en el referido resultado se destacaron cuestiones polémicas, tales como: los derechos reproductivos de las mujeres (aborto), el Estado plurinacional, la extinción del Senado, el cambio de nombre de Poder Judicial a Sistema Nacional de Justicia, o la autorización de tribunales propios en ciertas materias para los pueblos indígenas. Dichos asuntos provocaron una fuerte crítica en amplios sectores de la sociedad chilena. Adicionalmente, vale insistir que escándalos provocados por ciertos constituyentes terminaron afectando gravemente el prestigio y la legitimidad de la Convención. Tal fue el caso de un constituyente que, alegando falsamente padecer de cáncer, consiguió ser electo. En retrospectiva, tales conductas individuales acabaron reduciendo el apoyo de la opinión pública y de la ciudadanía a la labor realizada en el marco del proceso constituyente.

Finalmente, otro aspecto por considerar en el interludio entre la entrega del proyecto constitucional y el plebiscito de salida fue la intensa campaña de desinformación, con base en noticias fraudulentas o *fakenews*. De modo general, dicha campaña de desinformación llevada a cabo por empresas informáticas especializadas y por medios de comunicación de masa de orientación liberal-conservadora terminó impulsando el Rechazo al borrador de la Carta Magna. Nótese, por ejemplo, que entre el 27 de septiembre y el 26 de noviembre de 2021, en la red social Twitter se viralizaron numerosas noticias falsas en torno a ciertas propuestas de la Convención constitucional. La tergiversación del trabajo de los convencionales fue particularmente intensa con relación al sistema de producción, la propiedad privada o la forma de organización político-administrativa del Estado. Algo semejante se diseminó en lo concerniente a la reformulación de los principales símbolos nacionales, como lo son el himno,



la bandera, el nombre del país y el baile nacional. Ahora se sabe que una lucha contra la desinformación, bien como algún tipo de regulación de los medios de comunicación para evitar la tergiversación de informaciones de interés público, serán necesarios en las próximas fases del proceso constituyente chileno (Castiglioni, 2022; Montes, 2022).

2) CONTINUIDAD Y CAMBIO EN EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO: BALANCE Y ESCENARIOS PROSPECTIVOS

La prospectiva es una actividad académica que consiste en identificar futuros posibles a partir de tendencias emergentes de los agentes, señales tempranas y anticipación de eventos. Tal actividad académica pretende proyectar, explorar, proveer insumos y contribuir en el asesoramiento de autoridades. También, intenta contribuir en la planificación estratégica, mediante la propuesta de escenarios alternativos, lógicos y diversos – sea a partir de modelos altamente formalizados, sistémicos o de la intuición. Generalmente en la prospectiva académica son consideradas variables tales como el papel de los actores (visiones, intereses, comportamientos, habilidades, actitudes) y su cálculo estratégico (objetivos, medios y riesgos), bien como la reflexión acerca de las consecuencias que las acciones tomadas en actualidad puedan acabar repercutiendo en el futuro próximo o distante. Consecuentemente, un escenario prospectivo se erige en una narrativa que describe futuros posibles a los que los tomadores de decisión podrán tener que enfrentarse (Schwartz, 2012).

La construcción de escenarios prospectivos para un acontecimiento político-social, económico, cultural o de seguridad internacional es una alternativa disponible a los analistas y tomadores de decisión, especialmente si tales constructos presentan alguna calidad. Para tanto, es deseable que los mismos sean plausibles, diferenciados, consistentes, innovadores y útiles. Básicamente, los escenarios prospectivos son herramientas analíticas que intentan comprender con mayor claridad el presente – incluyendo el cálculo estratégico de los principales actores (objetivos, medios y riesgos) –, identificar futuros posibles a partir de las tendencias emergentes (predictibilidad, expectativas, esperanzas), reducir la incertidumbre, proporcionar insumos para el pensamiento estratégico, e incidir en la planificación de los actores con vínculos e intereses en la temática en cuestión (Godet, 1996).

Desde la década de 1950, los estudios sobre prospectiva han experimentado una importante evolución conceptual. En la actualidad, dicha actividad ofrece distintas aplicaciones, principalmente en el asesoramiento de gobiernos, de empresas privadas, de organizaciones



internacionales y de la sociedad civil. En el caso del problema-objeto de este ensayo, es posible y necesario proponer imágenes-objetivos, futuros posibles y eventuales rutas para alcanzarlos. Se trata de una reflexión sobre las tendencias y sus consecuencias en la construcción del futuro – esto es, un verdadero laboratorio del futuro, futurología.

Mutatis mutandis, se sabe que los principales pasos para construir escenarios prospectivos son los siguientes: la determinación del foco de los escenarios, la identificación de los factores clave (jerarquización), la cualificación de la lógica institucional envuelta, la inferencia descriptiva y analítica de los resultados, y eventualmente la planificación estratégica. Evidentemente, el presente ejercicio de prospectiva es relativamente modesto, con foco en la función cognitiva y de naturaleza fundamentalmente educativa. Esto es, con el propósito de promover o provocar una discusión más detallada sobre lo que está en juego para los diferentes actores envueltos en el proceso constituyente chileno, desarrollar visiones de mundo, e intentar forjar conciencia crítica.⁶⁹

En ese orden de ideas, las evidencias y las fuentes – primarias y secundarias – consultadas permiten inferir al menos cuatro escenarios prospectivos para el devenir del proceso constituyente chileno, hasta fines de 2023. Resumidamente, tales escenarios prospectivos pueden ser catalogados en los siguientes términos: a) la formación de una nueva Convención constitucional, b) la designación de una comisión de expertos para redactar un nuevo proyecto constitucional, c) la ejecución de una reforma parcial de la Constitución vigente, y d) rechazar nuevos intentos de transformación constitucional y mantener la Constitución de 1980 (véase Cuadro 2).

Avanzar en el campo de la formulación de escenarios prospectivos para el proceso constituyente chileno es oportuno, apropiado y pertinente, principalmente en el marco de un horizonte temporal que culmine en último trimestre de 2023. En efecto, llevando en consideración las tendencias y la dialéctica de las fuerzas políticas y sociales más directamente envueltas en el problema-objeto al menos desde el estallido de octubre de 2019, las fuentes consultadas permiten proponer los cuatro escenarios prospectivos básicos antes referidos (Lissardy, 2022; Olmo, 2022).

⁶⁹ En el proceso de construcción de escenarios prospectivos es importante llevar en consideración cierto realismo político, los futuros no deseados y las restricciones impuestas a los actores en competencia. Igualmente, todo escenario presentado debe ser precedido por una profunda reflexión y del análisis sistemático de información, particularmente en lo concerniente a la exploración de los contextos y estructuras a las que están sometidas las partes. He aquí el espacio de lo posible entre los máximos y mínimos (Godet, 1996; Schwartz, 2012).



Aunque por razones de espacio no sea posible ahondar en las peculiaridades de cada uno de tales escenarios prospectivos, no cabe duda de que todos ellos presentan tanto fortalezas y oportunidades, como debilidades y amenazas. En otras palabras, *a priori*, no existen alternativas predeterminadas ni infalibles. Por el contrario, en cuanto acontecimiento que pretende llevar adelante una distribución del poder por la vía del cambio constitucional, la temática es de naturaleza dialéctica, histórica y deliberativa. Así, especialmente después de la realización del plebiscito de septiembre de 2022, el proceso constituyente chileno continúa vigente y se propone llegar a acuerdos societales en materia verdaderamente trascendente, quiere decir, en pactos de Estado (Delamaza; Heiss; Welp, 2021).



Cuadro 2: Escenarios prospectivos para el proceso constituyente chileno, 2022-2023

Escenarios prospectivos	Fortalezas	Oportunidades	Debilidades	Amenazas
Nueva Convención constitucional	<p>Continuación del proceso constituyente con la más amplia participación política, transparencia y eficiencia.</p> <p>Apoyo de la mayor parte del sistema político, especialmente en el Ejecutivo y el Parlamento.</p> <p>Recomposición de las alianzas surgidas de las luchas sociales y políticas.</p> <p>Liderazgo de fuerzas políticas de orientación progresista (movimientos sociales, ambientalistas, centroizquierda).</p>	<p>Formación de un nuevo orden constitucional fundado en la legitimidad, legalidad y el republicanismo.</p> <p>Perfeccionamiento de la calidad democrática del país.</p> <p>Manutención de conceptos e innovaciones claves, principalmente en lo concerniente a la libertad republicana, igualdad de género y etnia, ecología, descentralización del Estado.</p> <p>Efectiva redistribución del poder a través del cambio constitucional.</p> <p>Erradicación definitiva de los obstáculos y enclaves autoritarios preexistentes.</p> <p>El proceso constituyente chileno se erige en un magnífico ejemplo de eficiencia constitucional, con positivas repercusiones</p>	<p>Crecientes demostraciones de cansancio e insatisfacción de la opinión pública chilena, después de tres plebiscitos constitucionales, además de las elecciones generales de 2021.</p> <p>Cierto escepticismo y desconfianza con relación al mecanismo de la Convención constitucional, principalmente en virtud de las conductas personales de algunos de sus miembros.</p>	<p>El esfuerzo por impulsar la creación de una Convención puede dilapidar el capital político de buena parte del oficialismo y sus simpatizantes, tanto en el Parlamento, como en la sociedad.</p> <p>Surgimiento de un sistema plebiscitario que bloquea la gobernabilidad política del país.</p>



		<p>locales, nacionales e internacionales.</p> <p>Apertura de una nueva fase en el Constitucionalismo latinoamericano.</p>		
Comisión de expertos	<p>Permitiría un mayor dinamismo.</p> <p>Garantiza un trabajo técnico de mayor calidad, eficiencia y consistencia.</p> <p>Recomposición de las expectativas, esperanzas y emociones.</p> <p>Liderazgo de fuerzas políticas de orientación tecnocrática y reformista.</p>	<p>El proceso constituyente podría ser concluido en un plazo previsible (un año).</p> <p>Reducción de la polarización social y política con relación al tema constitucional, particularmente en el campo de la disputa político-ideológica.</p> <p>Reafirmación del modelo de Estado unitario.</p>	<p>Se perdería una parte significativa de la participación política en el debate constitucional.</p> <p>Incertidumbre en lo concerniente a las características de los miembros de dicha comisión de expertos.</p>	<p>Riesgo de manutención de cierta rigidez institucional.</p> <p>Limitaciones en lo relacionado al control ciudadano, inclusión política y a una posible “desmovilización” de las fuerzas sociales progresistas.</p>
Reforma parcial de la Constitución de 1980	<p>Continuidad inercial del orden constitucional heredado, con pocas modificaciones sustantivas.</p> <p>Liderazgo de fuerzas políticas de orientación liberal (empresariado).</p>	<p>Modernización conservadora de las relaciones entre Estado y sociedad.</p> <p>Continuidad de reformas políticas puntuales, graduales y controladas.</p> <p>Cierta renovación en el sistema de partidos (democracia interna en los partidos, canales de transmisión de demandas, nueva generación de líderes).</p>	<p>Esa decisión ignora la aspiración mayoritaria de cambio constitucional.</p> <p>Pocos adeptos a esta alternativa dentro del sistema político.</p>	<p>Persistencia de la insatisfacción popular.</p> <p>Riesgo de creciente erosión de la democracia, especialmente en sus dimensiones procesuales, de contenido y de resultados.</p>



		Reafirmación del modelo de Estado unitario.		
Manutención de la Constitución vigente	<p>Afirmación de un orden constitucional convergente con los intereses de la clase dominante.</p> <p>Interrupción del esfuerzo de transformación constitucional pacífico.</p> <p>Reafirmación del sistema político-electoral (binominal).</p> <p>Liderazgo de fuerzas políticas de orientación conservadora.</p>	<p>Desdénamiento de reivindicaciones sectoriales, especialmente en lo correlacionado a la paridad de género, multiculturalismo o semejantes (desigualdad estructural).</p> <p>Desactivación de debates substantivos en el espacio público (sistema de pensiones, inclusión política, prestación de cuentas, control ciudadano).</p> <p>Postergación del proceso de toma de decisiones constitucionales de forma indefinida.</p> <p>Apertura de un intervalo de tiempo favorable para la recomposición de las fuerzas conservadoras y liberales (derecha).</p> <p>Reafirmación del modelo de Estado unitario.</p>	<p>Fuera de la extrema-derecha, esta alternativa cuenta con poquísimos apoyos en el sistema político.</p> <p>Oposición del poder Ejecutivo encabezado por el presidente Gabriel Boric a la manutención de la Constitución vigente.</p> <p>La continuidad del orden constitucional vigente se contrapone a la voluntad y soberanía popular de la mayoría de la ciudadanía del país, incluso después de los resultados del plebiscito de septiembre de 2022.</p> <p>Mínima desconcentración del poder político en favor de la sociedad civil.</p>	<p>Deterioro de la calidad de la democracia chilena.</p> <p>Altos y crecientes conflictos políticos (polarización extrema).</p> <p>Encapsulamiento de la extrema-derecha.</p> <p>Politización de la desigualdad socioeconómica.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Se sabe que los escenarios prospectivos son futuros posibles. Aunque fundamentados en tendencias relativamente consistentes, no existe certeza sobre su confirmación en un plazo relativamente breve. Recuérdese que el efectivo devenir de los acontecimientos correlacionados



al problema-objeto de este ensayo de interpretación depende de las acciones – y omisiones – de una enorme cantidad de actores político-sociales individuales, colectivos, institucionales y hasta externos (Montes, 2022).

Para los fines del presente texto basta agregar que, en la opinión de los autores del ensayo, actualmente el escenario que aparenta ser más plausible, realista y operativo para el posterior desarrollo del proceso constituyente chileno se aproxima de la denominada comisión de expertos. En efecto, después de haber analizado sus fortalezas y debilidades, queremos creer que la nominación de una comisión de expertos integrada por un selecto conjunto de especialistas con alto reconocimiento en el campo del derecho público/constitucional, prestigio, autoridad, reputación y representatividad democrática, y que además fuese acompañada por un comité especial mixto del Congreso y de la sociedad civil, podría presentar un borrador o propuesta constitucional en un plazo relativamente breve. Quiere decir, un colegiado de alto nivel incumbido de redactar un borrador o propuesta constitucional que, fundamentado en un profundo conocimiento de la realidad nacional y de las aspiraciones societales del país – incluyendo muchos de los principios y valores reivindicados en el último trienio⁷⁰ –, pudiese presentar una propuesta de cambio constitucional eficiente, aceptable, trascendente y técnicamente consistente.⁷¹

En suma, es evidente que lo hecho hasta ahora en el marco del proceso constituyente chileno es valioso, significativo y hasta paradigmático. Al mismo tiempo, no cabe duda de que la mayoría de las fuerzas político-sociales del país, adscritas a las más diferentes posiciones partidarias, con la posible excepción de la extrema-derecha (Schüller, 2022), están conscientes de la – imperiosa – necesidad de dar una respuesta apropiada a las reivindicaciones por un nuevo pacto constitucional. Dicho proceso de distribución del poder por la vía del cambio constitucional deberá, evidentemente, estar acorde a las aspiraciones y necesidades del conjunto de la ciudadanía chilena. Igualmente, tal proyecto tendría que promover una revalorización de

⁷⁰ Entre tales principios y valores reivindicados en el último trienio se destacan la formación de un Estado social, el criterio de la paridad de género, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, la descentralización, el equilibrio entre la libertad económica y los derechos laborales, el desarrollo sustentable, un presidencialismo atenuado (semipresidencialismo), la promoción de los derechos humanos (incluyendo la soberanía alimentaria), y una inserción internacional soberana (Ulloa, 2022). Estas ponderaciones también son subrayadas por los informantes clave que participaron en una mesa redonda organizada por los autores del presente ensayo (Cárdenas *et al*, 2022).

⁷¹ Otra alternativa plausible y pragmática podría ser un comité conjunto integrado por miembros de la Cámara de Diputados y del Senado – con apoyo del poder Ejecutivo, del poder Judicial y de la sociedad civil – que asuma institucionalmente la tarea de redactar un borrador de propuesta constitucional. Eventualmente, dicha propuesta tendría que ser sometida a un nuevo plebiscito constitucional de salida.



la legitimidad del Estado, del régimen, del gobierno y del sistema democrático-representativo y republicano. Por último, pero no menos importante, se entiende que sería deseable concluir los trabajos de este proceso constituyente, como mucho, en el segundo semestre de 2023, mediante un nuevo plebiscito constitucional de salida; todo ello contribuiría a la gobernabilidad democrática y en la gestión del presidente Gabriel Boric (Luna, 2022; BBC, 2022).⁷²

CONSIDERACIONES FINALES

La sociedad y el Estado de Chile están en medio de un proceso constituyente complejo, trascendente y significativo para la historia política y jurídica del país (Nogueira, 2020). Llevando en consideración la pregunta orientadora presentada en la Introducción de este ensayo, no cabe duda de que el proceso constituyente chileno se erige en un desafío académico y societal, incluso porque el mismo se encuentra en desarrollo. Su destino final, en consecuencia, está en abierto. Sea como fuere, parece evidente que, lo observado desde 2019, bien como los escenarios prospectivos para el futuro inmediato, es altamente relevante, tanto en términos nacionales y locales, como desde el punto de vista latinoamericano y global – principalmente del Sur Global (Welp; Soto, 2020).

Desde el punto de vista del nuevo Constitucionalismo latinoamericano, el proceso chileno, entendido como problema-objeto, permite inferir afinidades electivas, particularidades e incluso contradicciones con los patrones observados en otros países del continente (Gargarella, 2013). Entre las afinidades electivas, se destaca el origen convergente de las demandas, la lucha social y el esfuerzo por obtener una redistribución del poder por la vía del cambio constitucional. Criterios, principios y valores comunes también pueden ser identificados entre lo observado en el proceso constituyente chileno y otros casos recientes en la región, especialmente en lo concerniente a la aspiración de formación de un Estado socialy democrático de Derecho – en contraste con la Carta Magna de 1980, heredada del período

⁷² Al momento de cerrar este trabajo, se ha dado a conocer el resultado de una encuesta de opinión relacionada al escenario post plebiscito. Según dicha encuesta de opinión, el 40% de las personas cree que proceso constituyente debe continuar a la brevedad, mientras que un 35% estima que se debe mantener la actual Carta Magna, a la que habría que realizarle reformas. La misma fuente sugiere que el 37% de la muestra se inclina por un comité o comisión de expertos, y un 22% que cree que debe elegirse una nueva convención. Asimismo, el 43% estima que con el Rechazo aumentó la incertidumbre en el país. Obsérvese que 48% considera que Chile Vamos – coalición de partidos de centroderecha – no cumplirá con compromisos asumidos para impulsar una nueva Constitución en caso de que ganara el Rechazo. Con respecto a la posibilidad de nuevos comicios, el 70% asegura no estar cansado de los procesos electorales. Además, un 54% dice que, de existir una nueva convención, no se debe contar con escaños reservados de ninguna naturaleza, solamente un 24% de la muestra cree que deben reservarse cupos para pueblos indígenas (#TuInfluyes, 2022).



autoritario y fundamentada en el principio de la subsidiaridad y del pensamiento neoliberal (Nogueira, 2020).

Algo semejante se puede ponderar en lo relacionado a la importante participación política de la ciudadanía en el contexto del proceso constituyente. En efecto, desde octubre de 2019, fueron realizados tres plebiscitos constitucionales sucesivos, además de un proceso electoral general de naturaleza regular. Incuestionablemente, la persistente e intensa participación política de los ciudadanos es otra característica virtuosa de lo observado en el caso chileno. Falta verificar hasta qué punto la futura Constitución del país logrará ampliar la calidad de la democracia, bien como innovar, mantener un mínimo de eficiencia y contribuir a una equitativa redistribución del poder. He aquí algunas contribuciones adicionales del proceso constituyente chileno al nuevo Constitucionalismo latinoamericano (Lovera Pardo, 2022).

Consecuentemente, es posible corroborar continuidades, cambios y rupturas en los debates chilenos realizados hasta el momento, principalmente durante la vigencia de la Convención constitucional (Figueroa Rubio; Jordán Díaz, 2020). Obsérvese que, mismo habiendo sido rechazada en el plebiscito de septiembre de 2022, la propuesta de Constitución política presentada fue un documento muy significativo. Asimismo, es más que probable que muchos de sus criterios serán retomados – de forma explícita o implícita – en etapas subsecuentes del proceso constituyente. Tal es el caso de la aspiración a un Estado social, a la Libertad republicana, a la igualdad efectiva (género, etnia, ciclo de vida, minorías), al desarrollo sustentable, la rendición de cuentas (descentralización), la participación política (ciudadanía), desarrollo económico (equilibrio entre propiedad privada y derechos laborales), y la representación democrática (presidencialismo atenuado).

En otras palabras, se trata de una renovación e innovación en valores constitucionales cruciales, principalmente aquellos que dan efectividad y materialidad al republicanismo, en su más amplia definición. Estamos refiriéndonos al origen popular del poder político, a las nociones de bien común e interés público, a la legalidad republicana y al control de las autoridades, a la activa participación de los ciudadanos en el espacio público (democracia deliberativa), a la defensa de la Libertad – entendida como no dominación, no dependencia – y, por último, pero no menos importante, a las virtudes cívicas (fraternidad). He aquí afinidades electivas notables con el referido Constitucionalismo latinoamericano vigente en muchos países del continente, principalmente desde las transiciones y consolidaciones democráticas de las décadas de 1980 y 1990 (Negretto, 2018).



Habiendo dicho lo anterior, se entiende que existiría suficiente evidencia como para subrayar la enorme relevancia del proceso constituyente chileno para los propios nacionales, bien como para otros actores con vínculos e intereses con aquel país. Recuérdese que la culminación de este debate constitucional resultará en la aprobación de una Carta Magna que, sin duda, permitirá superar definitivamente los enclaves y obstáculos del período autoritario, y reabrir las grandes alamedas por las que nuevas generaciones de chilenos podrán avanzar en la construcción del futuro (Lassalle, 2021 [1862]).

REFERENCIAS

#CONSTITUCIONALISTA. **Constitución de 1980 y Propuesta de nueva Constitución: seis contrapuntos.** *Ciper*. Santiago de Chile, 26 de Agosto, 2022. Disponible en <https://www.ciperchile.cl/author/constitucionalista/>. Consulta el 15 Septiembre 2022.

#TUINFLUYES. **Data Influye Agosto/Septiembre 2022.** *Post Plebiscito, Futuro Constitucional, Gobierno, Economía y Tendencias. Estudio Cuantitativo.* Santiago de Chile, 18 de Septiembre. Disponible en <https://www.tuinfluyes.com/data-influye/>. Consulta: 18 Septiembre, 2022.

ABEDRAPO, Jaime. **¿Quién ganó el plebiscito en Chile?** *Latinoamérica21*. Madrid, 7 de Septiembre. Disponible en <https://latinoamerica21.com/es/quien-gano-el-plebiscito-en-chile/>. Consulta: 15 Septiembre, 2022.

BBC (2022). “Carolina Tohá: **¿Quién es la Experimentada Política que Boric eligió para encabezar su gabinete tras el rechazo a la nueva Constitución?**” *BBC News Mundo*. Londres, 6 De Septiembre. Disponible En <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-62814567>. Consulta: 15 Septiembre, 2022.

BEJARANO, Ana María; Segura, Renata. **Asambleas constituyentes y democracia: Una lectura crítica del Nuevo Constitucionalismo en la región andina,** *Colombia Internacional*, 79: 19-48, 2013.

CÁRDENAS, Hugo *et al.*. **Chile: O processo constituinte em perspectiva.** *#criticarepublicana/Resistência Contemporânea*. Palmas, 15 de Septiembre. Video de YouTube. Duración: 1 hora, 34 minutos. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=KyxtGXV5G68&list=PL9rxqEgBSqE1JwdZvqWSaiV7pRanVbxbw&index=2>. Consulta: 18 Septiembre, 2022.

CASTIGLIONI, Rossana. **Plebiscito constitucional chileno: hacia un nuevo consenso.** *Latinoamérica21*. Madrid, 6 de Septiembre. Disponible en <https://latinoamerica21.com/es/plebiscito-constitucional-chileno-hacia-un-nuevo-consenso/>. Consulta: 15 Septiembre, 2022.

CHILE. **Propuesta Constitución Política de la República de Chile.** Santiago de Chile: Convención Constitucional, 2022. Disponible en <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/08/Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf>. Consulta: 15 Septiembre, 2022.

COUSO, Javier. Chile’s ‘Procedurally Regulated’ Constitution-Making Process. *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021, 13: 235-251.



CUEVAS OSSANDÓN, Rodrigo. **Chile: el día después de mañana**. *Latinoamérica 21*. Madrid, 12 de Septiembre. Disponible en <https://latinoamerica21.com/es/chile-el-dia-despues-de-manana/>. Consulta: 15 Septiembre, 2022.

DE LA FUENTE, Gloria; KNEUER, Marianne; Morlino, Leonardo. **Calidad de la democracia en América Latina. Una nueva mirada**. Santiago: FCE, 2020.

DE LA FUENTE, Gloria; FERNÁNDEZ, María de los Ángeles. **Democracia en Chile: una calidad con grietas**. En Leonardo Morlino, Simón Pachano y Jesús Tovar (eds.). *Calidad de la democracia en América Latina*. Curitiba: CRV, 2017, p. 115-156.

DELAMAZA, Gonzalo; HEISS, Claudia; WELP, Yanina. **¿Para qué sirve una Constitución Política en América Latina?** *Polis*, 20, 2021 (58): 2-21.

DIXON, Rosalind; VERDUGO, Sergio. Social Rights and Constitutional Reform in Chile: Towards Hybrid Legislative and Judicial Enforcement. *Estudios Públicos*, 2021, 162: 31-73.

FIGUEROA RUBIO, Pamela; JORDÁN DÍAZ, Tomás. **Convergencia Deliberativa: La participación ciudadana en el cambio constitucional, Chile 2016**. *Polis*, 2021(58): 78-103.

FIGUEROA RUBIO, Pamela; JORDÁN DÍAZ, Tomás. **El camino hacia una nueva Constitución para Chile**. *Mensaje*, 69 (692): 2020, p.48-56.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho como una conversación entre iguales**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2021.

GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810–2010: The Engine Room of the Constitution**. New York: Oxford University Press, 2013.

GAY, Alette; SÁNCHEZ, Christian; SCHILDBERG, Cäcilie. La hora de la verdad de la nueva Constitución chilena. Opinión. **Nueva Sociedad**, Buenos Aires, 2022. Disponible en: <https://nuso.org/articulo/el-difícil-camino-hacia-la-constitucion-chilen/>. Consulta el 15 Septiembre 2022.

GODET, Michel. **De la anticipación a la acción**. Bogotá: Alfaomega, 1996.

GÓNGORA MERA, Manuel. Propuestas para una jurisdicción constitucional transformadora en Chile a la luz de experiencias de justicia constitucional en América Latina. *Estudios constitucionales*, 20, 2022 (especial): 319-349.

HEISS, Claudia. *What Can a Constitution Do? Seeking to Deepen Democracy through Constitution-Making in Latin America*. **LASA Forum**, 53 (3): 2022a, p. 10-15.

HEISS, Claudia. Chile: los desafíos de un histórico proceso político en tiempos de pandemia. En Cintia Pinillos *et al.* (compiladores), **La democracia a prueba. Los años que votamos en pandemia en las Américas**. Rosario: Universidad Nacional de Rosario, 2022b, p. 157-180.

LASSALLE, Ferdinand [1862]. **Sobre la esencia de la Constitución**. Valencia: Pireo, 2021.

LISSARDY, Gerardo. Cómo impacta a Boric el rechazo a la nueva Constitución en Chile (y por qué además de un revés puede ser una oportunidad). **BBC News Mundo**. Londres, 5 de Septiembre, 2022. Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-62792215>. Consulta: 15 Septiembre, 2022.

LOVERA PARMO, Domingo. Chile. En Conrado Hübner Mendes, Roberto Gargarella y Sebastián Guidi (orgs.). **The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2022, p. 79-110.



LOVERA PARMO, Domingo. (2021). “Protestas, pandemia y salud: manera, tiempo y lugar”. *Revista de derecho*, 34 (2): 137-157.

LUNA, Juan Pablo. Una promesa llamada Gabriel Boric. *Nueva Sociedad*, 2022, 299: 44-56.

MARTÍNEZ DALMAU, Ruben. Chile: Apuntes de urgencia sobre el referéndum constitucional. *Latinoamérica21*. Madrid, 5 de Septiembre, 2022. Disponible en <https://latinoamerica21.com/es/chile-apuntes-de-urgencia-sobre-el-referendum-constitucional/>. Consulta: 15 Septiembre, 2022.

MASSAI, Nicolás; MIRANDA, Benjamín (2021). La mitad de la convención: 77 constituyentes electos provienen de listas que impulsan cambios radicales al sistema. *CIPER Chile*. Santiago de Chile, 18 de Mayo, 2021. Disponible en <https://www.ciperchile.cl/2021/05/17/la-mitad-de-la-convencion-77-constituyentes-electos-proviene-de-listas-que-impulsan-cambios-radicales-al-sistema/>. Consulta: 15 Septiembre, 2022.

MONTES, Rocío. Comienzan las negociaciones en el Congreso por la nueva Constitución en Chile. *El País*. Madrid, 7 de Septiembre, 2022. Disponible en <https://elpais.com/chile/2022-09-08/inician-las-negociaciones-en-el-congreso-por-la-nueva-constitucion-en-chile.html>. Consulta el 15 Septiembre 2022.

MURILLO, María Victoria; Levitsky, Steven; Brinks, Daniel M. *La ley y la trampa en América Latina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2021.

NEGRETTO, Gabriel. Deepening Democracy? Promises and challenges of Chile’s Road to a New Constitution. *Hague Journal on the Rule of Law*, 13: 2021, p. 335-358.

NEGRETTO, Gabriel. *Constitution-Building Processes in Latin America*. International IDEA Discussion Paper 3/2018. Estocolmo: Idea, 2018.

NEGRETTO, Gabriel. “Replacing and amending constitutions: The logic of constitutional change in Latin America”. *Law and Society Review*, 46 (4): 2012, p. 749-779.

NOGUEIRA, Humberto. El camino hacia una nueva Constitución. *Teoría y Realidad Constitucional*, 46: 2020, p. 433-456.

NOLTE, Detlef; SCHILLING-VACAFLOR, Almut. *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*. Londres: Routledge, 2016.

OLMO, Guillermo D. El ‘rechazo’ gana en Chile: 4 posibles escenarios que se abren ahora para modificar o sustituir la Constitución de 1980. *BBC Mundo*. Londres, 5 de Septiembre, 2022. Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-62791119>. Consulta el 15 Septiembre 2022.

PAIRICAN, Fernando. Los horizontes autonomistas del movimiento mapuche. *Nueva Sociedad*, 295: 2022, p. 136-148.

RUBIO-MARÍN, Ruth. Women and Participatory Constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, 18 (1): 2020, p. 233-259.

RUIZ, Carlos; CAVIEDES, Sebastián. *El poder constituyente de la revuelta chilena*. Buenos Aires: Clacso, 2022.

SCHÜLLER, Patricia. Proceso constituyente: Chile Vamos descarta acuerdo. *La Nación*. Santiago de Chile, 13 de Septiembre, 2022. Disponible en <https://www.lanacion.cl/proceso-constituyente-chile-vamos-descarta-acuerdo/>. Consulta: 15 Septiembre, 2022.



SCHWARTZ, Peter. *The Art Of The Long View: Planning For The Future In An Uncertain World*. Nueva York: Currency, 2012.

TITELMAN, Noam. Chile: la batalla por la nueva Constitución. Opinión”. *Nueva Sociedad*, Buenos Aires, 2022. Disponible en: <https://nuso.org/articulo/una-nueva-constitucion-para-un-nuevo-chile/>. Consulta: 15 Septiembre, 2022.

TOBAR, Nicolás . ¿Quién ganó con el Rechazo? *Ciper*. Santiago de Chile, 6 Septiembre, 2022. Disponible en <https://www.ciperchile.cl/2022/09/06/quien-gano-con-el-rechazo/>. Consulta: 15 Septiembre, 2022.

ULLOA, Cristopher. Comienzan las negociaciones por un nuevo proceso constituyente en Chile. *CNN en español*. Atlanta, 7 de Septiembre, 2022. Disponible en <https://cnnespanol.cnn.com/2022/09/07/negociaciones-proceso-constituyente-chile-orix/>. Consulta: 15 Septiembre, 2022.

URREJOLA, José. Chile: cómo evalúan la nueva propuesta constitucional los expertos extranjeros. *Deutsche Welle*. Berlin, 30 de Agosto. 2022. <https://www.dw.com/es/chile-c%C3%B3mo-eval%C3%BAan-la-nueva-propuesta-constitucional-los-expertos-extranjeros/a-62960063>. Consulta: 15 Septiembre, 2022.

VALENZUELA, Matías. La esperanza constituyente de ‘los que sobran’: vivir y no sobrevivir. *Ciper*. Santiago de Chile, 13 de Septiembre, 2022. Disponible en <https://www.ciperchile.cl/2022/09/13/la-esperanza-constituyente-de-los-que-sobran-vivir-y-no-sobrevivir/>. Consulta: 15 Septiembre, 2022.

WELP, Yanina; SOTO, Francisco. *Beyond Fashion and Smokescreens: Citizens’ Deliberation of Constitutional Amendments*. ConstDelibWorkingPaper Series, 7, Lovaina: Universidad Católica de Lovaina, 2020.



CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO ESTADO PLURINACIONAL BOLIVIANO: ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO DECOLONIAL DE CULTURA

Henry Durante Machado (PROLAM-USP)*

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa analisar o papel do novo constitucionalismo latino-americano na ampliação do conceito de cultura, procurando identificar a partir do reconhecimento da natureza como sujeito coletivo de interesse público - como aprovado na Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia promulgada no ano de 2009 e nas leis N° 071 (Ley de Derechos de La Madre Tierra) e N° 300 (Marco de La Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Buen)- e da relação entre natureza e cultura.

Em comparação com a forma como se configura a relação entre os direitos culturais e os direitos ambientais no Brasil, as inovações introduzidas na constituição do Estado Plurinacional boliviano nos parecem propiciar uma radicalização da democracia participativa e da cidadania, já que, no Brasil, embora incorporados à Constituição Federal de 1988, em seus artigos 215, 216 e 216-A. os quais tratam dos direitos culturais, assim como na concepção do Plano Nacional de Cultura (Lei nº12.343/2010) e em outros instrumentos normativos em âmbito internacional – declarações, recomendações e convenções, etc. –, podemos afirmar que, comparados aos direitos sociais e econômicos, os direitos culturais, sobretudo o direito à identidade, o direito à diversidade cultural e o direito à participação na vida cultural são notadamente menos reconhecidos e apropriados pelo conjunto da sociedade.

Podemos, assim, objetivamente afirmar que, no ordenamento jurídico brasileiro, existe uma fraca relação entre os direitos culturais e os direitos ambientais, fato que não contribui para a construção de marcos legais que tratem da intersectorialidade entre a cultura e a natureza, diferentemente do que vem ocorrendo em determinados países do continente, em especial a Bolívia, sem esquecer dos avanços da constituição equatoriana neste tema.

* Professor de Pós-Graduação da Faculdade Santa Marcelina. Doutor em Integração da América Latina pelo Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (PROLAM-USP). Mestre em Mudança Social e Participação Política pela Escola de Artes, Ciência e Humanidades da Universidade de São Paulo (EACH-USP). Pesquisador de culturas populares de tradição oral, coordenador do Projeto Acervo das Tradições.



Estes países passaram a reconhecer a natureza como portadora de direitos, quer seja em termos constitucionais, quer seja em leis específicas, configurando-se assim uma estratégia político-simbólica-discursiva que problematiza as questões da identidade e da diferença por meio da valorização dos saberes e da ancestralidade dos povos originários.

Como claramente exposto no texto constitucional boliviano, esta estratégia se dá, efetivamente, em resposta ao processo civilizatório imposto ao continente pela modernidade colonial e a narrativa que a coloca como ponto de chegada do desenvolvimento. A expressão econômica desse processo civilizatório, o capitalismo e suas formas sociais, busca invisibilizar, identificar negativamente e impor ao continente, periférico nesse fenômeno também denominado sistema-mundo moderno colonial (COX⁷³; WALLERSTEIN) a superexploração da força de trabalho (MARINI, 1973⁷⁴) e dos recursos naturais.

A plurinacionalidade, desse modo, configura-se como uma forte reação surgida no continente, a qual, no plano da identidade e da diferença, contribui para amalgamar o fenômeno que chamamos neste trabalho de conceito decolonial de cultura.

Esta ampliação no conceito de cultura vem sendo plasmada, em suma, a partir das inter-relacionalidades dos diversos movimentos decoloniais reunidos em torno da crítica ao racismo, sexismo, preconceitos de origem, de classe, em suma, que conformam o processo civilizatório imposto pelo capitalismo, a dimensão econômica e filosófica da modernidade colonial eurocêntrica.

Observa-se assim, no seio da ancestralidade andina e latino-americana, a emergência de um conceito de cultura que se opõe ao fenômeno ocorrido por meio de um extremo processo de racionalização e instrumentalização que culminou por transformar a cultura, ao longo da modernidade, em técnica a serviço do modelo de desenvolvimento baseado na superexploração dos recursos naturais e do trabalho.

⁷³CfMONTAÑEZ PICO, D. *La teoria del sistema-mundo es negra y caribenha: capitalismo y racismo em el pensamiento crítico de Oliver Cox*. In.: **Tabula Rasa**, v.28, 2018, p.139-161 <Disponível em: <https://doi.org/10.25058/20112742.n28.7>>. Acessado em 17/04/2021

⁷⁴MARINI, R. M. *Dialética da Dependência*. <Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/marini/1973/mes/dialetica.htm>>. Acessado em 4/12/2017



1) CULTURA, EXTRATIVISMO E DIREITOS DA NATUREZA NA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO ESTADO PLURINACIONAL BOLIVIANO

Coronil, ao focar a relação constitutiva entre o capitalismo e o colonialismo – assim como ao propor a aplicação da “fórmula trinária” sugerida por Marx, ou seja, a relação entre capital/lucro, trabalho/salário e terra/renda da terra -, nos alerta sobre a importância do papel da natureza no capitalismo e sua presença nas narrativas dominantes da modernidade e este seria justamente, como “intercâmbio transformativo entre os seres humanos e o mundo natural”, o papel de “força geradora de riqueza e de modernidade⁷⁵”.

Em vez de restringir esses agentes a senhores feudais em vias de desaparecer, ou a latifundiários em decadência (a ênfase em *O Capital*), estes podem ser ampliados para abarcar as populações e instituições que dependem da mercantilização do que chamei de bens intensivos de natureza”, incluindo os Estados que possuem recursos naturais ou que regulamentam sua comercialização. Esta visão mais ampla dificultaria reduzir o desenvolvimento do capitalismo a uma dialética binária entre o capital e o trabalho que se realiza nos centros metropolitanos e que se estende à atrasada periferia. Reconhecer que a “fórmula trinária” implica não uma dialética binária entre o trabalho e o capital e sim uma dialética tripla entre o *trabalho*, o *capital*, e a *terra*, situa o desenvolvimento do capitalismo dentro de condições evidentemente globais desde o início. Da mesma maneira, torna mais visível uma gama mais ampla de relações econômicas e políticas e ajuda, além do mais, a conceitualizar a divisão internacional do trabalho como uma divisão simultânea da natureza (CORONIL, 2005, p. 57).

Não à toa, dentre os impactos econômicos causados pelo neoliberalismo na América Latina no final do século XX, por imposição das medidas do Consenso de Washington, estão a exploração e privatização dos recursos naturais ou *commodities*, como no caso da água, na Bolívia.

O quadro econômico da região, no período chamado de a “década perdida” para o desenvolvimento, combinava dívida externa elevada, fuga de capitais tanto estrangeiros como nacionais, estagnação econômica, incontrolável processo inflacionário, vindo a impossibilitar a importação e, por isso, configurando uma crise que veio a prejudicar os interesses econômicos dos Estados Unidos, os quais, a partir do *Institute for International Economics* elabora uma agenda de 10 pontos consensuais entre o Congresso americano, a Administração, tecnocratas

⁷⁵CORONIL, Fernando. *Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo*. In: LANDER, E. (Org). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. ColecciónSurSur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005, p.57



de instituições financeiras, agências econômicas do Governo, *Federal Reserve Board* e *think thanks* denominada “Consenso de Washington” a ser aplicada no continente (BANDEIRA, 2002).

Na Bolívia, as medidas do Consenso de Washington resultaram no empobrecimento acentuado sobretudo da população camponesa, reduzindo à extrema pobreza cerca de 80% da população rural e justamente as questões agrárias tornaram-se graves fatores de tensão social, já que, a forte presença de empresas estrangeiras no território veio a desestabilizar a reforma agrária da década de 1950. Ainda, de acordo com Bandeira (2002)

O aumento das tarifas de água na cidade de Cochabamba, em consequência de contrato com uma empresa estrangeira, desencadeou em 7 e 8 de abril de 2000 um levante popular, que se estendeu aos cocaleros (produtores de coca), na região de Chapare, e a outros camponeses e trabalhadores em diferentes cidades.

As tensões [...] voltaram a agravar-se meses depois, quando se anunciou a construção de três bases militares na região de Chapare, com o suporte dos Estados Unidos no marco da luta antidrogas, e outras manifestações de protesto eclodiram, acarretando o bloqueio das estradas e violentos choques entre tropas do exército e camponeses, que se opunham à erradicação dos cultivos de coca e à Ley de Aguas por impedir o funcionamento das redes a seu cargo (BANDEIRA, 2002, p. 140).

Em oposição a esse processo, inicia-se na região o reconhecimento jurídico de conceitos filosóficos provenientes sobretudo de visões de mundo ancestrais dos povos andinos - os quais já podem ser identificados na obra *Primer Nueva Corónica y Buen Gobierno*, alegadamente concluída no ano de 1615, do cronista colonial peruano Felipe Guamán Poma de Ayala - e projetos políticos-civilizacionais que buscam construir uma narrativa oposta aos paradigmas que fundamentam o projeto civilizacional da modernidade eurocêntrica colonialista e capitalista, com destaque para a constituição do *Sumak Kawsay/Buen Vivir*, no Equador, e do *Suma Qamaña/Vivir Bien*, na Bolívia, desenvolvidos a partir de milenares experiências ancestrais indígenas.

De acordo com Cortez (2011), tais narrativas foram ganhando forma enquanto ferramentas mobilizadoras a partir deste período, sendo amplamente assimiladas socialmente pelos movimentos sociais indígenas “no contexto de intensificação dos problemas sociais resultantes da implantação das políticas econômicas de ajuste estrutural realizadas no marco do neoliberalismo e da globalização hegemônica” e que, com a chegada ao poder de Evo Morales e Rafael Correa, eleitos respectivamente em 2005 e 2006 a partir de alianças estratégicas com estes movimentos, consagram-se como “princípios norteadores das novas ações



governamentais e do novo projeto de estado [sic], assumindo-os em discursos e documentos oficiais e consagrando-os nas novas constituições (Equador: 2008); (Bolívia: 2009)”, a partir das quais se pretende refundar o Estado nos moldes plurinacionais. (HUERTAS FUSCALDO e URQUIDI, 2015, p.1-2).

2) ESTADO PLURINACIONAL BOLIVIANO E SUMA QAMAÑA

Na Bolívia, até a década de 1950, havia uma intensa concentração de renda e poder nas mãos de apenas três patriarcas de famílias detentoras das minas de estanho e outros minérios: Simón Patiño, Carlos Víctor Aramayo e Maurício Hotschild, período da chamada “oligarquia do estanho”, marcado por uma espécie de economia pré-capitalista e semifeudal na qual ainda existiam escravos indígenas (*pongos*) e uma intensa segregação entre as elites brancas latifundiárias e os indígenas e mestiços⁷⁶.

Nas eleições de 1951, o líder do Movimento Nacionalista Revolucionário (MNR), Victor Paz Estensoro, obteve a maioria dos votos para a presidência. O partido, apesar de defender uma ideologia que transitava entre a ideologia burguesa e a extrema-direita, possuía uma base trabalhadora, possibilitando ser identificado como de diretrizes “socialistas”⁷⁷. Entretanto, de modo a impedir sua posse, o então presidente Mamerto Urriolagoitia renuncia à presidência e entrega o poder político aos militares, fazendo com que, em nove de abril de 1952, irrompesse uma revolução na qual trabalhadores em diversas partes do país, armados, marcharam para a capital La Paz e derrotaram o exército.

A Revolução de 1952 romperia com a oligarquia que controlava o poder e impõe o Movimento Nacionalista Revolucionário como novo ator no cenário político boliviano. Uma nova constituição é promulgada.

Há críticas, entretanto, ao papel exercido pelo Movimento Nacionalista Revolucionário ao chegar ao poder. Ao romper com a antiga oligarquia do estanho, o MNR acabaria por criar uma nova oligarquia, a estatal.

⁷⁶FARIA, V. C. N. de e OBREGÓN, M. F. Q. *O neoconstitucionalismo latino-americano e os novos caminhos para a democracia participativa: estudo dos modelos brasileiros e bolivianos*. In: **Derecho y Cambio Social**, 2017. <Disponível em: www.derechoycambiosocial.com>. Acessado em 26/03/2022

⁷⁷*Idem, ibidem.*



De acordo com Faria e Obregón, entre 1952 e 1964, tempo em que esteve no poder, o MNR se apossa do governo boliviano e se impõe como partido único, manipulando o movimento sindical da Central Obreira Boliviana (COB) passando a propagar uma ideologia populista, o “nacionalismo revolucionário”⁷⁸. Porém, como único partido a dirigir os acontecimentos políticos nacionais, anseios populares teriam sido negligenciados, em particular os direitos das populações indígenas quanto à identidade e “direito de participação nos planos ou nos aspectos econômico, social e pedagógico”, reconhecidos anteriormente na constituição de 1938, em seus artigos 165, 166 e 167⁷⁹.

A partir dos anos 1980, as populações indígenas emergem como movimento social representativo, pleiteando, entre outras demandas, seu reconhecimento como sujeitos de direito. No ano de 1980, Evo Morales torna-se líder sindical dos *cocaleros*, culminando por ser eleito como primeiro presidente indígena da Bolívia, no ano de 2005, pelo MAS – Movimento ao Socialismo.

Com a chegada do MAS ao poder, uma nova Constituição Política do Estado é promulgada, instituindo o Estado plurinacional, promovendo assim, por meio de um chamado novo constitucionalismo latino-americano, uma importante mudança nos planos jurídico e político, legitimando-se formalmente a significativa presença indígena no país por meio do reconhecimento de diferentes maneiras de exercício da democracia participativa, impactando na ampliação das formas de participação popular no âmbito político, permitindo assim o reconhecimento no plano jurídico dos diversos elementos culturais e cosmovisões dos povos originários que constituem a nação boliviana.

Tais elementos estão presentes em diversos artigos da Constituição Política do Estado Plurinacional. Podemos aqui destacar o Artigo 8º:

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 (vivirbien), ñandereko (vida armoniosa), tekokavi (vida buena), ivimaraei (tierrasin mal) y qhapajñan (camino o vida noble).

II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad,

⁷⁸Idem, ibidem.

⁷⁹Idem, ibidem.



armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en laparticipación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

Como afirmam Faria e Obregón⁸⁰, “o Estado plurinacional é aquele que não só reconhece as várias identidades indígenas, mas fornece as ferramentas para que este reconhecimento tenha reflexos na sociedade, afirmando-se de forma política, jurídica e econômica”.

Nesse sentido, os avanços promovidos pela Constituição Política do Estado Plurinacional boliviano representam uma profunda radicalização da democracia, reconhecendo autonomias locais frente à crise da democracia liberal burguesa imposta ao continente e ao Ocidente, assim como frente aos próprios direitos fundamentais. Não obstante, as possibilidades de sua recepção no constitucionalismo internacional e mesmo na legislação brasileira geram controvérsias no pensamento jurídico hegemônico que vão desde a alegação de que o novo constitucionalismo latino-americano segue as mesmas concepções verticalistas e restritivas da democracia das constituições do Século XIX⁸¹ até a alegação de que certos direitos garantidos pela Constituição ferem os direitos humanos.

Ainda no plano das críticas à Constituição Política do Estado Plurinacional, alguns autores defendem que não se pode atribuir o título de neoconstitucionalismo apenas pelo mero reconhecimento de dias festivos indígenas como feriados e o reconhecimento de línguas de povos originários⁸², argumento até certo ponto aceitável, embora possa encobrir o racismo da parcela branca da população, majoritariamente presente no país, herdeira do colonialismo interno das elites *criollas* de faces voltadas ao Norte global.

Porém, no campo jurídico, as maiores objeções à aplicação das inovações trazidas pelo neoconstitucionalismo se referem ao reconhecimento da justiça comunitária, já que a Carta boliviana instaura um regime jurídico do qual uma parte é composta por direitos indígenas, os quais implicam na sujeição de todos os membros de uma mesma comunidade a uma jurisdição consuetudinária, costumeira, sob a autoridade de uma liderança que regula o atuar dessa mesma

⁸⁰Opus cit.

⁸¹ Cf. GARGARELLA, *apud* FARIA e OBREGÓN, *opus cit.*

⁸² GARGARELLA, *ibidem.*



comunidade e a possível imposição do conjunto de sanções que constituem esses sistemas tradicionais.

Outro argumento utilizado por cientistas políticos e juristas dentro e fora da Bolívia se refere a um suposto caráter “desagregador” do Estado plurinacional, o qual em tese “poderia contribuir para a fragmentação territorial e simbólica do país”⁸³. Tal corrente, entretanto, pode ser considerada reacionária, pois ignora tratar-se justamente de um grande pacto entre nações, as quais, embora com diferenças entre si e com relação ao governo central, estiveram historicamente sujeitas à invisibilidade resultante da “monoculturalidade do Estado-nação ocidental”.

Conforme Yamamoto (2016), ao declarar a superação de um “Estado colonial, republicano e neoliberal” em seu preâmbulo, a Constituição boliviana define justamente, no primeiro artigo, o novo Estado como “Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, livre, independente, descentralizado e com autonomias”.

O artigo seguinte dá ênfase à “existência pré-colonial das nações e povos indígena-originário-camponeses” e a “seu domínio ancestral sobre seus territórios” e garante o reconhecimento da sua “livre-determinação no marco da unidade do Estado, que consiste em seu direito à autonomia, ao autogoverno, à sua cultura, ao reconhecimento de suas instituições e à consolidação das suas entidades territoriais”.

O terceiro se refere ao povo e à nação boliviana, constituídos pela “totalidade de bolivianas e bolivianos, nações e povos indígena-originário-camponeses, e as comunidades interculturais e afrobolivianas”.

Os argumentos contrários também não reconhecem o histórico processo de luta política que acompanha a implementação das leis que compõem e regulam o Estado plurinacional e as tensões e embates entre os movimentos indígenas e o próprio governo do MAS desde que Evo Morales assume a presidência do país.

Podemos aqui dar destaque, no âmbito das normas consuetudinárias, ao processo de luta pelo exercício dos direitos coletivos como Nações Originárias pré-existentes ao Estado boliviano, o qual veio a resultar em constituições originárias com regulamentos próprios. Tomemos como exemplo a Constitución originária del Qullasuyu, a qual, para que pudesse ser aprovada em 21 de julho de 2017 se fez necessário um processo de participação política que se iniciou em 14 de setembro de 1993, com o processo de reconstituição do Qullasuyu, a partir de

⁸³ IAMAMOTO (2016).



convocatória do Comitê Impulsor de Los Ayllus de Bolivia (CIAB) para o Encontro de Autoridades Originarias, ocorrido no território de Jatun Ayllu Yura.

Em 22 de março de 1997, em Challapata, é criado o Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ), por autodeterminação e decisão das seguintes nações indígenas originárias: Jach'aKarangas, FASOR (Federación de Ayllus del Sur de Oruro), Jach'aSuyuPakajaqi, FACOPI (Federación de Ayllus y Comunidades Originarias de la Provincia Ingavi), FOMQAMP (Federación Originaria de Markas), FECOAMA Federación de Comunidades Originarias, CAUCOU, JatunAylluYura e FAO-NP (Federación de Ayllus Originarios del Norte de Potosí).

Durante a primeira década do milênio, o CONAMAQ, junto a outras organizações de nações e povos indígenas, empreendeu ações e mobilizações exigindo transformações do Estado, no sentido da superação de suas bases coloniais, republicanas e excludentes, processo que culminou na convocatória e nos trabalhos da Assembleia Constituinte, entre 2006 e 2009, em decorrência da luta pelo reconhecimento da ancestralidade indígena, do direito à livre determinação, autogoverno, consulta prévia e outros direitos coletivos.

A partir desse processo inicial de organização política, se iniciou um lento trabalho de reconstrução de um governo originário nos territórios ancestrais de Qullasuyu, até o ano de 2011, já no governo do MAS, portanto, quando se reconstituíram as nações Charkas, Soras, QharaQhara, Killakas, Yamparas, entre outras.

Desde 2010, entretanto, o CONAMAQ passa a exigir aos quatro Órgãos do Estado o pleno respeito aos direitos constitucionalizados, porém, na visão do movimento, as normas, regulamentos, planos, projetos e programas resultaram contrários a seus direitos. Dessa forma, se retoma a mobilização, a exemplo da 8ª Marcha em Defesa do TIPNIS, ocorrida em 2011.

Em 10 de dezembro de 2013, o CONAMAQ alega sofrer um ataque, além de perseguições, por parte do governo de Evo Morales, o qual, de acordo com a organização, busca frear a construção do Estado Plurinacional. De acordo ainda com o CONAMAQ, o governo de Evo Morales instaurou uma organização “ilegítima”, dirigida por Hilarión Mamani, “para apoyar las políticas y normas expoliadoras de los territorios ancestrales y vulneradoras de los derechos individuales y colectivos de las Naciones del Qullasuyu”.

A organização e mobilização política da entidade, segundo seu próprio relato, prossegue e, a partir de um novo mandato, as novas autoridades orgânicas redigem um novo documento, o “Estatuto Orgánico del CONAMAQ” e, a partir de então, se organiza uma comissão orientada por Suyus, pelo Consejo de Gobierno, ArquiriApuMallku e Cristobal Huanca para a redação



do documento denominado Jach'aKamachi – Jatun Kamachiq CONAMAQ - Constitución Originaria Del Qullasuyu.

Durante o período de junho de 2016 a junho de 2017, são realizadas jornadas de debate para construção do documento, a partir do princípio do exercício pleno da livre determinação, como fundamental direito coletivo reconhecido em convênios e tratados internacionais. Assim, surge a versão definitiva da Constituição Originária delQullasuyu, a qual possibilita formalmente o diálogo governo a governo e “de igual para igual” entre autoridades originárias com os servidores públicos do Estado boliviano, aprovada em 21 de julho de 2017.

O longo percurso percorrido entre a construção e a aprovação da norma consuetudinária em questão e os tensionamentos entre autoridades locais, representantes dos povos originários, e o Estado boliviano, demonstra, independente de possíveis diferenças entre frações do movimento pela plurinacionalidade, a convergência entre o governo central e os povos originários no sentido da legitimidade de seu direito a autodeterminação, apesar dos limites para a implantação do Estado Plurinacional sem a superação completa do sistema político e econômico que procura manter subalternizada a diferença cultural existente na periferia do sistema-mundo moderno-colonial.

Nesse contexto de resistência ao capitalismo, entretanto, além das normas consuetudinárias, podemos destacar um importante conjunto de leis que operam para o reconhecimento da diferença cultural, regulamentando o texto constitucional boliviano, tais como a Ley nº 031 – Marco de Autonomias y Descentralización “Andrés Ibañez”. A mesma regula o regime de autonomias, de acordo com o estabelecido no Art. 271 da Constituição Política do Estado, assim como define as bases da organização territorial do Estado boliviano. É uma das chamadas “5 leis fundamentais do Estado Plurinacional”, ao lado da Ley del Órgano Electoral Plurinacional, Ley de Régimen Electoral, Ley Del Órgano Judicial e da Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, elaboradas e promulgadas no ano de 2010.

Além das bases da organização territorial do Estado, esta lei define os tipos e os procedimentos de acesso à autonomia, os procedimentos de elaboração de estatutos e cartas orgânicas, a coordenação entre o nível central do Estado e as entidades territoriais autônomas, além do marco geral da participação e o controle social nas entidades territoriais autônomas, de modo que define muitas das bases do acesso à participação política por parte das comunidades e povos tradicionais, incluindo os tipos de autonomia e os procedimentos de acesso à autonomia.



Podemos destacar também a Ley nº073, de “Deslinde Jurisdiccional”, promulgada também em 2010, a qual regula os âmbitos de vigência, dispostos na Constituição Política do Estado, entre a jurisdição indígena originária e outras jurisdições reconhecidas constitucionalmente e determina os mecanismos de coordenação e cooperação entre estas jurisdições, além de determinar os mecanismos de coordenação e cooperação entre estas jurisdições, no marco do pluralismo jurídico.

Esta lei se fundamenta, além da Constituição Política do Estado, na Ley nº 1257, que ratifica o Convênio 169 da Organização Internacional do Trabalho e que trata, entre outros temas, da autodeterminação dos povos indígenas, além da Ley nº 3897, de 2008, que eleva a nível de lei a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e demais instrumentos internacionais de direitos humanos aplicáveis.

Porém, antes dos aspectos alegadamente controversos das jurisdições consuetudinárias recepcionadas pela Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia - os quais, desde que considerados a partir das diferenças culturais existentes, podem trazer elementos para pensarmos a ampliação das possibilidades do exercício da democracia participativa no Brasil -, os avanços no conceito de cultura proporcionados pelo advento da plurinacionalidade são, a nosso ver, suas bases decoloniais e de resistência ao capitalismo, devidas justamente ao reconhecimento da diferença cultural resultante das culturas originárias, que estabelecem uma relação indissociável entre os seres humanos e a natureza, um dos aspectos que certamente concorrem para o amalgamar de um conceito decolonial de cultura.

Destarte, é preciso apontar que o reconhecimento de formas de justiça e democracia comunitárias fazem emergir, como efeito, uma outra categoria de direitos, os direitos da natureza, igualmente estranhos à visão de direitos inerente ao pensamento ocidental, no qual a natureza pode ser livremente subjugada em benefício da reprodução do capital.

Como notam Faria e Obregón⁸⁴, o novo constitucionalismo andino, caracterizado pela presença do Estado plurinacional, “é resultado de pacto entre os povos, indígenas em sua maioria, no caso do Equador e da Bolívia”. Pode-se tomar como exemplo desta participação plural na formação do Estado a positivação de preceitos sobretudo incas, mas também de outras

⁸⁴*Ibidem.*



etnias que vivem em seu território⁸⁵, a exemplo do ñandereko (vida harmoniosa) guarani, já mencionado quando da referência ao Artigo 8º da Constituição boliviana.

Ao incorporar, em um grande pacto entre os povos, diferentes cosmovisões dos povos originários em sua Carta Magna, o Estado Plurinacional boliviano objetiva a diferença cultural na forma de inovações nos planos político e jurídico, cujo resultado se traduz no chamado novo constitucionalismo latino-americano, o qual reconhece a natureza como portadora de direitos, em um claro reconhecimento pelo Estado da relação indissociável entre a cultura e a natureza, própria das cosmovisões dos povos indígenas andinos ayamara e kichwa ou quéchua, mas presente também em nas ações políticas, culturais e ecológicas de resistência de povos afroandinos e afropacíficos, além de outros povos que mantêm uma relação indissociável entre os seres humanos e o meio em que vivem, a exemplo dos povos indígenas amazônicos, mas também presente no *tekoporã* guarani e no *ubuntu* africano.

Neste novo constitucionalismo, direito cultural e direito ambiental se fundem, ao adotar conceitos camponeses, em resistência também à exploração desenfreada dos recursos naturais promovida pelo capitalismo em seus diversos estágios. Assim, na Carta boliviana, a fauna, a flora, os rios e até mesmo as pedras emergem no plano jurídico como sujeitos de direito os quais devem ser respeitados, para que se torne possível uma vida em harmonia entre a natureza e os seres humanos.

O *suma qamaña* se expressa em quatro princípios fundamentais, de ordem ético-moral, descritos por Choquehuanca (2012) da seguinte maneira:

- 1) Saber **ouvir** é de enorme importância, ouvir uns aos outros, ouvir a Mãe Terra, a todos os seres, ao mundo, aos nossos pássaros, acima de tudo, aos mais humildes. E o ouvinte aprende, muda, está preparado para servir seu povo.
- 2) **Saber compartilhar** é saber distribuir riqueza de forma equilibrada entre todos, o que é do povo é para o povo, na Bolívia, nacionalizando os recursos naturais, que voltam às mãos do povo. Compartilhar é parar de competir para se complementar, é saber dar para receber, é reconhecer que somos todos irmãos e temos apenas uma mãe, que é a natureza, que é Pachamama, que é essa terra.
- 3) **Saber viver em harmonia e complementaridade** como seres humanos, e especialmente com a Mãe Terra.

⁸⁵ De acordo com o censo boliviano realizado em 2001, 63% dos bolivianos se identificarem como povos originários, sendo alguns deles: os aimarás, os guaranis, o chitanos, os mojeños e os quéchuas, entre outros.



4) E saber como defender nossa **identidade**, como se complementar de forma equilibrada, para que os mais abandonados tenham a possibilidade de compartilhar educação, saúde, convivência natural e comum.

Os princípios ético-morais assumidos pelo Estado boliviano a partir do *vivir buen*, ou *suma qamaña*, se ancoram em práticas culturais de troca e colaboração, tanto entre os seres humanos e a natureza quanto entre os seres humanos entre si, as quais se propõem a “contrarrestar la Crisis Global”, o que significa, em síntese, “acabar con el consumismo, El derroche y el lujo, consumir no más de lo necesario, bajando la palanca económica global hasta niveles de producción y consumo de energía que la salud y los recursos del planeta permitan”⁸⁶. Tais práticas incidem inclusive no plano financeiro, no dia a dia dos habitantes de sociedades altiplânicas, a exemplo da Aynupa e do *pasanako*, muito comum entre mulheres aymara excluídas do mercado formal de trabalho, na região de Laz Paz. Como afirmam Catagora Vidangos e Otazu Conza (2017, p. 3),

Las sociedades altiplánicas, ubicadas en los andes del sur, están cuestionando la economía, la política, la cultura y la sociedad oficial. Ello a diferencia de buscar una remuneración o actividad laboral necesaria -sujetos populares urbanos-. Han combinado estrategias tradicionales y modernas con el objetivo de consolidar un mundo social particular, donde la ética andina, la capitalización social y las estrategias de reproducción son esenciales para el sostenimiento de un espacio social particular.

Além de práticas culturais resultantes de cosmovisões que, diferentemente da visão de natureza construída ao longo do processo de racionalização e instrumentalização da natureza sofrido no Ocidente e imposto aos países periféricos da modernidade colonial, o *buen vivir* se baseia em princípios da ética andina, já que, como notam Catagora Vidangos e Otazu Conza (2017:7), “*la ética andina se caracterizará por La conservación y perpetuación de un mundo social peculiar. Ello relacionado a una ética ecológica y religiosa*”.

3) PACHAMAMA: LA MADRE TIERRA COMO SUJEITO DE DEREITO

Os princípios da filosofia e ética andinas presentes em práticas sociais cotidianas que expressam uma visão de economia como elemento de reprodução dos laços comunitários, ao lado dos elementos de cosmovisão dos povos originários que expressam a relação indissociável entre os seres humanos e a natureza, expressam, no plano da Plurinacionalidade, a emergência do que denominamos de um conceito decolonial de cultura. Entretanto, apesar de já

⁸⁶Choquehuanca, *opus cit.*



evidenciados no conjunto de artigos constitucionais, leis e práticas culturais elencados até aqui, a nosso ver, sua expressão maior se dá, no caso boliviano, no reconhecimento dado pelo Estado Plurinacional à natureza, a Pachamama, como portadora de direitos.

No caso boliviano, nesse sentido, acreditamos que a Ley nº 071/2010 (Ley de Derechos de La Madre Tierra) e a Ley nº 300/2012 (Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para VivirBien), sintetizem a questão em termos jurídicos.

A Ley nº 071, Ley de Derechos de La Madre Tierra, de 21 de dezembro de 2010, tem por objeto “reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de estos derechos”.

Já em seu Art. 2 podemos identificar os elementos que contribuem para amalgamar o conceito decolonial de cultura, expressos, aqui, na estreita relação entre natureza e cultura, a perspectiva do bem comum, a resistência ao capitalismo e o direito à diferença no tocante ao reconhecimento dos direitos da Madre Tierra, elencados no rol dos princípios que regem a Lei:

-
1. **Armonía.** Las actividades humanas, en el marco de la pluralidad y la diversidad, deben lograr equilibrios dinámicos con los ciclos y procesos inherentes a la Madre Tierra.
 2. **Bien Colectivo.** El interés de la sociedad, en el marco de los derechos de la Madre Tierra, prevalecen en toda actividad humana y por sobre cualquier derecho adquirido.
 3. **Garantía de regeneración de la Madre Tierra.** El Estado en sus diferentes niveles y la sociedad, en armonía con el interés común, deben garantizar las condiciones necesarias para que los diversos sistemas de vida de la Madre Tierra puedan absorber daños, adaptarse a las perturbaciones, y regenerarse sin alterar significativamente sus características de estructura y funcionalidad, reconociendo que los sistemas de vida tienen límites en su capacidad de regenerarse, y que la humanidad tienen límites en su capacidad de revertir sus acciones.
 4. **Respeto y defensa de los Derechos de la Madre Tierra.** El Estado y cualquier persona individual o colectiva respetan, protegen y garantizan los derechos de la Madre Tierra para el Vivir Bien de las generaciones actuales y las futuras.
 5. **No mercantilización.** Por el que no pueden ser mercantilizados los sistemas de vida, ni los procesos que sustentan, ni formar parte del patrimonio privado de nadie.
 6. **Interculturalidad.** El ejercicio de los derechos de la Madre Tierra requiere del reconocimiento, recuperación, respeto, protección, y diálogo de la diversidad de sentires, valores, saberes, conocimientos, prácticas, habilidades, trascendencias, transformaciones, ciencias, tecnologías y normas, de todas las culturas del mundo que buscan convivir en armonía con la naturaleza.



A relação indissociável entre a natureza e a cultura também se expressa no Art.3 da Lei, ao estabelecer que a Madre Tierra é “*el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común*” e que a mesma é considerada sagrada, justamente em acordo com “*las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos*”.

No plano da forma subjetividade jurídica do Estado capitalista burguês, fenômeno descrito por Mascaro (2013:21) como uma das formas sociais que estruturam a reprodução do capitalismo, o conceito decolonial opera ao reconhecer, no Art.5 da Lei, a Madre Tierra como portadora de direitos. De acordo com este artigo, o qual trata do caráter jurídico da Madre Tierra, para efeito de proteção e tutela de seus direitos, a Madre Tierra adota o caráter de sujeito coletivo de interesse público. Novamente aqui expressa-se a indivisibilidade entre os seres humanos e a natureza presente no princípio do *suma qamaña* de “saber viver em harmonia e complementaridade”, ao incluir as comunidades humanas como parte da Madre Tierra:

La Madre Tierra y todos sus componentes incluyendolas comunidades humanas son titulares de todos los derechos inherentes reconocidos en esta Ley. La aplicación de los derechos de la Madre Tierra tomará en cuenta las especificidades y particularidades de sus diversos componentes.

A emergência de um conceito decolonial de cultura no novo constitucionalismo boliviano, prenunciado com base em elementos como a relação indissociável e de complementaridade entre natureza e cultura, valorização dos saberes ancestrais e dos modos de vida que dialoguem com a capacidade de regeneração da vida no planeta, impondo-se assim como resistência ao capitalismo sustenta-se no fato que, como identifica Rodrigues (2018:18), há no momento atual, frente ao colapso social e ambiental inerente ao estágio atual do capitalismo extremamente concentrador de riquezas com base na superexploração da força de trabalho e da natureza

um encontro de saberes e um embate de posições em discurso que se materializam num texto de lei e emergem no sistema institucional que se quer democrático, constituído a partir de uma política do corpo a corpo nas assembleias, criando a imprescindibilidade de comprometer performativamente os interlocutores em relação jurídica: o Estado, a Sociedade e a Madre Tierra.

Neste sentido, o termo *decolonial* atrelado ao conceito de cultura impõe-se, como demarcador em um intrincado jogo de mobilização política, desenvolvimento cultural e econômico, entre outras questões nas quais a identidade cultural opera no sentido da



autodeterminação de povos da periferia frente às interpelações vindas do centro da modernidade colonial.

Desse modo, a emergência de um conceito decolonial de cultura, subjacente ao advento da plurinacionalidade, se impõe como resposta ao constante avanço da modernidade colonial sobre o continente, ora objetivada nos recentes movimentos de reposicionamento do capital concretizados na nova roupagem de golpes de Estado jurídico-midiáticos de Honduras, Paraguai, Brasil e na própria Bolívia.

Neste enredo dramático, a natureza é o pano de fundo do cenário da modernidade, diante do qual as nações hegemônicas do capital entoam sua narrativa do desenvolvimento econômico, uma nota única e persistente, a qual, como um *ostinato*, musical interpela a parte até então mantida nas sombras ao fundo do palco.

Diante dessa interpelação, o conceito decolonial de cultura irrompe à cena, reafirmando a identidade de povos e comunidades portadoras de diferentes visões de mundo, opostas ao capitalismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A favor do conceito decolonial de cultura, o qual se constrói a partir de estratégias político-simbólica-discursivas presentes, entre outros, no novo constitucionalismo latino-americano, temos a dizer que emerge como processo de processo de autodeterminação e deslocamento de identidades, em oposição à fixação de uma identidade subalternizada diante da modernidade colonial. Evidentemente, além do plano jurídico, este fenômeno vem ocorrendo em diversas partes e no seio de diferentes segmentos que questionam a modernidade colonial e a distribuição de papéis sociais impostas pelo capitalismo, seja no contexto da plurinacionalidade boliviana ou nos movimentos de resistência à exploração da natureza pelo capitalismo no Equador, ou ainda em movimentos de reconhecimento da potência criativa de comunidades periféricas articuladas em torno da política da Cultura Viva Comunitária que se espalha pela América Latina⁸⁷, seja na cultura *queer*, seja nos segmentos que inserem a pauta feminista e da interseccionalidade na agenda, seja nos quilombos.

⁸⁷De acordo com a página do Programa Cultura Viva, sua ação estruturante mais conhecida na Política Nacional de Cultura Viva, os Pontos e Pontões de Cultura, esta política pública “tornou-se a primeira política nacional criada após a institucionalização do Sistema Nacional de Cultura (PEC 416/2005 – art. 2016-A) e do Plano Nacional de Cultura (Lei 12.343/2010), visando simplificar e desburocratizar os processos de prestação de contas e repasse de recursos para as organizações da sociedade civil; articulação de parceria entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios com a sociedade civil. Objetiva consolidar-se como uma política eminentemente de base comunitária,



Diante da narrativa da modernidade colonial, a chegada ao poder dos segmentos indígenas historicamente excluídos do processo político, organizados em torno do MAS – Movimento ao Socialismo – possibilita a afirmação de sua identidade, marcada pela ancestralidade e formas de pensar e sentir opostos ao processo de desenvolvimento imposto até então, demarcando novas fronteiras em setores até então restritos às elites *criollas* em um contexto estruturado no qual as posições de sujeito reorganizam a gramática das relações de poder⁸⁸.

O poder de nomear e designar é, portanto, um ponto nodal e basilar do discurso de resistência pelo direito de autodesignação e de autodeterminação nos movimentos indígenas. O texto de apresentação da nova constituição boliviana, apresentada à população para ser votada no referendo, continha a distinção entre “originarios milenares” e “originários contemporâneos”, entretanto tal texto não acompanha a versão final aprovada. No artigo 2º da Carta Magna plurinacional, porém, aparece a expressão “originario campesino” e, no artigo terceiro, todos os que compõem a nação boliviana. Tais referências ao texto constitucional boliviano servem para consubstanciar que o acordo, quanto à designação “originários campesinos” e sua chegada ao poder institucional, possibilitou uma nova forma de concepção de Estado muito mais sustentado numa perspectiva indígena-milenar do que num conhecimento europeu, num pendor para uma luta de povos encravada numa luta de classes. A crítica ao sistema capitalista é bastante forte e marcada discursivamente, partindo de uma posição não estritamente esquerdo-socialista, mas da posição ameríndia. Uma posição de onde se fala, de memória presente, de um bem viver em comunidade sem violência.

O resultado político-jurídico é que novas legislações passam a existir, como a *Ley de Derechos de La Madre Tierra* (2010) e a *Ley Marco de La Madre Tierra y Desarrollo Integral Para Vivir Bien* (2012), cujo sentidos discursivos inauguram um outro Estado – caracterizado pela porosidade a partir da qual se nutre de outras visões de mundo e formas de pensar, sentir e fazer - e uma nova narrativa anti-hegemônica do desenvolvimento a partir da incorporação dos elementos culturais dos povos originários, reconhecendo assim sua pré-existência em relação ao Estado-nação colonial e a plurinacionalidade como valor fundante.

possibilitando o amplo exercício dos direitos culturais pelo conjunto da população brasileira e explorando as potencialidades da cultura como eixo transversal do desenvolvimento social e econômico sustentável, no Brasil e no exterior”. <Disponível em: culturaviva.gov.br>, acessado em 11/06/2022.

⁸⁸SILVA, Tomaz Tadeu da (org.), HALL, S., WOODWARD, K. *Identidade e diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais*. Petrópolis: Vozes, 2000, pp.82



Este quadro político-simbólico-discursivo resulta, no caso boliviano, como podemos observar, em um conjunto de leis que traduzem e dão enraizamento jurídico ao texto constitucional no tocante à efetivação dos pressupostos da plurinacionalidade. Outro ponto determinante desta discussão é a Ley nº 300, o Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para *Vivir Bien*, a qual expressa a ideia de que viver em comunidade, em irmandade e especialmente em complementaridade com a Mãe-Terra, a Pachamama, é decidir compartilhar e não competir, viver em harmonia com as pessoas e como parte da natureza.

A lei se constitui ainda no marco da complementaridade de direitos, obrigações e deveres, assim como dos objetivos do desenvolvimento integral como médio para lograr o *Vivir Bien*, assim como as bases para o planejamento, gestão pública e investimentos e no marco institucional estratégico para a implementação de ações nesse tema.

A partir do advento da plurinacionalidade boliviana, os princípios ancestrais que darão a estrutura da Ley nº300 (Ley Marco de La Madre Tierra y Desarrollo Integral Para Vivir Bien) em seu Artigo 5º, que traz as definições da Lei parecem se ajustar bem ao processo político-simbólico-narrativo de problematizar a identidade aparentemente neutra do neoliberalismo e do processo civilizatório capitalista.

A partir de uma completa inversão, a letra da lei passa a ser baseada no que historicamente fora considerado o motivo do “atraso”, o “incompleto”, o “negativo” no processo de desenvolvimento pelas classes dominantes do país, já que o *Suma Qamaña* (Vivir Buen) passa a ser o horizonte civilizatório e cultural alternativo ao capitalismo e à modernidade colonial que aponta para outras práticas afetivas, sociais e políticas solidárias baseadas no solidarismo e na complementaridade entre as sociedades e a natureza, fazendo emergir, desse modo, a dimensão ecológica como a mais nova dimensão da cultura.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *As políticas neoliberais e a crise na América do Sul*. In: **Rev. Bras. Polít. Int.**, 45 (2), 2002, pp.135-146

CATAGORA VIDANGOS, Edwin, OTAZU CONZA, Francisco Euler. *Ética andina y economía popular em Peru-Bolivia*. In: **XXXI Congreso ALAS. Montevideo, 3-8 Diciembre, 2017. Anais**

CHOQUEHUANCA, David. *Suma Qamaña: VivirBien, Nomejor*. 2012. Disponível em:<<http://servicioskoinonia.org/agenda/archivo/obra.php?ncodigo=760>>. Acessado em 03/04/2022

CORONIL, Fernando. *Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo*. In: LANDER, E. (Org). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-**



americanas. Colección SurSur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005

CUNHA FILHO, Clayton M. **Formação do Estado e horizonte plurinacional na Bolívia**. Curitiba: Appris, 2018

FARIA, V. C. N. de e OBREGÓN, M. F. Q. *O neoconstitucionalismo latino-americano e os novos caminhos para a democracia participativa: estudo dos modelos brasileiros e bolivianos*. In: **Derecho y Cambio Social**, 2017. <Disponível em: www.derechoycambiosocial.com>. Acessado em 26/03/2022

HUERTAS FUSCALDO, B. M., URQUIDI, V. *O Buen Vivir e os saberes ancestrais frente ao neoextrativismo do século XXI*. In: **Buen vivir : ¿alternativa postcapitalista?** PolisRevista Latinoamericana, n. 40, 2015, pp. 1-16

IAMAMOTO, Sue A. S. *Visões de nação na constituinte boliviana*. In: **Lua Nova**, 97, 2016

MARINI, R. M. *Dialética da Dependência*. <Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/marini/1973/mes/dialetica.htm>>. Acessado em 4/12/2017

MONTAÑEZ PICO, D. *La teoría del sistema-mundo es negra y caribenha: capitalismo y racismo en el pensamiento crítico de Oliver Cox*. In.: **Tabula Rasa**, v.28, 2018, p.139-161 <Disponível em: <https://doi.org/10.25058/20112742.n28.7>>. Acessado em 17/04/2021

MASCARO, A. L. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

SILVA, Tomaz Tadeu da (org.), HALL, S., WOODWARD, K. **Identidade e diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais**. Petrópolis: Vozes, 2000.



AINDA HÁ JUÍZES EM SAN SALVADOR? A DESTITUIÇÃO DA SUPREMA CORTE SALVADORENHA E O ATAQUE À CONSTITUIÇÃO NA GESTÃO BUKELE

Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho*

Maurício Palma**

INTRODUÇÃO

A América Latina novamente experimenta a ascensão de movimentos políticos articulados em torno da degradação das instituições do constitucionalismo democrático, cujas causas sociológicas e consequências institucionais podem ser escrutinadas, ainda que os processos sejam diferentes em cada país e estejam ainda em curso.

A pesquisa narra a crise institucional salvadorenha que se manifestou no empacotamento da Suprema Corte por meio da destituição de magistrados da Sala Constitucional e a nomeação de novos juízes alinhados com os objetivos políticos do governo Bukele. Avalia-se o modo como a Suprema Corte analisou a constitucionalidade dos diversos decretos executivos e legislativos sobre as medidas para a contenção da pandemia de Covid-19, e como as decisões da Corte foram publicamente desafiadas por Bukele, abrindo caminho para o enfrentamento do Tribunal e o ataque à independência do Judiciário salvadorenho, que culminou com a destituição dos juízes da Corte e o Procurador-Geral da República, a decisão subsequente da Corte e as repercussões em foros não nacionais. Também se discute em que medida o Judiciário salvadorenho está sendo politicamente instrumentalizado pelo Executivo, com aval do Parlamento, cuja composição passou a contar com 80% de partidários do Presidente após as eleições de fevereiro de 2021.

Nesse sentido, o artigo apresenta um esforço de pesquisa qualitativa com o emprego de técnicas do estudo de caso. Por isso, a pesquisa promove a revisão bibliográfica sobre a crise institucional salvadorenha, tendo como foco a relação entre o judiciário e os outros poderes

* Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília/UnB e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica do Salvador/UCSal, onde coordena o Grupo de Pesquisa *Constituição, Política e Instituições Judiciais* (DGP/CNPq). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8366-9006>. E-mail para contato: douglas.zaidan@pro.ucsal.br

** Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Realiza pós-doutorado junto à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, onde é docente visitante. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5985-5287>. E-mail para contato: mauricio.resende@fgv.br



políticos. Por se tratar de evento recente e com especificidades ainda pouco conhecidas e não discutidas na literatura do direito ou da ciência política, a construção da hipótese demanda o levantamento de decisões em matéria de direitos civis e políticos na Corte Suprema de Justiça de El Salvador, em especial àquelas que trataram das medidas de relativas à pandemia anunciadas pelo governo e foram descumpridas pela gestão Bukele.

A hipótese é a de que a Corte foi alterada para omitir-se como *veto-player*, num primeiro momento, e para que a nova composição pudesse passar a colaborar com o Executivo e, assim, avaliar medidas autoritárias do governo. A destituição do Procurador Geral da República segue a mesma lógica. Observa-se, ainda, a política de alianças da gestão Bukele e como ela constitui um ataque ao pluralismo que caracteriza o constitucionalismo democrático.

A pesquisa aponta, em suas conclusões parciais, que, assim como em outras experiências da ascensão de governos populistas de extrema direita na América Latina, a moralização do discurso anticorrupção com foco na suposta necessidade de limpeza das instituições ocupou um lugar central na deposição dos juízes da Suprema Corte salvadorenha.

Mais além da verificada inconstitucionalidade da remoção e substituição dos magistrados sob a ótica do art. 186 da Constituição, sob a perspectiva estratégica da política judicial, os relatos evidenciam, em princípio, que os integrantes da Corte no início do governo Bukele não estavam dispostos a aderir ao programa governamental sobre a política de gestão da crise provocada pela pandemia. Ainda que se deva observar o perfil dos julgamentos da Corte salvadorenha em sua nova formação, já é possível concluir parcialmente que a gestão Bukele, aliada ao Congresso nacional, está disposta a assumir os custos políticos para concentrar mais poder, bem como que deu um passo significativo em direção à degradação institucional que descaracterizam o constitucionalismo democrático.

1) DA CRISE PERMANENTE À RETÓRICA ANTISSISTÊMICA: A ASCENSÃO DE BUKELE

Nayib Bukele ascendeu à Presidência de El Salvador em 2019 e segue o roteiro de outros líderes mundiais eleitos com o discurso de representar uma novidade na política, apresentando-se como um político não profissional. Jovem e carismático, fundou o partido Nuevas Ideas em 2018, prometendo combater a corrupção e o rodízio de poder observado nas últimas décadas entre a Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), à esquerda do espectro político, e a Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), à direita. Após problemas na justiça



eleitoral para inscrição de sua candidatura, acabou por lançar-se às eleições de 2019 aliado ao Gran Alianza por la Unidad Nacional (GAN), uma dissidência da ARENA, ganhando a eleição com mais de cinquenta e três por cento (1.434.856 votos), no primeiro turno, após uma campanha personalista e muita ativa nas redes, especialmente o *Twitter* e o Facebook⁸⁹. Em segundo lugar, coligada com outros partidos, ficou a Arena. FMLN ficou em terceiro lugar e, por fim, o partido Vamos, em quarto lugar.

ARENA e FMLN vinham perdendo espaço nas eleições antes da ascensão de Bukele à presidência. A falha no controle da violência, escândalos de corrupção e mudanças nas regras eleitorais que enfraqueceram os partidos estão entre os fatores mais importantes para explicar tal decadência. Com efeito, no que tange o design institucional, a ascensão de individualismos na política guarda relação com a adoção de um modelo de lista aberta proporcional em 2012, acoplada à possibilidade, a partir de 2015, de votação em candidatos de diferentes listas de partidos, o que reduziu incentivos à fidelidade partidária e estimulou embates entre as lideranças e candidatos isolados. Em 2016, houve a prisão de dois ex-presidentes da ARENA por corrupção, tendo um ex-presidente do FMLN fugido para Nicarágua para não permitir o mesmo (POCASANGRE, 2021).

As medidas de Bukele que atacam a frágil estrutura institucional encontram um terreno fértil diante da forte remilitarização da política salvadorenha. Com um histórico de governos militares que durou mais da metade do século XX (1932-1984), a permanente insegurança e violência urbana que assolam a população abriu espaço para o ataque ao Parlamento e ao Judiciário, amparado pelo recurso às forças armadas. Na esteira do conturbado processo de redemocratização dirigido a partir de um consenso entre a administração Reagan nos Estados Unidos e a maioria conservadora do Congresso salvadorenho, foram estabelecidas eleições livres e instalada a Assembleia que resultou na Constituição de 1983 (HAGGERTY, 1990, p. 43 e 145). Contudo, a esperada estabilidade não produziu efeitos de longo prazo. É fato que os governos antecessores (ARENA e FMLN) a Bukele frequentemente lançaram mão da decretação do Estado de Emergência justificados por uma doutrina de segurança nacional, como forma de politização das forças armadas, além dos chamados *Grupos de Tarea Conjunta (GTC)* compostos por soldados e policiais, convertidos em ator chave da segurança pública

⁸⁹ Para uma análise dos elementos constitutivos do discurso de Bukele nas redes sociais, que articula traços populistas e religiosos associados ao tradicional messianismo redentor da população contra elites corruptas, ver o estudo de SILES *et al*, 2021, pp. 1-22.



(ESCÁNEZ & RODRÍGUEZ-PINZÓN, 2020, p. 213), evidenciando a fragilidade do Estado de Direito.

Então, foi sobre o fracasso de tais políticas de segurança pública, que resultou em assassinatos de policiais e violência contra suas famílias aliada à falta de recursos para o combate à criminalidade local, que Bukele construiu sua plataforma populista contra a incapacidade dos partidos que se alternavam há 30 anos no governo em oferecer respostas satisfatórias às demandas por segurança.

Apesar de se apresentar como um outsider, Bukele possui uma trajetória política anterior importante, tendo sido próximo ao poder presidencial desde os anos 2000. Elegeu-se, em 2012, prefeito de Nuevo Cuscatlán pela FMLN, tendo se associado à Alba Petróleos e à venezuelana PDVSA para desenvolver projetos sociais de centro-esquerda. Foi eleito, ainda, em 2015, prefeito de San Salvador pelo mesmo partido, promovendo novamente políticas sociais e, ao mesmo tempo, medidas higienistas. Sem espaço no FMLN para concorrer às eleições de 2019, Bukele forçou sua expulsão do partido com incidentes que incluem ter atirado uma maçã durante uma sessão do Conselho Municipal. A estratégia de Bukele para se lançar à presidência, ainda que sem um programa de governo, foi filiar-se ao GANA (Gran Alianza por la Unidad Nacional), que já abrigava empresários e deputados de direita acusados de corrupção e negócios com o narcotráfico (CARÍAS, 2022, p. 9). Passou, então, a atacar fortemente a FMLN, equiparando, em seus discursos, este partido à ARENA, alargando o uso de redes sociais e taxando todo o sistema político de corrupto: seriam “los mismos de siempre”. Durante a campanha presidencial, também se utilizou das redes sociais para satirizar o candidato da ARENA, Carlos Calleja, empresário de poder econômico e de um leve sotaque estadunidense. O recurso às redes sociais, além do alastramento de informações falsas e sátiras, também foi importante para alcançar salvadorenhos que viviam no exterior e que exerciam influência sob os parentes que ainda viviam no país (ROQUE BALDOVINOS, 2021, p. 240 e ss.).

O projeto eleitoral de Bukele, então, saiu-se vitorioso. Mesmo resultando de processo eleitoral marcado por uma baixa participação⁹⁰, Bukele alega que sua eleição marca o fim do período pós-guerra, em que ARENA e FMLN sucederam-se no poder. A nova fase demandaria uma reforma do Estado, mais que a presença de novos atores políticos. Como marca de seu pretenso rompimento com o passado recente salvadorenho, o atual presidente tem como política

⁹⁰ Apenas 51,88% dos eleitores compareceram às urnas, o que destaca a tendência de queda na participação. A menor nos últimos quinze anos, o que reflete a profunda desconfiança da população no sistema político após a aprovação das reformas neoliberais, segundo Carias, 2022, p. 9.



o ataque aos Acordos de Paz de Chapultepec, de 16 de janeiro de 1992, celebrados com participação do Secretário Geral da ONU, que marcaram o fim da guerra civil salvadorenha, pretendendo inclusive demolir um momento em homenagem aos Acordos (ROQUE BALDOVINOS, 2021). Ataca a imprensa constantemente, tendo, em julho de 2021, expulsado Daniel Lizárraga, editor do periódico El Faro, do país (Miranda, 2021).

Atualmente, sua coalizão conta com ampla maioria no parlamento desde as eleições legislativas e municipais de fevereiro de 2021. Em agosto de 2021, o parlamento salvadorenho aprovou lei destituindo todos os juízes do país com mais de sessenta anos. Segundo o texto legal, a medida poderia ser afastada em caso de necessidade ou especialidade. Nos termos do artigo 1 do Decreto n. 2 de 1 de maio de 2021, cinco juízes da Corte Constitucional foram destituídos por haver "violentado con sus actuaciones al momento del juzgamiento de distintas causas constitucionales, diferentes categorías de derechos contenidas en la Constitución, con lo cual quedó demostrado que no son las personas idóneas para ejercer dicho cargo, lo cual surtirá efectos a partir del día 1 de mayo del año dos mil veintiuno". Ato contínuo, no Decreto n. 3, da mesma data, o parlamento salvadorenho apontou os substitutos.

Em avaliação realizada em 2021, a OAS demonstrou preocupação com a situação da democracia salvadorenha (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2021). No mesmo sentido, o regime de El Salvador foi recentemente classificado como autocracia eleitoral pelo Instituto V-Dem (*Varieties of Democracy*)⁹¹ e como democracia defeituosa pelo Bertelsmann Stiftung Transformation Index⁹². Ainda como mostra da relação entre Executivo e Judiciário, em 3 de setembro de 2021, a Corte Constitucional do país assegurou ao presidente a possibilidade de concorrer a uma reeleição, contrariamente ao estipulado textualmente pela Constituição⁹³ e pela sentença 163-2013, de 25 de junho de 2014, da Corte Constitucional, desde que se licencie do cargo seis meses antes da eleição. Isto levou Santiago Cantón, ex-

⁹¹ V-Dem's Democracy Report 2022's Liberal Democracy Index, pp. 14-15.

⁹² Bertelsmann Stiftung Political Transformation Index. 2022. Disponível em: <https://bti-project.org/en/?&cb=00000>. Acesso em: 23.08.2022.

⁹³ Conforme o art. 152 da Constituição: "No podrán ser candidatos a Presidente de la República: el que haya desempeñado la Presidencia de la República por más de seis meses, consecutivos o no, durante el periodo inmediato anterior, o dentro de los últimos seis meses anteriores al inicio del periodo presidencial". Os argumentos para o giro interpretativo são abertamente casuísticos e relacionados a uma "vontade popular" e a uma "vontade do soberano": deve-se atender "a la voluntad del soberano, a sus necesidades actuales", bem como "a cambios sociales y a las nuevas necesidades del soberano" (...) "Atar la voluntad popular a un texto que respondía a necesidades, contexto o circunstancias de hace 20, 30, 40 años, resulta ya no garantista, sino una excesiva restricción disfrazada de 'certeza jurídica' y el actuar de representantes que se resisten al cambio del soberano"(...) "Las reglas en la alternancia del ejercicio de la Presidencia están dirigidas a superar los casos de aquellos funcionarios que ejercieron la Presidencia pero que no gozan más de la aprobación del pueblo y que por tanto su postulación resulta contraria a la voluntad popular". (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. I-2021. Pérdida de derechos de ciudadanía). (v. <https://pt.calameo.com/read/0064806272db19011f181>)



secretário executivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a afirmar que não há mais democracia em El Salvador (SANZ, 2021).

2) O ATAQUE AOS SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS NA GESTÃO DA PANDEMIA DE COVID-19

Apesar da incontestada vitória eleitoral, logo no início do governo, a gestão Bukele deparou-se com dificuldades de governabilidade. O seu partido não contava com sequer um quarto da composição do Parlamento (formado por 84 parlamentares), inviabilizando a aprovação de reformas legislativas e, principalmente, constitucionais. Por outro lado, a ampla rejeição aos partidos tradicionais e o baixo índice de aprovação da Assembleia Nacional habilitaram Bukele a reforçar a sua retórica antissistêmica e o recurso às forças armadas para avançar sua agenda política, em especial a obtenção de financiamento do Plano de Controle Territorial (PCT), a sua proposta eleitoral para a segurança pública.

A melhora de alguns indicadores na área da segurança possivelmente encorajou a estratégia do novo Presidente. A média de 11 (onze) homicídios diários registrados em 2017 caiu para 2 (dois) em maio de 2020, o que gerou uma significativa redução na percepção de insegurança na população⁹⁴ e igualmente impulsionou a proposta do Plano de Controle Territorial. Com o objetivo de conseguir financiar o seu PCT, em 06 de fevereiro de 2020 o Conselho de Ministros da gestão Bukele convocou a Assembleia Nacional para a realização de sessão extraordinária agendada para o dia 09 daquele mês, cujo objetivo era votar a autorização para que o governo negociasse um empréstimo com o Banco Centroamericano de Integração Econômica.

Contudo, no próprio dia da convocação, a maioria parlamentar, por 54 votos, rejeitou a viabilidade da sessão extraordinária, pois, de acordo com o art. 167 da Constituição salvadorenha, tal convocação poderia ocorrer apenas em casos de emergência nacional, catástrofe ou declaração de guerra, o que levou as forças armadas a ingressar nas dependências do Parlamento seguindo ordens de Bukele, enquanto dezenas de policiais cercaram a sede do Poder Legislativo (ESCÁNEZ & RODRÍGUEZ-PINZÓN, 2020, p. 219). A invasão ao

⁹⁴ De acordo com dados do Instituto Universitario de Opinión Pública, a percepção de insegurança pela população salvadorenha caiu de 44.5% entre novembro e dezembro de 2018 para 30.5% em novembro e dezembro de 2019, voltando, contudo, a aumentar para 34.7% em dezembro de 2020. Fonte: Evaluación del año 2020. IUDOP: Universidad Centroamericana José Simeón Cañas.



Parlamento foi seguida de declarações do Presidente no *Twitter* contra os deputados e exortação ao direito de resistência do povo contra o Legislativo. E, embora o Ministro da Defesa René Merino tenha reafirmado o apoio a Bukele alinhando as forças armadas e a polícia contra o Parlamento, a sessão do dia 09 acabou por não se realizar diante da ausência dos deputados na Assembleia Nacional. Entretanto, o episódio deixou evidente que o Presidente havia cooptado as polícias e as forças armadas como *longa manus* do seu projeto populista e demonstrava a todos que a esperada "neutralidade" política dos militares no regime democrático não era mais uma realidade em El Salvador.

Essa instrumentalização política das forças armadas ganhou reforço diante do contexto da pandemia de Covid-19. Ao apresentar-se como líder que transcende a tradicional distinção da gramática política entre direita e esquerda, Bukele buscou articular em torno de si o apoio incondicional de policiais e militares para seguir sua agenda populista. E assim como ocorreu em outras experiências recentes, o Presidente soube relacionar a aliança construída com os militares à tensão social provocada pela pandemia para concentrar mais poder e pôr sob tutela as instituições do país.

Em que pese as distintas formas de recepção da crise provocada pela pandemia, segundo contingências sociais circunscritas territorialmente a contextos mais ou menos desiguais, a tão questionada fragmentação do direito público deu lugar à formação de um sentido comum sobre a necessária atuação estatal na contenção da pandemia. Porém, no âmbito dos Estados, coube ao Executivo a assunção da liderança na rápida tomada de providências, inclusive normativas, demandadas pela situação de emergência, gerando tensão nas relações entre as chefias dos governos e os poderes Legislativo e Judiciário desde uma perspectiva da separação de poderes (HEINING et al, 2021).

De acordo com os dados apresentados no *survey* que levantou as respostas de 106 países à pandemia de Covid-19 (GINSBURG & VERSTEEG, 2020), que colheu informações sobre a extensão das medidas sanitárias adotadas e a atuação de Cortes⁹⁵, Parlamentos e entidades subnacionais frente à declaração de emergência pelos governos até julho de 2020, o sistema de *checks and balances* funcionou satisfatoriamente na maioria dos Estados analisados. Sobre o papel do Judiciário, as conclusões indicaram que as Cortes desempenharam função relevante em três pontos: 1) assegurar a integridade dos procedimentos de decretação dos estados de

⁹⁵ A pesquisa aponta que em 41% dos países analisados, as Cortes atuaram diretamente na revisão judicial das respostas governamentais à pandemia, sendo que a atuação judicial se apresenta mais significativa em regimes democráticos (55%) do que em autocracias (27%). Cf. GINSBURG & VERSTEEG, 2020, p. 26.



emergência; 2) avaliar a constitucionalidade das medidas restritivas de locomoção (*lockdowns*) de acordo com a proteção dos direitos e liberdades fundamentais, e 3) demandar dos governos e demais atores políticos a adoção de medidas executivas e respostas eficazes no combate à pandemia. Contudo, no caso de El Salvador, a atuação da Suprema Corte de Justiça não foi suficientemente eficaz para evitar os atropelos do governo Bukele à Constituição.

A escalada global de casos e mortes que atingia diversamente os sistemas de saúde, colapsando unidades de terapia intensiva e sobrecarregando cemitérios, crematórios e até caminhões do Exército com cadáveres - tal qual visto em Bergamo, deu lugar a uma narrativa segundo a qual a vida e a saúde seriam direitos absolutos a justificar qualquer medida, ainda que a custo de liberdades dispostas nos textos constitucionais. Tal descrição, propagada e legitimada no momento inicial de enfrentamento à pandemia, habilitou líderes populistas a ativar a retórica de que elites parlamentares e judiciais representariam interesses antipovo, pondo em risco a saúde e a vida da população.

Esse foi o discurso articulado por Bukele. Descolando-se de outros líderes populistas de extrema direita, o governo salvadorenho adotou medidas de socorro às famílias atingidas pela imposição do isolamento social, a exemplo da concessão de um bônus de U\$300 (trezentos dólares), distribuição de cestas básicas e suspensão do pagamento de dívidas com com aluguéis e contas de luz (CARÍAS, 2022, p. 11), alçando a popularidade do Presidente a altos índices ao custo do aprofundamento da dívida do país ao lado das denúncias de corrupção envolvendo familiares e aliados de Bukele no uso de fundos públicos destinados ao combate da pandemia. A apuração desses eventos, contudo, parece ter sido afetada ante a cooptação das instituições pelo projeto populista, alimentada com o reforço orçamentário para os ministérios da Defesa, Justiça e Segurança Pública, circunstâncias que deram lugar à militarização do enfrentamento à pandemia de Covid-19.

Sob formatos e graus distintos, a pandemia deu vazão a tendências autoritárias de lideranças populistas que precisavam se acomodar às exigências da democracia constitucional. O gerenciamento das incertezas sanitárias e econômicas ante a propagação do vírus conferiu a oportunidade para que governos pudessem avançar suas agendas a despeito de resistências legislativas e judiciais, enfraquecendo, em tese, os *checks and balances* das democracias liberais, tal qual se viu no caso de El Salvador.



3) O ATAQUE À SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA

A demonstração explícita de autoritarismo por parte do governo Bukele manifestou-se também por outro ataque ao princípio da separação de poderes no regime constitucional salvadorenho: o descumprimento de decisões da Suprema Corte de Justiça. Em 15 de março de 2020, no início das tratativas para a adoção das medidas de contenção da pandemia de Covid-19, o governo Bukele publicou o Decreto n. 594/2020⁹⁶, que dava início à vigência da Ley de Restricción Temporal de Derechos Constitucionales Concretos para atender la Pandemia Covid-19, estabelecendo o regime de exceção disposto no art. 29 da Constituição⁹⁷.

Até então, El Salvador não havia registrado nenhum caso de Covid-19, mas entre os motivos para edição do Decreto foram expostos os seguintes: 1) o art. 29, I, do texto constitucional salvadorenho autoriza a suspensão das garantias constitucionais de liberdade de locomoção (art. 5º), liberdade de expressão e imprensa (art. 6º, I), liberdade de associação (art. 7º, I) e a inviolabilidade do sigilo de correspondência (art. 24); 2) que o 65, I da Constituição dispõe que a saúde da população é bem público e constitui dever do Estado e da sociedade velar pela sua preservação e restabelecimento; 3) o art. 66 também da Constituição obriga os cidadãos salvadorenhos a seguir o tratamento de saúde oferecido pelo Estado, quando as medidas sejam eficazes para conter a disseminação de enfermidade transmissível; 4) que tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos quanto a Convenção Interamericana de Direitos Humanos possibilitam a restrição do direito à livre circulação, escolha de residência e reunião pacífica em casos de necessária proteção à saúde pública; 5) em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde havia decretado a gravidade e emergência da situação da pandemia de importância internacional, o que igualmente justificaria a adoção de medidas domésticas para conter a transmissão do vírus.

O Decreto, então, restringiu, por 30 (trinta) dias, os direitos fundamentais de liberdade de reunião e locomoção, em especial sobre áreas consideradas de maior risco, e concedeu às autoridades sanitárias a competência para determinar o retorno compulsório dos cidadãos aos

⁹⁶ A íntegra do Decreto publicado no domingo, 15/03/2020, pelo Diário Oficial de El Salvador pode ser consultada aqui: <https://www.diariooficial.gob.sv/diarios/do-2020/03-marzo/15-03-2020.pdf> Acesso em 15/09/2021.

⁹⁷ “Art. 29.- En casos de guerra, invasión del territorio, rebelión, sedición, catástrofe, epidemia u otra calamidad general, o de graves perturbaciones del orden público, podrán suspenderse las garantías establecidas en los artículos 5, 6 inciso primero, 7 inciso primero y 24 de esta Constitución, excepto cuando se trate de reuniones o asociaciones con fines religiosos, culturales, económicos o deportivos. Tal suspensión podrá afectar la totalidad o parte del territorio de la República, y se hará por medio de decreto del órgano Legislativo o del órgano Ejecutivo, en su caso.”



seus domicílios, além de condicionar a extensão temporal da vigência do Decreto à iniciativa de lei por parte do Executivo⁹⁸. O texto ainda menciona expressamente que a norma se conformará aos seguintes princípios do direito internacional dos direitos humanos: notificação, não discriminação, proporcionalidade, provisoriedade ou temporalidade, ameaça excepcional, necessidade, legalidade, boa fé e responsabilidade dos funcionários do Estado.

O presidente chegou a ordenar que fossem detidas todas as pessoas que estavam na rua durante a quarentena⁹⁹, demandando que a polícia deveria “quebrar bonecas”, uma expressão que remete às históricas detenções ilegais e desaparecimentos forçados em El Salvador (GARGARELLA & ROA, 2020, p. 22 e s.). A Corte Constitucional de Justicia conferiu a um Habeas Corpus, no bojo do que deveria relacionar-se com um controle concreto sobre a prisão de três mulheres, uma abrangência muito mais ampla (GARGARELLA & ROA, 2020, 25 e s.). Com efeito, a Corte debruçou-se sobre a situação de 670 pessoas detidas, além das referidas mulheres, textualmente argumentando sobre a excepcionalidade da decisão:

Este Tribunal debe enfatizar que, aunque la medida de cuarentena domiciliar es obligatoria para toda la ciudadanía que no se encuentre habilitada para circular, el incumplimiento de la misma, no puede significar en ninguna circunstancia que la autoridad puede lesionar los derechos fundamentales o restringirlos por medidas o actos de autoridad que la ley no ha habilitado. Menos puede la Policía Nacional Civil o los integrantes de la Fuerza Armada, ejecutar actos de fuerza que conllevan a la vulneración de los derechos de las personas, pues ninguna autoridad está por encima de la Constitución; y el uso de la fuerza pública cuando sea necesario debe ser bajo el estricto cumplimiento de la Constitución y la Ley. Ninguna autoridad puede ni aún en situaciones de emergencia ordenar verbal o por escrito la vulneración ilegal de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ese contexto se deberá tener presente por todas las autoridades, que la violación de las disposiciones constitucionales es sancionada especialmente, y que la responsabilidad por dichas infracciones es a título personal por los daños y perjuicios que se ocasionen – artículos 244 y 245Cn. –; también deberá recordarse que en la violación de derechos humanos o fundamentales, no opera la obediencia debida, y que ante la vulneración de aquellos, responden tanto los que ordenan dichas violaciones, como los que las ejecutan y las que los consienten. (Hábeas corpus 148-2020. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Decisión de 08 de abril de 2020, p. 4).

⁹⁸ Extensão temporal limitada a 60 dias pela Sala Constitucional. Sentencia 21-2020 AC, p. 55.

⁹⁹ O governo Bukele editou o Decreto Executivo n. 29, de 02 de junho de 2020, com disposições sobre a quarentena domiciliar obrigatória, que previa a possibilidade de levar cidadãos que interrompessem a quarentena a centros de contenção. A medida teve um forte impacto na parcela mais vulnerável da população, num país em que 68,4% das pessoas ocupadas estão no setor informal, segundo dados de 2020 da OIT (CARÍAS, 2022, p. 15). Estima-se que mais de 16 mil pessoas tenham sido submetidas à quarentena sob custódia das forças policiais.



A crise entre Bukele e a Suprema Corte estava instalada. O Presidente não só descumpriu a decisão como emitiu declarações públicas desafiando o Tribunal. Após uma primeira decisão, tomada em 26 de março de 2020, que declarava inconstitucional a contenção forçada de cidadãos que descumprissem a quarentena, Bukele postou no seu perfil no *Twitter* que havia "dado la instrucción al ministro de Defensa y al ministro de Seguridad de ser más duros con la gente en la calle, la gente que está violando la cuarentena"¹⁰⁰.

Reiterando o ato de enfrentamento à Corte, após a decisão do dia 08 de abril, Bukele voltou a dizer que quem "viola la cuarentena será retenido por las autoridades y el Ministerio de Salud ordenará su ingreso en un Centro de Cuarentena... Allí pasará 30 días, o hasta que las autoridades de salud puedan comprobar que... no porta[n] el virus", no que foi acompanhado pelo assessor jurídico da Presidência, Javier Argueta, que confirmou a continuidade das detenções apesar da decisão da Corte¹⁰¹, quando já se somavam 1.361 detidos. Contra a posição da Corte de determinar o cumprimento das decisões pelo governo, Bukele escreveu: "5 personas no van a decidir la muerte de cientos de miles de salvadoreños. Por más tinta y sellos que tengan"¹⁰².

Contra tais regras excepcionais, um grupo de cidadãos salvadorenos ajuizou 4 (quatro) ações na Sala Constitucional da Suprema Corte de Justiça¹⁰³ requerendo a declaração de inconstitucionalidade formal e material das disposições do Decreto n. 594/2020, que foram repetidas pelo Decreto n° 611. De acordo com os requerentes, a inconstitucionalidade formal estaria configurada pela irregular convocação de deputados suplentes no trâmite do processo legislativo que aprovou a Ley de Restricción Temporal de Derechos Constitucionales Concretos para atender la Pandemia Covid-19, de modo que a maioria de dois terços necessária para a aprovação da lei (56 votos) foi alcançada com votos de sete deputados suplentes

¹⁰⁰ https://twitter.com/_ElFaro_/status/1247358823976796165?s=20

¹⁰¹ <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Coronavirus-Gobierno-de-El-Salvador-advierte-que-continuan-retenciones-por-violar-cuarentena-20200409-0023.html>

¹⁰² A estratégia de direcionar à Sala Constitucional a responsabilidade pelas eventuais mortes decorrentes de Covid no país passaram a compor o repertório dos posts de Bukele: "la @SalaCnalSV nos acaba de ordenar que, dentro de 5 días, asesinemos a decenas de miles de salvadoreños" e "los magistrados de la @SalaCnalSV cargaron el arma, la montaron, la pusieron en la manos de la @AsambleaSV y de la @ANEPEISalvador y la apuntaron a la cabeza del Gobierno y del Pueblo", difundindo uma narrativa que coloca os magistrados contra a população. <https://twitter.com/nayibbukele/status/1250627573043859456?s=12>

¹⁰³ Ações 21/2020, 23/2020, 24/2020 e 25/2020 A análise da Corte, contudo, estendeu-se a uma série de Decretos do governo Bukele, que igualmente impunham restrições aos direitos fundamentais sob a justificativa de controle da pandemia. O inteiro teor da decisão da Sala Constitucional está disponível aqui: <https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2020-2029%2F2020%2F06%2FD586.PDF&number=906630&fecha=08/06/2020&numero=21-2020AC&cesta=0&singlePage=false%27>



convocados injustificadamente¹⁰⁴. Do ponto de vista material, a alegação de inconstitucionalidade residiu na ausência dos pressupostos para a decretação do regime de exceção com a consequente suspensão das garantias constitucionais.

A longa sentença da Sala Constitucional explorou fundamentos de diversas ordens para declarar a inconstitucionalidade do Decreto. Além da discussão sobre a distinção dogmática entre a perda e a suspensão dos direitos fundamentais, a Corte justificou os usos do regime de exceção previsto no texto constitucional a partir de uma noção de crise cuja permanência seria marca do constitucionalismo latino-americano¹⁰⁵ e particularmente salvadorenho, em razão das frequentes decretações de estado de sítio pelos governos que antecederam a Constituição de 1983. A sentença considerou que, segundo a Constituição, a decretação do regime de exceção pelo Presidente sem prévia deliberação do Parlamento só poderia ocorrer caso a Assembleia Nacional estivesse impossibilitada de reunir-se. Hipótese em que a decretação deve ser informada ao Legislativo imediatamente para que este ratifique o ato, fixe o seu período de vigência e discipline os seus efeitos jurídicos.

Assim, a Corte qualificou como fraude à Constituição a decretação do estado de emergência sem o cumprimento de tais requisitos¹⁰⁶, citando precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso Lagos del Campo vs. Perú, sentença de 31 de agosto de 2017 e caso Claude Reyes y otros vs. Chile, sentença de 19 de setembro de 2006, além da Opinião Consultiva OC-8/87, de 30 de janeiro de 1987, parágrafos 20 e 24, considerando que o uso do estado de exceção fora das hipóteses autorizadas no texto vulnera os direitos fundamentais e esvazia a força normativa da Constituição. E que mesmo nos casos autorizados, os atos praticados sob estado de exceção estão sujeitos ao controle judicial de constitucionalidade e devem respeitar o princípio da proporcionalidade (sentencia de inconstitucionalidad 15-96).

¹⁰⁴ Segundo a Constituição salvadorenha os deputados suplentes podem ser convocados às deliberações apenas nos seguintes casos: “Art. 131.- Corresponde a la Asamblea Legislativa: (...) 4º Llamar a los Diputados suplentes en caso de muerte, renuncia, nulidad de elección, permiso temporal o imposibilidad de concurrir de los propietarios;”

¹⁰⁵ “Pero, la inestabilidad política de Latinoamérica fue determinante para el recurso continuo a la represión extraconstitucional, lo que llevó a que este Derecho de excepción fuese empleado con el fin contrario a su regulación, ya que en lugar de servir para la conservación del orden constitucional durante la situación extraordinaria, fue la base para largos períodos de gobiernos autoritarios que propiciaron una “inflación constitucional” bajo la convicción de que una nueva Constitución – usualmente de similar contenido a su predecesora– podría solucionar los graves problemas políticos, sociales y económicos que siempre han abrumado a la región latinoamericana” in: SCJ. Sentencia 21-2020 AC, p. 20.

¹⁰⁶ “Constituye fraude a la Constitución que, por medio de la emergencia, se afecten el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los habitantes sujetos a un régimen de excepción, pues ello no puede hacerse ni por la ley que regule la emergencia, muchos menos por los decretos ejecutivos que la desarrollen por vía de remisión.” In: SCJ. Sentencia 21-2020 AC, p. 20.



A Corte destacou ainda o regime constitucional da exceção, de acordo com a Constituição salvadorenha, deveria observar os princípios da legalidade, segurança jurídica, a liberdade de expressão e o acesso à informação pública, a exigência de justificação dos atos estatais e o diálogo interinstitucional¹⁰⁷. Sobre a avaliação de proporcionalidade relativa à restrição da liberdade de expressão incorporada no Decreto, merece registro a seguinte passagem da interpretação da Sala Constitucional:

Así las cosas, el art. 29 inc. 1 Cn. debe ser interpretado contextualmente de la siguiente forma: (i) durante una catástrofe, epidemia u otra calamidad general no es posible suspender los derechos fundamentales contenidos en el art. 6 inc. 1 Cn., puesto que el examen de proporcionalidad que se haga en estos casos no superaría el escaño de idoneidad –en particular, la exigencia de adecuación–, ya que dicha medida no resultaría causalmente útil para conseguir el fin perseguido en una circunstancia as –ej., prohibir el uso de redes sociales informativas para evitar la propagación de una enfermedad–; y (ii) en caso de guerra, invasión del territorio, rebelión, sedición o de graves perturbaciones al orden público, según la intención del constituyente, dicha suspensión sí es posible, pero solo si se trata de expresiones o de información que no sean de interés público y si se respeta el principio de proporcionalidad.¹⁰⁸

Ao final, a Corte considerou que a decretação do regime de exceção pelo Executivo, Presidente e Conselho de Ministros, não havia sido fundamentado à luz da melhor evidência científica (Resolução 1/2020, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos), nem demonstrado os benefícios concretos à saúde e bem-estar da população a justificar que a suspensão de direitos fundamentais. Assim, não se caracterizou suficiente a motivação, no plano fático, a justificar que o regime de exceção fosse necessário, mais adequado e razoável para o controle da pandemia de Covid 19, de modo que o gravame imposto aos cidadãos salvadorenhos se configurou desproporcional e, logo, inconstitucional¹⁰⁹.

A retaliação do governo Bukele manifestou-se com o empacotamento da Corte promovido logo após as eleições legislativas de fevereiro de 2021, quando o Presidente passou a contar com 80% dos membros da Assembleia como aliados, sendo 56 deles filiados ao Nuevas

¹⁰⁷ "Art. 86.- El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y las leyes. Las atribuciones de los órganos del Gobierno son indelegables, pero éstos colaborarán entre sí en el ejercicio de las funciones públicas".

¹⁰⁸ SCJ. Sentencia 21-2020 AC, p. 48.

¹⁰⁹ Além do Decreto Legislativo n. 611/2020, que repetiu as normas do Decreto n. 594/2020, foram declarados inconstitucionais por conexão o Decreto Legislativo n. 639 (Ley de Regulación para el Aislamiento, Cuarentena, Observación y Vigilancia por COVID-19); os Decretos Executivos n. 5, 12, 18, 22, 24 e 25 (normas de desarrollo de los decretos legislativos emitidos en el contexto de la pandemia por COVID-19 con efectos de cuarentena domiciliar obligatoria en todo el país) e os Decretos Ejecutivos n. 14, 19, 21 e 26 e a Resolución Ministerial n. 101 (normas autónomas que producen efectos de cuarentena domiciliar obligatoria en todo el país), e o Decreto Ejecutivo n. 29/2020.



Ideas. A primeira medida da nova legislatura, tomada horas depois da investidura, foi a destituição dos cinco magistrados da Sala Constitucional da Corte, além do Procurador-Geral, Raúl Melara. Por deliberação de 64 dos parlamentares, os juízes José Óscar Pineda Navas, Aldo Cáder, Carlos Avilés, Carlos Sánchez y Marina Marengo de Torrente e seus suplentes foram destituídos e substituídos de imediato por Luis Javier Suárez, Héctor Naúm García, José Ángel Pérez, Elsy Dueñas Lobos y Óscar Alberto López Jérez, que fizeram juramento e tomaram posse na Corte Suprema em seguida, sob escolta policial e comemoração de Bukele nas redes¹¹⁰.

Considerando que os magistrados são nomeados para mandatos de 9 (nove) anos, e o Procurador-Geral para mandato de 3 (três) anos, e que ambas os cargos gozam de estabilidade segundo o texto constitucional¹¹¹, além da violação ao procedimento previsto na Constituição para a destituição dos magistrados, a medida foi objeto de nova Resolução da Suprema Corte¹¹² que declarou inconstitucional a deposição.

A legislação salvadorenha não especifica os crimes de responsabilidade que possam gerar a destituição dos magistrados da Suprema Corte, mas de acordo com o art. 236 da Constituição, a perda do cargo em decorrência de "crime oficial ou comum" por altos funcionários públicos (incluídos os magistrados e o Procurador-Geral) será precedida de denúncia à Assembleia (procedimiento de antejuicio), que ouvirá a defesa e decidirá se autoriza o processo, suspendendo os acusados do exercício das suas funções. Por sua vez, a segunda fase do procedimento é constituída pela instrução por uma Comissão Especial de Antejuicio integrada por deputados de diferentes grupos partidários, que ao final emitirá um parecer dirigido à Assembleia que, convocada para sessão especial, decidirá se a acusação preenche os requisitos para que seja encaminhada à justiça ordinária. Igualmente a nomeação dos magistrados substitutos fugiu o rito estabelecido para a eleição dos juízes da Sala Constitucional¹¹³.

Os relatos do ataque à Suprema Corte e ao Procurador foram recebidos com preocupação pelo relator especial da ONU para a independência de juízes e advogados, que condenou a decisão do Parlamento como mais um passo que debilita a independência judicial.

¹¹⁰ Postou o Presidente no *Twitter*: "Y el pueblo salvadoreño, a través de sus representantes, dijo: ¡destituídos!"

¹¹¹ Arts. 186 e 192 da Constituição salvadorenha.

¹¹² "Declárase que la decisión de la Asamblea Legislativa de destituir a los magistrados de esta Sala de lo Constitucional es inconstitucional, en tanto que viola la forma de gobierno republicana, democrática y representativa y el sistema político pluralista".

¹¹³ V. RELATÓRIO DA FUNDAÇÃO PARA EL DEBIDO PROCESO "JUSTICIA AMORDAZADA: LA CAPTURA DEL SISTEMA DE JUSTICIA EN EL SALVADOR", 2022, P. 28-30.



4) EXPLORANDO A DEBILIDADE INSTITUCIONAL E AVANÇANDO A AGENDA POPULISTA DE EROSÃO CONSTITUCIONAL

A debilidade institucional de El Salvador e a reforma eleitoral que deu condições ao realce de personalismos, aliados à ausência de uma esfera pública forte, constituem terreno fértil para que floresçam medidas autoritárias e contrárias à constituição. Nesse diapasão, a constitucionalidade dos decretos legislativos de 01 de maio de 2021 que modificaram a composição da Corte Suprema de Justicia de El Salvador e destituíram o Procurador Geral da República parece discutível.

Nos termos do artigo 186 da Constituição de El Salvador, os Ministros da Corte Suprema de Justicia possuem mandatos de nove anos, significando uma limitação temporal aos magistrados responsáveis pela mais alta corte do país. O processo de nomeação ocorre na Assembleia Legislativa, devendo haver maioria qualificada para aprovação do nome, sendo a Sala de lo Constitucional, basicamente, a responsável pelo controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Terminado o mandato de alguns juízes em 2018, a Corte Constitucional ficou quatro meses apenas com seu presidente. Em 16 de novembro de 2018, após pressões, houve a eleição de 4 nomes para o mandato de 2018 a 2027. O mandato de José Oscar Pineda Navas, então presidente, teria como final o dia 30 de junho de 2021 (ALVARENGA, p. 88).

A deposição dos Juízes da Corte Suprema seria possível, segundo o texto constitucional, mas deveria ser antecedida por uma lei que preveja causas determinadas para que a deposição ocorra. Assim dispõe a Constituição salvadorenha:

Art. 186.- Se establece la Carrera Judicial.

(1) Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por la Asamblea Legislativa para un período de nueve años, podrán ser reelegidos y se renovarán por terceras partes cada tres años. Podrán ser destituidos por la Asamblea Legislativa por causas específicas, previamente establecidas por la ley. Tanto para la elección como para la destitución deberá tomarse con el voto favorable de por lo menos los dos tercios de los Diputados electos.

Segundo o Decreto n. 2, de 01 de maio de 2021, os magistrados da Corte Suprema foram destituídos "por haber violentado con sus actuaciones al momento del juzgamiento de distintas causas constitucionales, diferentes categorías de derechos contenidas en la Constitución, con lo cual quedó demostrado que no son las personas idóneas para ejercer dicho cargo, lo cual surtirá efectos a partir del día 1 de mayo del año dos mil veintiuno". Não parece ser, portanto, formalmente constitucional a perda de direitos e a destituição de juízes sem que tenha havido



causas específicas determinadas previamente em lei, já que a lei inexistente. Materialmente, houve a destituição em massa dos magistrados, os quais compunham a Sala de lo Constitucional, sem que tivesse havido outra razão que não uma suposta não idoneidade e, conforme o preâmbulo do Decreto, de que as decisões teriam resultado em “vulneraciones a los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad jurídica, al principio de separación de los poderes y el principio de legalidad”.

É comum que haja previsões constitucionais no sentido de destituir magistrados integrantes dos tribunais constitucionais - no Brasil, por exemplo, exige-se crime de responsabilidade e processo de impeachment, o que perfaz a necessidade de um processo longo para verificação de responsabilidades, individualização da conduta do acusado e votação no parlamento. As previsões constitucionais salvadorenhas têm o mesmo sentido, isto é, relacionam-se com uma forma de controle por outro poder de ações graves realizadas por algum magistrado. Sem justificativa material, sem suporte formal e conduzido de maneira repentina e em um curtíssimo espaço de tempo, a deposição dos membros da Sala de lo Constitucional da Corte Suprema parece ter sido conduzida para que o controle de constitucionalidade, clássico veto-player em arranjos de pesos e contrapesos, uma vez que, como exposto no artigo, a Sala de lo Constitucional estava a contrariar, em suas decisões, políticas de Bukele agressivas aos direitos fundamentais. A nova composição, ao que parece, foi eleita a fim de que pudesse servir aos interesses do Legislativo e Executivo e, assim, jogar o jogo não constitucional, comprometendo o pluralismo, a independência judicial e o institucionalismo democrático. O caso da deposição do Fiscal General de la República é semelhante. Raúl Ernesto Melara Morán foi destituído do cargo por meio do Decreto n. 4, de 1o de maio de 2021, sem que houvesse permissão constitucional para tal ato.

Bukele apresenta-se como um político jovem, conectado, e afastado da política tradicional: a) faz constante uso de redes sociais, como Facebook e Twitter, para divulgar suas políticas e atacar adversários e imprensa, utilizando-se, também, de uma linguagem própria das redes: “el FMNL es ARENA 2.0” (v. tb. ROQUE BALDOVINOS, 2021, p. 244); b) estabeleceu que seria o Bitcoin, juntamente com o dólar estadunidense, a moeda de curso legal em El Salvador, com apoio da Assembleia Legislativa (v. Decreto n. 57/2021 e Dictamen Favorable n. 3, de 08 de junho de 2021); c) apresenta-se como uma força sem compromissos com a conjuntura política histórica e com os partidos dominantes; d) como apresentado, ataca institucionalmente Judiciário e Legislativo, tendo se aliado aos militares. e) ultrassimplifica questões políticas como quando, em fevereiro de 2020, ao invadir, com apoio militar, o



Parlamento salvadorenho, alegou o “direito divino” para ordenar o início de uma sessão da Assembleia (ESCÁNEZ; RODRÍGUEZ-PINZÓN, 2020).¹¹⁴

Confrontado com uma grande reação internacional às suas ações, apresentou, para justificar suas ações, uma confusa ligação entre nacionalismo e o tratamento da política ordinária como “suja”: “A nuestros amigos de la Comunidad Internacional: Queremos trabajar con ustedes, comerciar, viajar, conocernos y ayudar en lo que podamos. Nuestras puertas están más abiertas que nunca. Pero con todo respeto: Estamos limpiando nuestra casa... y eso no es de su incumbencia.” (<https://twitter.com/nayibbukele/status/1388705685689540615?s=20>).

Ao mesmo tempo, aliado e apoiado pelas forças militares, Bukele tem como estratégia política o personalismo ao se apresentar como o legítimo representante do povo, ou seja, como aquele capaz de lutar contra o establishment, desconsiderando, por exemplo, o aparato de forças sociais, econômicas e políticas que possibilitaram sua eleição. Sua representatividade política, assim, não é apresentada como possuindo relação, primariamente, com a representação legitimada por procedimentos eleitorais e democráticos e, portanto, mediada pelo direito. Com efeito, Bukele taxa a política nacional como contaminada pelo dualismo entre FMNL e ARENA, supostamente corruptos, fazendo com que a representatividade democrática procedimentalmente legitimada converta-se em uma representatividade na qual o povo possuiria um vínculo direto com o Poder Executivo. O processo político passa a ser, então, uma disputa plebiscitária ao redor do líder, o qual combate a política pluripartidária e a representatividade democrática (URBINATI, 2014, p. 129 e ss.).

A autorização, por meio do voto, recalls, referendos e protestos, presente em esferas eleitorais democráticas, é deturpada, e o processo democrático não é mais regido pelo direito. A participação nos processos decisórios é deixada de lado, em prol de uma personalidade política, deixando de haver a disseminação de temas políticos e a criação de discursos não hegemônicos e contra-discursos; os mecanismos democráticos de controle são descartados (sobre autorização democrática e processo eleitoral-democrático, v. MIGUEL, 2013, p. 121 e s.). Assim, Judiciário, partidos políticos e imprensa são atacados de diferentes maneiras. A própria tática plebiscitária de Bukele é uma armadilha aos partidos políticos e ao sistema

¹¹⁴ Assim afirmou Bukele: “Con toda humildad, ustedes saben, el pueblo salvadoreño completo sabe, nuestros adversarios saben, la comunidad internacional lo sabe, nuestra Fuerza Armada lo sabe, nuestra Policía lo sabe, todos los poderes fácticos del país lo saben: si quisiéramos apretar el botón, solo apretamos el botón. Pero yo le pregunté a Dios y Dios me dijo “paciencia”. O vídeo completo do discurso de Bukele, em fevereiro de 2020, encontra-se em <https://www.youtube.com/watch?v=TowL9J4bpIq>. Acesso em 16/09/2021.



jurídico: deixa-se de observar os atos governamentais como governamentais. Ao invés disso, o sistema político gira em torno da contestação às ações de Bukele.

Há, assim, em Bukele, um uso da noção de povo que possui paralelos históricos. Com efeito, a noção de “soberania popular” foi usada em diferentes períodos e contextos políticos de maneiras diversas (Thornhill, 2012). Algumas espécies de populismo, como o de Bukele, faz com que a menção à soberania popular seja reavivada para que haja um confronto do “povo” contra “elites” por meio dos próprios mecanismos da democracia constitucional. Para o combate às elites, utiliza-se procedimentos eleitorais democráticos, em um primeiro momento, os quais, por sua vez, são apresentados, em um segundo momento, como contaminados pelo poder das elites, sendo, portanto, considerados ilegítimos. Emendas constitucionais ou mesmo a promulgação de uma nova constituição são estratégias levadas a cabo em outros contextos, como na Hungria, de Orbán, a fim de que mesmo o desenho institucional seja ajustado para acomodar uma formação em que o Executivo possa ter ainda mais poderes e governar sem impedimentos de outros poderes e instituições.

São atacados, com a estratégia de ataque de elites, não apenas partidos, programas partidários e a formação da opinião pública, localizados na periferia do sistema jurídico, mas também o centro do sistema político democrático: a legislação e as instituições políticas (Möller, 2021, p.6). Nesse sentido, o populismo de Bukele não pode ser caracterizado primariamente pela construção de uma vontade popular, mas pela negação das “elites” no poder, sendo, assim, uma manifestação negativa da política. Políticas populistas tendem à eliminação de veto-players institucionais, como tribunais e o parlamento (TUSHNET, 2018, p. 643 e s.), como se verificou no Decreto n. 2 da Assembleia Legislativa salvadorenha. Ocorre que, em países de estruturas normativas frágeis, em que esferas públicas fracas fazem-se presentes, táticas populistas autoritárias encontram terreno fértil.

O foco estatalista e a observação do design institucional e sua erosão é insuficiente para explicar a crise salvadorenha. Clientelismo, patrimonialismo, pressões internacionais, pressões econômicas, assimetrias de gênero contribuem à explicação do fenômeno Bukele. As estruturas normativas constitucionais do país são extremamente frágeis. Vigora um sistema democrático há poucas décadas. A colusão entre público e privado advém também da lógica econômica, ligada a empresas transnacionais, fazendo com que expectativas cognitivas, conectadas ao setor econômico, prevaleçam em relação às normativas, do direito democrático. Elites setoriais beneficiam-se de momentos de crise e podem propulsionar a erosão do modelo democrático,



podendo-se comportar como parasitas do sistema político democrático, cumprindo suas lógicas segmentárias a qualquer custo, sem que haja veto-players típicos do sistema democrático.

5) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em termos institucionais, o caso de El Salvador documenta a erosão de um arranjo constitucional-democrático. Bukele, líder de um novo arranjo de forças políticas e alinhado com agendas populistas transnacionais, promove mobilizações sociais contra as instituições constitucionais, usa do poder Legislativo para manipular o texto e a interpretação constitucional, faz da política uma dinâmica plebiscitária em torno de seu nome, bem como mostra-se francamente contrário às instituições e normas internacionais, apoiando-se nos militares.

Em termos sociológicos, o processo conduzido por Bukele revela uma transformação em El Salvador. Bukele é tanto um promotor da erosão constitucional como um símbolo de uma população que não observa a política tradicional como capaz de solucionar problemas complexos. Como um parasita do sistema político, aproveita-se das falhas dos mecanismos democráticos constitucionais para promover a dissolução do arranjo constitucional e mesmo da legalidade. Por outro lado, as elites tradicionais, ao que parece, perdem força para que haja o fortalecimento de novas elites que apoiam o Executivo e suas medidas.

Por fim, **em termos políticos**, a legitimação do processo democrático altera-se por meio de uma modificação sobre a interpretação da soberania popular. O rompimento com o tradicional mecanismo de representação eleitoral, substituído pela representação personalista típica dos populistas, faz com que o fundamento democrático não seja considerado relevante para que os poderes estabelecidos possam tomar decisões. A nova forma de se observar a soberania popular parece conduzir a um tipo diferente de subjetividade constitucional apartada dos limites institucionais, a qual prescinde de limitações recíprocas por parte dos poderes constituídos e de partidos e de uma esfera pública formadora de contra-discursos e propulsora de temas.

Assim, observa-se a cisão entre as expectativas normativas garantidas pela constituição salvadorenha, espalhadas entre uma população que viveu ditaduras e uma guerra civil. O processo de esgotamento do modelo constitucional impulsionado pelas forças políticas e econômicas lideradas por Bukele parece, portanto, conduzir a um cenário de incertezas, no qual



o Executivo poderá massivamente promover políticas autoritárias em nome de uma suposta vontade popular.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, W. E. S. La justicia constitucional en El Salvador: activismo judicial como control de la crisis de gobernabilidad democrática. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 83, 2020.

BOESE, Vanessa A. et al. **Autocratization Changing Nature? Democracy Report 2022**, March 2022, Varieties of Democracy Institute. Hereinafter, V-Dem, Democracy Report.

CARÍAS, María. Nuevas Ideas, Viejas Prácticas Neoliberales: la pandemia de Covid-19 y el Gobierno de Bukele en El Salvador”. In: IGLECIAS, WW. T.; SUZUKI, J. C.; PEREIRA, F. D. (org.). **Série PROLAM debate**: volume 2: América Latina: desafios contemporâneos. São Paulo: Edições EACH, 2022.1 ebook DOI 10.11606/9786588503157.

ESCÁNEZ, Francisco & RODRÍGUEZ-PINZÓN, Erika . Bukele y las Fuerzas Armadas: un tándem que erosiona los contrapesos de la democracia salvadoreña. **Pensamento Propio**, 51, 2020, p. 205-232.

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO. JUSTICIA AMORDAZADA: LA CAPTURA DEL SISTEMA DE JUSTICIA EN EL SALVADOR. 13. JUL. 2022. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.DPLF.ORG/ES/RESOURCES/JUSTICIA-AMORDAZADA-LA-CAPTURA-DEL-SISTEMA-DE-JUSTICIA-EN-EL-SALVADOR](https://www.dplf.org/es/resources/justicia-amordazada-la-captura-del-sistema-de-justicia-en-el-salvador)

GARGARELLA, R. & ROA ROA, J. E. **Diálogo democrático y emergencia en América Latina**. s. l.: Max Planck Institute, 2020.

GINSBURG, T. & VERSTEEG, M. “The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic”, **Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper**, n.. 2020-52 and **University of Chicago, Public Law Working Paper**, n. 747.

HAGGERTY, Richard A. (1990). **El Salvador: A Country Study**. Washington. Federal Research Division Library of Congress. Area handbook series.

HEINING, H.; KINGREEN, T.; LEPSIUS, O.; MÖLLERS, C.; WOLKMANN, U.; WIBMANN, H. “Why Constitution matters: la ciencia del Derecho Constitucional ante la crisis del coronavirus”, **Revista de Derecho Público: Teoría y Método**, (1), 2021, p. 129-146.

KEILITZ, I. Illiberalism enabled by the coronavirus pandemic: An existential threat to judicial independence. **International Journal for Court Administration**, 11(2), 2020, p. 1-17.

MÖLLER, Kolja. "Populism and the Political System: A Critical Systems Theory Approach to the Study of Populism." (DRAFT), 2021.



MIRANDA, W. Bukele expulsa de El Salvador al periodista mexicano Lizarraga editor del medio digital **El Faro**. *El País*. 08. Jul. 2021. Disponible em <https://elpais.com/internacional/2021-07-08/bukele-expulsa-de-el-salvador-al-periodista-mexicano-daniel-lizarraga-editor-del-medio-digital-el-faro.html>.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Informe Final. Misión Especial de la Secretaría General de la Organización de Los Estados Americanos a El Salvador**. : 2 de mayo de 2021.

POCASANGRE, O. Why El Salvador's Multi-Party System Is On the Brink of Collapse. 2021. **El Faro**. Disponible em: <https://elfaro.net/en/202102/columnas/25273/Why-El-Salvador%E2%80%99s-Multi-Party-System-Is-On-the-Brink-of-Collapse.htm>

ROQUE BALDOVINOS, R. Nayib Bukele: populismo e implosión democrática. **Andamios, Revista de Investigación Social**, 18, n. 46, 2021, p. 233-255.

SANZ, J. L. "Se acabó la democracia en El Salvador". **El Faro**, 7 September 2021. Política. Disponible em: https://elfaro.net/es/202109/el_salvador/25701/Se-acabó-la-democracia-en-El-Salvador.htm

SHELLENBERGER, Milena. "Amnesty and Human Rights–The Case of El Salvador." **International Journal on Rule of Law, Transitional Justice and Human Rights**, 11.11, 2020, p. 23-34.

SILES, Ignacio; GUEVARA, Erica; TRISTÁN-JIMÉNEZ, Larissa & CARAZO, Carolina. Populism, Religion, and Social Media in Central America. **The International Journal of Press/Politics**, 0(0), 2021, p. 1-22.

THORNHILL, C. (2012). Contemporary Constitutionalism and the Dialectic of Constituent Power. **Global Constitutionalism** 1, 2012, p. 369-404.

TOBAR, M. Gobernabilidad en tiempos de crisis: la relación entre el Ejecutivo y el Legislativo en la gestión del Presidente Nayib Bukele en El Salvador. **Reflexión Política**, 22(45), 2020, p. 70-79.

TUSHNET, M. Comparing right-wing and left-wing populism. In: **Constitutional democracy in crisis**. Oxford University Press, 2018.

URBINATI, N. **Democracy disfigured: opinion, truth, and the people**. Harvard University Press, Cambridge, 2014.



THE HIGHEST CASTE ON THE DEFENDANT'S SEAT

Comparative institutional analysis of jurisdictional privileges in Latin American countries

Tassiana Moura de Oliveira*

José Mário Wanderley Gomes**

Ana Tereza Duarte Lima de Barros***

1. INTRODUCTION

We have over-pluralized the hypotheses of jurisdictional privilege and this ends up causing this dysfunctionality of the system that culminates in the perverse effect consisting of impunity - Former Chief Justice Celso de Mello, O Estado de São Paulo, May 31, 2017.

What does influence the existence of jurisdictional privilege for some authorities in Latin American countries? After the end of colonial periods, many Latin American countries struggled with authoritarian regimes. Most of these countries experienced waves of authoritarianism followed by democratic moments during the last century. For that reason, democratic institutions were built under the imminent threat of a coup d'état.

For instance, to ensure that presidents would not be persecuted for political reasons, Brazil has established that its Supreme Court (*Supremo Tribunal Federal*) would be the only court with powers to judge presidents (except impeachment cases), federal deputies, and senators, amongst other higher authorities. This is commonly known as *foro privilegiado*, but the official name should be “jurisdiction for the prerogative of function”. For this work, we decided to translate it as “jurisdictional privilege” since it is a right conceded to a few authorities to have one specific court with judicial power to judge them.

In the case of Brazil, the Brazilian Supreme Court tends to use the time and the power of agenda-setting to choose when, who, and even *if* they will judge criminal charges against

* Ph.D. Political Science (UFPE). Lecturer at the Department of Latin American and Caribbean Studies at University at Albany (SUNY), USA.

** Ph.D. Political Science (UFPE). Master of Science Public Law (UFPE). Professor at *Univerdade Católica de Pernambuco* Brazil.

*** Ph.D. Candidate in Political Science (UFPE), Brazil. Member of *Es De Politólogos* and *Red de Politólogos*.



high authorities. According to Gomes Neto and Carvalho (2021), the original goal of the creation of the jurisdictional privilege was to protect the political activity, given the recent history of authoritarianism in the country, heavily influenced by studies on the re-democratization of the region. However, they found that this institute did not produce the expected effects: it served as a shield for members of the political higher classes from being condemned and punished for illicit acts (crimes).

Based on the Brazilian example, this work seeks to understand if other Latin American countries also offer the same protection to their authorities and why. What are the factors that influence the existence of jurisdictional privilege? Furthermore, what does influence the extent of the privilege given to more or fewer authorities?

This research used a multi-method approach to present and analyze the institutional phenomenon of jurisdictional privilege. First of all, exploratory and descriptive comparative research was carried out from Latin American constitutional texts to identify where jurisdictional privileges are present and their respective amounts. Then, a quantitative analysis applied statistical tests to the variables included in the research database, to check possible correlations between institutional quality indices and the variation in the number of representative categories of political authorities benefiting from the privilege of jurisdiction. Finally, a qualitative comparative analysis (QCA) was performed to describe the relationship between the variables in terms of necessary and sufficient logical conditions for the occurrence of the phenomenon under study.

Thus, we hope to find research results that contribute to the understanding of the reasons for this constitutional privilege and an understanding of the way it is distributed among Latin American countries. What was once presented as a local and singular institutional feature has actually turned out to be a regional phenomenon, demanding generalized explanations within a broader legal and political context.

This paper is divided into 3 topics. The first topic explains how the transitions in Latin American countries influenced the design of Judicial institutions and created some institutions that only exist in this region. It shows that it is not possible to study countries of the Global South based on theories established upon countries of the North of the Globe. Secondly, we discuss how the institutional quality is affected by an incomplete transition to democracy. Our argument is that one of the (unwelcome) consequences of an incomplete democratic and institutional transition is the arising of institutional privileges, as jurisdictional privileges. The third topic explains our method and, finally, presents our results. This is the first paper of a



more extended research project that we hope will help to fill this gap in the comparative studies of Judicial institutions.

2. INSTITUTIONS IN LATIN AMERICA: what to know before analyzing them

2.1 Latin American transitions to democracy and their effect on Judicial institutions

Latin American countries have endured many moments of political instability that, eventually, led to constitutional changes. These changes also meant institutional transitions. During the 1980s and 1990s, the region observed a wave of new democratic constitutions that brought with them some mechanisms meant to impede new authoritarian regimes. The Judiciary, in some cases, has gained more power and liberty to protect constitutions and, one would expect, to safeguard democracy. In other cases, the relationship between branches of power did not change so much.

In Argentina, for instance, even with a democratic transition due to the election of Raúl Alfonsín, the Judiciary was still seen “as a power vulnerable to the Executive” (ENGELMANN; BANDEIRA, 2017, p. 908). After the democratic reopening, the Argentine Court went through three distinct periods. The first one lasted until 1989, during the period of Alfonsín and it showed an image of Judicial stability before the society. The trial of the military dictators and the technical composition of the judges helped to build this image, despite the political appointment of justices.

Under the Menem government, the Argentinian judicial institution lost its credibility: the government changed the Court's composition (court-packing) and judges were again being seen as allies to the government. It was after 2003 when the Argentine Court gained more independence from the Executive due to changes in the way judges were recruited. It was key to avoiding an increase in the protagonism of the institution and its judges in the Argentine political scene (BANDEIRA, 2017).

In Bolivia, it was in 2009 that the government of Evo Morales held a popular consultation to amend the Constitution that brought the project of the “Plurinational State of Bolivia” (BOLIVIA, 2009). The new constitution also gave more powers to the Judiciary, creating the Plurinational Constitutional Court, the Supreme Court of Justice, the Agro-environmental Court, and the *Consejo de la Magistratura*.



According to the constitutional text, the Supreme Court of Justice is the highest court of ordinary jurisdiction, and its magistrates are elected by universal suffrage (BOLIVIA, 2009). Because of greater freedom and greater power, the court was a protagonist in important decisions on indigenous rights. “There are cases, such as Constitutional Sentence 295/03, in which the Constitutional Court of Bolivia has already ruled, recognizing indigenous rights. [...] Thus, it is possible to point to Bolivia as a case of pluralization of law with judicial activism” (AVRITZER, 2016, p. 84).

Chile is a different case. Throughout the rest of the century, and even after the authoritarian regime, the Chilean Court remained apathetic, according to its researchers. One of the explanations is the concern with legality; on the other hand, even with this respect for legality, the Chilean Court allowed and even facilitated authoritarian rule (HILBINK, 2007). After the democratic reopening and with small reforms that allowed greater freedom, Chile is a case of a self-contained Court, especially when compared to the phenomenon of protagonism observed in other countries (HUNEEUS, 2010). One of Hilbink's (2007) conclusions is that the Chilean Judiciary has a tendency toward conservatism and avoids confrontation with the government, and this is linked to its history of “impartiality” and institutional structure.

As legal change alone is not enough, according to Ríos-Figueroa (2007), for judicial effectiveness, Mexico proves that political instability is also important in the scenario of judicial activism. The Mexican Court did not go against the interests of the Institutional Revolutionary Party (PRI) until it presented weaknesses in 1997 (it lost its majority in Congress) and in the year 2000 (this year the party lost the presidential elections). Finally, under power fragmentation in the Executive and Legislative branches, due to the weakening of the PRI, the Supreme Court imposed defeats on the government.

In Peru, the Judiciary has always been considered a minor power, subordinate to the Executive: judges contributed to Fujimori's authoritarian government by failing to apply international human rights standards and ignoring constitutional guarantees. Even so, human rights protection organizations used international mechanisms, such as the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), to denounce government abuses in the 1990s and, after Fujimori's fall, the Peruvian Judiciary started to analyze and judge the cases, leading to a total of 113 individuals to be acquitted, 66 convicted and 12 were absent during the criminal trials that took place between 2005 and 2012 (BERNARDI, 2015).

In the Peruvian case, Bernardi (2015) also says that the IACHR played an important role in the transition, through the activities of non-governmental organizations for the protection



of human rights: after the overthrow of Fujimori, these organizations participated in the transitional government. The reconfiguration of the Judiciary included judges that not only did not have a career (magistracy) but were also part of political parties that were hit hard by the Fujimori dictatorship.

Finally, Uruguay proved that the entry of left-wing parties into the game also had a symbolic consequence. Civil society felt more empowered to discuss political issues in the Judiciary. The new party design, according to Trujillo (2013), is one of the seven elements he describes as important for the judicialization of politics in Uruguay. Something only possible after the democratic transition, since the other elements are: judicial independence; publicizing cases of State irregularities; the appearance on the State's agenda of problems involving violations of human rights and the environment; the ideological homogeneity of political actors; high levels of political competition and emergence of “new social movements” (TRUJILLO, 2013).

These cases are examples. This topic sought to explain that, during re-democratization, Latin American countries built institutions and legal avenues that would help to avoid new authoritarian regimes. It involved strengthening the Judiciary and, in some cases, creating jurisdictional privileges to protect elected officials.

The reason why the countries sought to empower their judiciaries is not the focus of this research, even though there are many theories varying from insurance - when a ruling coalition gives power to courts expecting that they will protect their policies in the future (RAMSEYER 1994; GINSBURG, 2003; FINKEL, 2008); power balance is also a possible explanation since courts could be responsible for balancing forces between Executive and Legislative (CHAVEZ 2004a, 2004b). One that best fits the idea of this text is the legitimization of regimes. Countries that went through transitions of regimes need to show that the new democratic government will be transparent and committed to the rule of law (LANDRY, 2008). Next, we will further look at why institutions matter when explaining this subject.

2.2 Formal and Informal Institutions matter: what to expect when studying Latin American institutions

Before diving deeper into our object of research, the institution of jurisdictional privilege, it is important to define what is an institution. For this purpose, we will use O'Donnell's (1996, p. 6) concept: an institution is “a regularized pattern of interaction that is



known, practiced, and accepted (if not necessarily approved) by actors who expect to continue interacting under the rules sanctioned and backed by that pattern”. O’Donnell (1996) explains that most scholars when analyzing democracies tend to compare them to northwestern countries. However, many Latin American countries, albeit polyarchies¹¹⁵, are also established on informal institutions that he defines as particularism and clientelism¹¹⁶.

This has been a challenge for scholars who study Latin America from comparative perspectives for decades now. Informal institutions, as O’Donnell (1996) called them, bring instability and weakness since formal institutions tend not to perform as we would expect them to (BRINKS, et al, 2019).

For instance, O’Donnell (1996, p. 5) adds that, on top of the attributes of a polyarchy, countries need to guarantee that “elected (and some appointed) officials should not be arbitrarily terminated before the end of their constitutionally dictated terms”. It means that the rule of law must be respected if there is a reason to oust an official (elected or not). Rule of law, free courts, and accountability are some of the requisites that countries have to prove to be part of liberal constitutional democracies.

Nonetheless, if a president is going to be held accountable or not because of her mistakes is another question. One thing is to establish rules and to provoke courts to judge officials, something different is to expect that judges will feel empowered enough to enforce those rules. In Argentina, for example, Helmke (2004) learned that justices tend to vote to favor presidents’ interests during the first years of their terms because they fear losing their jobs. When they notice that the sitting president is going to be substituted, they change their line of ruling to vote in support of the next president and/or party agenda.

In Brazil, Gomes and Carvalho (2021) found that when the Supreme Court (STF) has to judge high officials in criminal cases under the jurisdictional privilege, it tends to use different mechanisms to avoid ruling the case. Justices often either dismiss the case under some technicality or send them to another court (lower level). In spite of being democratic countries, these examples from Brazil and Argentina show that legal institutions do not always perform as they should.

¹¹⁵ O’Donnell (1996) uses Dahl’s definition of polyarch and its seven formal attributes: elected officials; free and fair elections; inclusive suffrage; right to run for office; freedom of expression; alternative information; associational autonomy.

¹¹⁶ That is “various sorts of nonuniversalistic relationships, ranging from hierarchical particularistic exchanges, patronage, nepotism, and favors to actions that, under the formal rules of the institutional package of polyarchy, would be considered corrupt (O’DONNELL, 1996, p. 12-13).



It is important to note that not only democracies are subjected to this. Authoritarian countries have also demonstrated the political use of courts in different ways. In their cases, one can expect that they will not perform by the democratic book. Researches in authoritarian countries show that “courts are often used to advance the interests of authoritarian regimes, and yet paradoxically, they are also sometimes transformed into important sites of political resistance” (MOUSTAFA, GINSBURG, 2008, p. 2). This information can explain why an authoritarian country would have institutional avenues to try officials.

In summary, we have learned that, in Latin America, “a regularized pattern of interaction that is known, practiced, and accepted (if not necessarily approved) by actors who expect to continue interacting under the rules sanctioned and backed by that pattern” (O’DONNELL, 1996) are not always formal. Most importantly, even when they are formal, such as the jurisdictional privilege rules, researchers may find that they do not perform as they were supposed to. Also, it is important to understand that, authoritarian regimes may also present legal institutions to try officials, but it would be interesting to find if they do really work as they should.

3. EXPLAINING THE JURISDICTIONAL PRIVILEGE (*FORO PRIVILEGIADO*)

*In the Republic, we are all common and we must be treated as common. In Brazil, a system of privileges protects a caste of politicians. It is necessary to 'republicanize' Brazil - Sergio Abranches, **BBC Brasil**, 9 April 2018.*

This is a *sui generis* situation: constitutional rules designate a Supreme Court, a High Court, or another special institutional body to play the role of a single instance for the judgment of alleged practice of common crimes by people in the highest decision-making spheres of the country, while occupying elective term and/or public service. In addition to the exercise of their primary activities - notably those related to judicial review - the members of the respective Court are displaced to conduct and judge criminal proceedings, allegedly committed by high authorities.

The Brazilian legal literature justifies the existence of this privilege as a necessary procedure to preserve the procedural guarantees of the accused high authorities and to safeguard them from possible political pressures on first-degree magistrates, as well as from unwanted persecution by the magistrates themselves (TOURINHO FILHO, 2013; TAVARES FILHO, 2016; TÁVORA and ALENCAR, 2012; MALAN, 2014; AGUIAR and OLIVEIRA, 2018).



Some people hold positions of special relevance in the State, and in consideration of these positions or functions that they exercise in the political-juridical scenario of our Homeland, they enjoy a special jurisdiction, that is, they will not be prosecuted and judged like any of the people, by the common bodies, but by higher bodies, at a higher level (TOURINHO FILHO, 2013, p.179).

In addition, Malan (2014) observes that the specter of political agents with jurisdictional privileges - especially in the Brazilian Supreme Court environment - underwent an expansive and practically uninterrupted process throughout the successive Brazilian constitutional regimes, attributing the existence of the benefit to an ethical-political foundation: the dignity of the public function exercised by the accused. According to the dominant argument in the legal literature, the accused would be tried in a special jurisdiction, precisely to prevent courts from being used as “instruments of political war” (ARANTES, 2007).

Arantes (2007) and Aguiar & Oliveira (2018), however, in the opposite direction, refute legal justifications for the existence and continuity of situations of jurisdictional privilege, arguing that this would be capable of generating a reverse and unwanted effect: the concentration of judgments in the High Courts would reduce the chances of prosecution and punishment of accused politicians, contributing to the feeling of impunity. This position is empirically confirmed by the evidence found in the study by Gomes and Carvalho (2021).

Despite the legal literature description of such privilege, there is a gap in substantive comparative research on the institute among Latin American countries. This is the reason why we took the Brazilian case as a starting point. This research sought to verify from a comparative perspective the existence and causes of the benefit of jurisdictional privilege in Latin American countries and to fill this theoretical gap.

4. JURISDICTIONAL PRIVILEGE IN LATIN AMERICA: research design, results, and discussion.

As mentioned above, we used a multi-method approach to present and analyze the institutional phenomenon of jurisdictional privilege. First of all, exploratory and descriptive comparative research was carried out on Latin American constitutional texts, to identify where jurisdictional privileges are present and their respective amounts. This research had its starting point in the full reading of 24 Constitutions of Latin American countries¹¹⁷, seeking to identify

¹¹⁷ Constitutional texts are available on the Constitute Project website: <https://www.constituteproject.org/countries/Americas?lang=en>



legal rules that benefit political authorities with jurisdictional privilege, transferring regular criminal judgments to the environment of the Supreme Courts, High Courts, or Parliament bodies.

Figure 1: Jurisdictional privilege and countries' descriptive data

COUNTRY	Jurisdiction		VICE							MINISTER /			INDICATOR
	Privilege	CONST RULE	PRESIDENT	PRESIDENT	SENATOR	DEPUTY	JUSTICES	DIPLOMATS	PROSECUTORS	SECRETARY	MILITARY	OTHERS	
ARGENTINA	1	ART 116	0	0	0	0	0	1	1	0	0	0	2
BOLIVIA	1	ART 184, "4"	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	2
BRASIL	1	ART.102, "b", "c"	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	10
CHILE	0	-	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
COLOMBIA	1	ART 235	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	11
COSTA RICA	1	ART 121, "9"	1	1	0	0	1	1	0	0	0	0	5
DOMINICA	0	-	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
DOMINICAN REPUBLIC	1	ART 154	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	10
ECUADOR	1	ART 431	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	1
EL SALVADOR	1	ART 182	1	1	0	1	0	0	0	0	0	0	3
GRENADA	0	-	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
GUATEMALA	0	-	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
GUYANA	0	-	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
HAITI	0	-	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
HONDURAS	1	ART 313	1	1	0	1	0	0	0	0	0	0	3
JAMAICA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
MEXICO	1	ART 111	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	2
NICARAGUA	1	ART 130	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	2
PANAMA	1	ART 142, 155, 16	1	1	0	1	1	0	0	0	0	0	4
PARAGUAY	0	-	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
PERU	1	ART 93, ART 99	1	1	1	1	1	0	1	1	0	0	7
SURINAME	1	ART 140	1	1	1	1	1	0	0	1	0	1	7
URUGUAY	0	-	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
VENEZUELA	1	ART 266	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	10

Source: Authors' elaboration based on the original database of this research and Constitute Project website.

Thereby, we identified that 15 countries present constitutional rules on jurisdictional privileges, while 9 Latin American countries do not have any constitutional rule in this sense. In countries with active jurisdictional privileges in their constitutional designs, we counted how many categories of political authorities benefited from differentiated judicial treatment¹¹⁸.

Figure 2: Spatial distribution of criminal jurisdictional privilege

¹¹⁸ This research did not measure how many people would benefit (by category of political authority) from the privilege of jurisdiction in each country surveyed.





Among the countries studied in this investigation, 13 (54.17%) protect presidents and vice-presidents, 9 (37.5%) protect deputies and justices, 6 (25%) protect senators, diplomats, prosecutors and ministers/secretaries, 5 (20.84%) protect other categories of political authorities and 3 (12.5%) protect the military.

Colombia (11), Venezuela (10), Brazil (10), and the Dominican Republic (10) are those countries that have jurisdictional privilege spread across a greater number of political authorities. Argentina, Bolivia, Mexico, and Nicaragua have only two categories in their constitutional norms that benefit from the privilege of jurisdiction, representing the lowest intensity of this benefit. However, this does not occur homogeneously: while the constitutions



of Mexico, Bolivia, and Nicaragua seek to benefit presidents and vice-presidents, the Constitution of Argentina gives this benefit to two less expressive authorities, specifically diplomats and prosecutors. The nine countries with no constitutional rule on jurisdictional privileges are Chile, Dominica, Grenada, Guatemala, Guyana, Haiti, Jamaica, Paraguay, and Uruguay.

What would be the factors that could help to empirically explain the existence and distribution of jurisdictional privileges in Latin American countries?

We searched for other quantitative and qualitative empirical tools that could provide explanatory evidence of this phenomenon, carrying out an in-depth analysis of possible relationships between the provision and the intensity of the aforementioned institutional benefit and a set of explanatory variables related to the characteristics of the countries studied.

Then, we used statistical correlation tests (*Pearson "r" and Spearman "rho"*) to verify whether the variation in the number of categories of privileged political authorities in the group of Latin American countries (indicative of the *intensity of the jurisdictional privilege*) - dependent variable (Y) - was related to the variation in institutional quality indexes measured by the WGI scale of the World Bank - independent variables (X) - for the same group of countries. Such tests are adequate to assess the existence (or not) of correlation between such variables of continuous and ordinal nature (LEVIN et al., 2014).



Table 1: Correlation between the intensity of jurisdictional privilege and World Bank's institutional quality indicator (WGI)

Statistical correlation tests: Pearson "r" and Spearman "rho"			Pearson r	Spearman rho
Intensity of jurisdictional privilege	-	Political Stability and Absence of Violence/Terrorism 2021 WGI (WB)	-0.311	-0.271
Intensity of jurisdictional privilege	-	Rule of Law 2021 WGI (WB)	-0.241	-0.148
Intensity of jurisdictional privilege	-	Government Effectiveness 2021 WGI (WB)	-0.175	-0.112
Intensity of jurisdictional privilege	-	Control of Corruption 2021 WGI (WB)	-0.237	-0.185

Note. All tests are one-tailed for the negative correlation. The results for the p-value are irrelevant as the researchers analyzed the entire population of Latin American countries.

Source: Authors' elaboration is based on the World Bank's WGI 2021 indicators and the original database of this research.

The results of the statistical tests show (from a quantitative point of view) that there is a *negative correlation* between institutional quality indexes and the intensity of jurisdictional privilege. Thus, within the inferential limits of the research model in Latin American countries one slight but interesting correlation was found: *as institutional quality indicators decrease (negative direction), the number of categories of public authorities protected by the aforementioned privilege increases.*

Then, we carried out a qualitative comparative analysis (QCA), a tool suitable for the logical understanding of a reduced set of cases (small-n), such as Latin American countries.

The crisp-set Qualitative Comparative Analysis (csQCA) was the first type of QCA to be developed by Ragin and Drass and is still the most widely used type today. Through the use of Boolean algorithms, Ragin, with the help of Drass, "found an instrument to identify patterns of multiple conjunctural causations and a tool" (RIHOUX; RAGIN, 2009, p. 33-34), to "simplify structured complex data in a logical and holistic way" (RAGIN, 1987, p. viii). Thus, at the heart of the QCA is the "Boolean minimization", which would be binary conditions that would divide the world into a part that presents the condition (1) and another part that does not present the condition (0) (RIHOUX; RAGIN, 2009, p. 35-36).



As Rihoux and Ragin (2009) described the entire analysis process using the QCA technique, the present analysis uses the same logical sequence. In the case of our research, there were three causal conditions:

- 1) It is considered a Free Country by Freedom House¹¹⁹ (1) or not (0) / It is considered a Liberal Democracy (1) or not (0) by V-DEM¹²⁰.
- 2) Countries with positive (1) and negative (0) Government Effectiveness¹²¹.
- 3) Countries with positive (1) and negative (0) Control of Corruption¹²².

The outcome is the presence of jurisdictional privilege for the president, vice-president, deputies, or senators.

Table 2: Dichotomized data (3 conditions) using Freedom House

¹¹⁹ Freedom House rates people's access to political rights and civil liberties in 210 countries and territories through its annual Freedom in the World report. Individual freedoms — ranging from the right to vote to freedom of expression and equality before the law — can be affected by state or non-state actors. The Freedom House Score on country liberties is available at: <https://freedomhouse.org/countries/freedom-world/scores>

¹²⁰ Varieties of Democracy (V-DEM) rates the political regimes of the world in four main categories: Liberal Democracy; Electoral Democracy; Electoral Autocracies; Closed Autocracies. Disponível em: https://www.v-dem.net/democracy_reports.html

¹²¹ The Worldwide Governance Indicators (WGI) project reports aggregate and individual governance indicators for over 200 countries and territories over the period 1996–2020. Available at: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/>

¹²² *Idem.*



CASES	FREE COUNTRY (FREEDOM HOUSE)	GOVERNMENT EFFECTIVENESS (WGI)	CONTROL OF CORRUPTION (WGI)	JURISDICTIONAL PRIVILEGE (OUTCOME)
Argentina	1	0	0	0
Bolivia	0	0	0	1
Brazil	1	0	0	1
Chile	1	1	1	0
Colombia	0	1	0	1
Costa Rica	1	1	1	1
Dominica	1	0	1	0
Dominican Republic	0	0	0	1
Ecuador	1	0	0	0
El Salvador	0	0	0	1
Grenada	1	0	1	0
Guatemala	0	0	0	0
Guyana	1	0	0	0
Haiti	0	0	0	0
Honduras	0	0	0	1
Jamaica	1	1	0	0
Mexico	0	0	0	1
Nicaragua	0	0	0	1
Panama	1	1	0	1
Paraguay	0	0	0	0
Peru	1	0	0	1
Suriname	1	0	0	1
Uruguay	1	1	1	0
Venezuela	0	0	0	1

Source: Authors' elaboration based on Freedom House (2022) and World Bank WGI (2020).

Table 3: Dichotomized data (3 conditions) using V-DEM



CASES	LIBERAL DEMOCRACY (V-DEM)	GOVERNMENT EFFECTIVENESS (WGI)	CONTROL OF CORRUPTION (WGI)	JURISDICTIONAL PRIVILEGE (OUTCOME)
Argentina	0	0	0	0
Bolivia	0	0	0	1
Brazil	0	0	0	1
Chile	1	1	1	0
Colombia	0	1	0	1
Costa Rica	1	1	1	1
Dominica	0	0	1	0
Dominican Republic	0	0	0	1
Ecuador	0	0	0	0
El Salvador	0	0	0	1
Grenada	0	0	1	0
Guatemala	0	0	0	0
Guyana	0	0	0	0
Haiti	0	0	0	0
Honduras	0	0	0	1
Jamaica	0	1	0	0
Mexico	0	0	0	1
Nicaragua	0	0	0	1
Panama	0	1	0	1
Paraguay	0	0	0	0
Peru	0	0	0	1
Suriname	0	0	0	1
Uruguay	1	1	1	0
Venezuela	0	0	0	1

Source: Authors' elaboration based on V-DEM (2021) and World Bank WGI(2020).

If Y, then X. Y implies X. The “truth table” is nothing more than a synthesis of the raw data table. In other words, it is a table of settings (RIHOUX; RAGIN, 2009, p. 44). To know the possible number of combinations, it is only necessary to raise the number 2 (presence or absence) to the number of conditions. In the present case, the formula would be 2^3 . That is, there are 8 possible configurations in the present research design:

Table 4: “Truth Table” of Boolean Settings using Freedom House



CASES	FREE COUNTRY (FREEDOM HOUSE)	GOVERNMENT EFFECTIVENESS (WGI)	CONTROL OF CORRUPTION (WGI)
1) Bolivia, Dominican Republic, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Mexico, Nicaragua, Paraguay, Venezuela	0	0	0
2) Argentina, Brazil, Ecuador, Guyana, Peru, Suriname	1	0	0
3) Jamaica, Panama	1	1	0
4) Chile, Costa Rica, Uruguay	1	1	1
5) Colombia	0	1	0
6) Dominica, Grenada	1	0	1
7) ?	0	1	1
8) ?	0	0	1

Source: Authors' elaboration based on Freedom House (2022) and World Bank WGI (2020).

Table 5: “Truth Table” of Boolean Settings using V-DEM



CASES	LIBERAL DEMOCRACY (V-DEM)	GOVERNMENT EFFECTIVENESS (WGI)	CONTROL OF CORRUPTION (WGI)
1) Argentina, Bolivia, Brazil, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Mexico, Nicaragua, Paraguai, Peru, Suriname, Venezuela	0	0	0
2) ?	1	0	0
3) ?	1	1	0
4) Chile, Costa Rica, Uruguay	1	1	1
5) Colombia, Jamaica, Panama	0	1	0
6) ?	1	0	1
7) ?	0	1	1
8) Dominica, Grenada	0	0	1

Source: Authors' elaboration based on V-DEM (2021) and World Bank WGI(2020).

Table 6: Analysis of sufficient configurations using Freedom House

Configuration	X1	X2	X3	Y=0	Y=1	N	Ny	Consistency	X→Y
1	0	0	0	Guatemala, Haiti, Paraguay	Bolivia, Dominican Republic, El Salvador, Honduras, Mexico, Nicaragua, Venezuela	10	7	0,7	T
2	1	0	0	Argentina, Ecuador, Guyana	Brazil, Peru, Suriname	6	3	0,5	F
3	1	1	0	Jamaica	Panama	2	1	0,5	F
4	1	1	1	Chile, Uruguay	Costa Rica	3	1	0,3	F
5	0	1	0		Colombia	1	1	1	T
6	1	0	1	Dominica, Grenada		2	0	0	F
7	0	1	1			0	--	--	[?]
8	0	1	1			0	--	--	[?]

Y = Jurisdictional Privilege / X1 = Free Country / X2 = Government Effectiveness / X3 = Control for Corruption.



Source: Authors' elaboration based on Freedom House (2021) and World Bank (2020).

As a result of QCA, configurations whose consistency is greater than 0.5 can be considered empirically valid (true). Only configurations 1 and 5 could explain the outcome of “jurisdictional privilege”. According to configuration 1, not being a free country and having an inefficient and very corrupt government would explain the jurisdictional privilege. It is the case in Bolivia, Dominican Republic, El Salvador, Honduras, Mexico, Nicaragua, and Venezuela. According to configuration 5, not being a free country and having a very corrupt government would explain the jurisdictional privilege in Colombia.

The table above shows two counterfactual cases. We chose to consider these cases as false (not sufficient) since it makes no sense to consider that non-free countries have efficient governments that control corruption.

Table 7: Analysis of sufficient configurations using V-DEM

Configuration	X1	X2	X3	Y=0	Y=1	N	Ny	Consistency	X→Y
1	0	0	0	Argentina, Ecuador, Guatemala, Guyana, Haiti, Paraguay	Bolivia, Brazil, Dominican Republic, El Salvador, Honduras, Mexico, Nicaragua, Peru, Suriname, Venezuela	16	10	0,6	T
2	1	0	0			0	–	–	[?]
3	1	1	0			0	–	–	[?]
4	1	1	1	Chile, Uruguay	Costa Rica	3	1	0,3	F
5	0	1	0	Jamaica	Colombia, Panama	3	2	0,6	T
6	1	0	1			0	–	–	[?]
7	0	1	1			0	–	–	[?]
8	0	1	1	Dominica, Grenada		2	0	0	F

Y = Jurisdictional Privilege / X1 = Liberal Democracy / X2 = Government Effectiveness / X3 = Control for Corruption.

As already explained, configurations whose consistency is greater than 0.5 can be considered empirically valid (true). Again, only configurations 1 and 5 could explain the outcome of “jurisdictional privilege”. According to configuration 1, not being a liberal



democracy and having an inefficient and very corrupt government would explain the jurisdictional privilege. Using V-DEM's concept of "liberal democracy", we were able to fit 3 more countries in this first configuration, totaling 10 countries: Bolivia, Brazil, Dominican Republic, El Salvador, Honduras, Mexico, Nicaragua, Peru, Suriname and Venezuela.

When using V-DEM, configuration 5 suggests that not being a liberal democracy and having a very corrupt government would explain the jurisdictional privilege not only in Colombia (as in the Freedom House scenario) but also in Panama.

The table above shows four counterfactual cases. Configurations 2, 3, and 6 were tested when using Freedom House and were considered false. Again, we chose to consider configuration 7 as false (not sufficient) since it makes no sense to consider that non-free countries have efficient governments that control corruption.

Of the true cases whose outcomes were 1, 2 (two) descriptive formulas resulted:

*free country*government effectiveness*control corruption	*free country*GOVERNMENT EFFECTIVENESS*control of corruption
Bolivia, Dominican Republic, El Salvador, Honduras, Mexico, Nicaragua, Venezuela	Colombia

Outcome → jurisdictional privilege

The first formula (*free country*government effectiveness*control of corruption) corresponds to Bolivia, Dominican Republic, El Salvador, Honduras, Mexico, Nicaragua, and Venezuela using Freedom House; and to Bolivia, Brazil, Dominican Republic, El Salvador, Honduras, Mexico, Nicaragua, Peru, Suriname, and Venezuela using V-DEM.

The second formula (*free country*GOVERNMENT EFFECTIVENESS*control for corruption) corresponds to Colombia using Freedom House; and to Colombia, and Panama using V-DEM.

The minimum formula allows us to observe that not being a free country and having low control of corruption are the conditions that are present in both configurations. It is possible to rewrite it in a single formula:

*free country*control of corruption → jurisdictional privilege



Thus, *not being a free country and having low levels of corruption control are necessary and sufficient conditions for a country to have jurisdictional privilege* for presidents, vice-presidents, deputies or senators in their constitution. Although it represents a significant qualitative advance in the understanding of the institutional phenomenon object of this research, the qualitative comparative analysis was not able to fully explain why free countries with relative institutional quality (e.g., Costa Rica) have so many situations of jurisdictional privilege.

Perhaps this is another indicator of the need to review some of the criteria for the institutional classification of legal and political regimes, as well as the formal, minimum, and sub-minimum definitions used by international agencies to understand Latin American countries, including regional institutional peculiarities.

5. CONCLUSIONS

The 1980s marked the beginning of re-democratization in several Latin American countries. Now as democratic countries, they had to establish constitutional means to protect officials (elected or appointed) from political pursuit. As a way of avoiding political persecution, countries like Brazil established that only special courts, like the highest court in the country, could judge presidents, deputies, and senators, among several public authorities. This article sought to answer what are the factors that influence the existence of that jurisdictional privilege in Latin American constitutional designs.

Using a multi-method approach to present and analyze the institutional phenomenon of jurisdictional privilege we reached two main findings. First, statistics showed us a *negative correlation* between institutional quality indexes and the intensity of jurisdictional privilege. In other words, as institutional quality indicators decrease (negative direction), the number of categories of public authorities protected by the jurisdiction privilege increases.

Second, using the qualitative method QCA, we found that not being a free country and having low levels of corruption control are necessary and sufficient conditions for a country to have jurisdictional privilege as a constitutional institution. In spite of that, the qualitative comparative analysis was not able to fully explain why free countries with relative institutional quality (e.g., Costa Rica) have so many situations of jurisdictional privilege. It follows O'Donnell's (1996) theory that to study Latin American institutions, scholars must also pay attention to informal institutions of the countries.



This article could be considered a contribution to studies on “political regimes” in Political Science. Based on its findings, we could question the way in which international indexes classify these regimes.

REFERENCES

AGUIAR, J. C. de; OLIVEIRA, J. P. L. O fim do foro especial por prerrogativa de função. **Revista de Informação Legislativa**, v. 55, n. 217, p. 115-134, 2018.

ARANTES, R. B. Ministério Público na Fronteira entre a Justiça e a Política. **Justitia**, v. 64, n.197, 325-335, 2007.

AVRITZER, L. Democracia na América Latina: da inovação institucional ao velho problema do equilíbrio entre os poderes. **Revista USP**, n. 109, p. 75-86, 22 nov. 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/123144>. Acesso em: 15 de jun. 2020.

BANDEIRA, J. V. V. M. **Entre a Politização e o Autocentrimento: Os Efeitos do Recrutamento Judicial na Argentina e no Chile**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, IFCH, Programa de Pós-graduação em Ciência Política, 2017.

BERNARDI, B. B. O sistema interamericano de direitos humanos e a justiça de transição no Peru. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, v. 23, n. 54, p. 43-68, jun, 2015.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado** (CPE) de 7 de Febrero de 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf. Acesso em: 15 de jun. 2020.

BRINKS, Daniel M.; LEVITSKY, Steven; MURILLO, Maria Victoria. **Understanding institutional weakness: power and design in Latin American institutions**. Cambridge University Press, 2019.

CHAVEZ, Rebecca Bill. **The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina**. Stanford, CA: Stanford University Press, 2004a.

CHAVEZ, Rebecca Bill. The evolution of Judicial Autonomy in Argentina: Establishing the Rule of Law in an Ultrapresidential System. **Journal of Latin American Studies**. Vol. 36, N. 3, 451-78, 2004b.

ENGELMANN, F.; BANDEIRA J. V. V. M.. A Construção da Autonomia Política do Judiciário na América Latina: Um Estudo Comparado entre Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Venezuela. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 60, no 4, 2017, pp. 903 a 936.

FINKEL, Jodi S. **Judicial Reform as Insurance Policy Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s**. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 2008.

FREEDOM HOUSE. **Global Free Status**, 2022. Disponível em: Explore the Map | Freedom House. Acesso em: 22 de mai. 2022.

GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. Cambridge University Press, 2003.



GOMES NETO, J. M. W.; CARVALHO, E. Praetors Condemning the Caste? The Performance of the Brazilian Supreme Court in the Judgment of the "Privileged Forum". **Braz. J. Empirical Legal Stud.**, v. 8, p. 1, 2021.

HELMKE, Gretchen. **Courts under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

HILBINK, L. **Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile**. New York: Cambridge University Press, 2007.

HUNEEUS, A.. Rejecting the Inter-American Court: Judicialization, National Courts, and Regional Human Rights. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel (Eds.). **Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

LANDRY, Pierre. The Institutional Diffusion of Courts in China: Evidence from Survey Data. In: GINSBURG, Tom and MOUSTAFA, Tamir (ed.) **Rule of Law: The Politics of Court in Authoritarian Regimes**, Cambridge University Press, 2008.

LEVIN, J.; FOX, J. A.; FORDE, D. R. **Elementary Statistics in Social Sciences**. 12th ed. Boston, Pearson, 2014.

MALAN, D. Competência penal "ratione functionae" do STF. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 106, p. 113-135, 2014.

MOUSTAFA, Tamir; GINSBURG, Tom. Introduction: The functions of courts in authoritarian politics. **Rule by law: The politics of courts in authoritarian regimes**, v. 1, p. 27, 2008.

O'DONNELL, Guillermo. **Another institutionalization: Latin America and elsewhere**. 1996.

RAGIN, C. **The comparative method. Moving beyond qualitative and quantitative strategies**. Berkley, Los Angeles e Londres, University of California Press, 1987.

RAGIN, C.; RIHOUX, B. **Configurational Comparative Methods: Qualitative Comparative Analysis (QCA) and Related Techniques**. Thousand Oaks, SAGE, 2009.

RAMSEYER, J. Mark. The Puzzling (In)dependence of Courts: A comparative Approach. **Journal of Legal Studies** Vol. 23, N. 2, 721-47, 1994.

RÍOS-FIGUEROA, J. Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994–2002. **Latin American Politics and Society**, v. 49, n. 1, p. 31-57, 2007.

TAVARES FILHO, N.. **Foro privilegiado: pontos positivos e negativos**. Brasília, Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2016.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R.. **Curso de direito processual penal**. Salvador, Juspodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Processo penal**. São Paulo, Saraiva, 2013.

TRUJILLO, H. **Conflictos políticos y Poder Judicial (1985-2006): la judicialización de la política en Uruguay**. Montevideo, Ediciones Universitarias, 2013.

WORLD BANK. **Worldwide Governance Indicators**, 2020. Disponível em: Worldwide Governance Indicators | DataBank (worldbank.org). Acesso em: 22 de mai. 2022.



A FORÇA DO DIREITO: AS LUTAS SOCIAIS DE ONTEM E HOJE

Isabel dos Anjos Leandro*

*Um lamento triste
Sempre ecoou
Desde que o índio guerreiro
Foi pro cativo
E de lá cantou*

*E de guerra em paz
De paz em guerra
Todo o povo dessa terra
Quando pode cantar
Canta de dor*

*Esse canto que devia
Ser um canto de alegria
Soa apenas
Como um soluçar de dor*
Canto das três raças – Clara Nunes (1976)

INTRODUÇÃO

O processo de colonização das Américas, independentemente da origem do colonizador, subjugou à condição de escravo as populações locais — e quando não conseguiam subjugar exterminavam, como nos Estados Unidos — e posteriormente as populações africanas, trazidas ao continente para alimentar uma sociedade escravocrata. (DUSSEL, 2012; MBEMBE, 2006; MIGNOLO, 2005; QUINJANO, 2000,2002; 2005). Esse processo de colonização dos países latino-americanos pela Europa, especialmente, Inglaterra, Portugal e Espanha, caracterizou-se por violências de todo tipo e exploração. Além disso, essa colonização possui uma característica diferenciada: as tentativas de desconstituição dos grupos étnicos-raciais.¹²³ Senão vejamos:

una vez reconocidos os territorios geograficamente, se passaba al controle de los cuerpos, de las personas: era necesario pacificarlas – se decia em la época . El que establece sobre os outros pueblos la dominación del mundo espñol (posteriormente del europeu en geral) es um militar, un guerrero. El

* Socióloga, doutora em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, graduanda em Direito; professora substituta da PUC MINAS (2022).

¹²³ Agradecimentos ao professor Héctor Luís Saint Pierre, coordenador do GEDES, pela leitura cuidadosa e pertinente que possibilitaram essa versão do texto.



conquistador es el primer hombre moderno activo, práctico que impoñe su 'individualidad' violenta a otras personas, al Otro (DUSSEL, 2012, p.50)

A fundação da Modernidade tem como base a dominação dos povos a partir de suas subjetividades. Ainda segundo Dussel (2012):

Son por ello 'figuras' (geistainten) abstractas del processo de consistituicion de la subjetividade moderna, del ego que, de 1492 a 1636 (...), recorre el primer momento de la constitución histórica de la Modernidad. La Españã y el Portugal (..) de finales del siglo XV ya no son más um momento del mundo propriamente feudal. Son más bien naciones renascentistas: son el primer passo hacia la Modernidad propriamente dita. Fue ela primeira região fe Europa que tiene la originaria experiênciã de constituir al Otro como dominado bajo el control del conquistador, del domínio del centroo sobre una periferia. Europa se constituye como el Centro del Mundo (en su sentido planetário. ¡Es el nacimiento de la Modernidad y el origen de su'mito; (DUSSEL,2012, p. 16)

Por conseguinte, a colonização e a escravização marcam profundamente a constituição da cidadania moderna. Nessa gama de complexidades a normativa constitucional não resultou da generosidade do legislador, mas da necessidade de garantir juridicamente seus interesses. As normativas constitucionais são a cristalização normativa do resultado das lutas político-sociais, da força com os movimentos sociais se manifestam politicamente em determinada época, possibilitando o fortalecimento da democracia e da cidadania voltadas para a inclusão de maiorias¹²⁴ marginalizadas.

O nosso objetivo principal é discutir as incidências constitucionais da atuação dos Movimentos Sociais na positivação dos direitos civis, políticos, econômicos e sociais, principalmente, no que se refere ao cumprimento do princípio da igualdade. Ao exercerem o papel reivindicatório das demandas sociais, os movimentos sociais impulsionam novas leis nacionais, estaduais e municipais.

A diversidade dos movimentos sociais reflete a multiplicidade das demandas dos grupos sociais politicamente organizados na busca de direitos que melhorem suas condições de vida. A discussão de suas atuações envolve as análises referentes a participação, controle social, as articulações legislativas para a proposição de Leis e o acompanhamento da implementação de políticas públicas que efetivem os direitos conquistados. Em cenário de alta complexidade social, como nos países da América Latina, os Movimentos Sociais tornaram-se as principais

¹²⁴Em diversos textos acadêmicos e discursos políticos é utilizada a terminologia minoria políticas. No entanto, adotamos o término maioria em alusão ao contingente populacional das populações marginalizadas. De fato trata-se de minorias nos espaços de poder. A linguagem afirmativa de que são maiorias aponta para o reconhecimento de que a exclusão afeta a maior parte das populações. Inclusive o processo de extermínio de grandes parcelas.



vozes dos grupos excluídos na denúncia dos problemas sociais e das violações de direitos. Esses atores sociais são os agentes de alterações, modificações e criações de legislações, tornando-se representantes da sociedade nos órgãos de fiscalização e controle social. Os estudos acerca deste tema têm demonstrado a importância desses *agentes* para o fortalecimento da democracia e a consolidação da cidadania (SADER, 1988; GOHN, 1997; DAGNINO, 2006; ARROYO, 2011; GOMES; 2011, 2017, 2018; TILLY, 2012; ABERS, SILVA & TATAGIBA, 2018; TATAGIBA, 2021).

O colonialismo jurídico normativo configura um entrave à conquista dos direitos de cidadania. Dentre as diversas possibilidades de atuação, o recorte de nossa análise recai sobre aquelas transformações nas legislações capazes de promover o reconhecimento dos direitos das maiorias subalternizadas. Assim, na primeira sessão desta reflexão, abordamos as principais correlações do novo constitucionalismo e a atuação dos movimentos sociais. Em seguida apresentamos as implicações da colonização nas normas constitucionais. A terceira parte traz a discussão acerca cidadania enquanto método de inclusão e quarta as considerações sobre as lutas sociais na Colômbia e no Brasil, especificamente, com relação a promoção da igualdade racial e, finalmente, apontamos nossas considerações finais.

1) O NOVO CONSTITUCIONALISMO E A ATUAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NA POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS MAIORIAS

Analisando as Constituições dos países latino-americanos, especificamente, daqueles que nas últimas décadas tiveram governos de esquerda e a efervescência dos movimentos em defesa dos direitos, é possível notar que a atuação dos movimentos sociais foram fundamentais para transformar o arcabouço jurídico desses países. A Constituição, Carta Magna, traz à tona a possibilidade de criminalização e o fomento as políticas públicas. Essas Cartas desenvolvidas a partir do vínculo com a metrópole trazem como consequências a garantia do status quo colonial e a dificuldade para incluir novas massas sociais na cidadania (BARBOSA & TEIXEIRA, 2017) Desse modo, podemos afirmar que nos países latino-americanos os movimentos sociais tiveram historicamente a tarefa de reformulação normativa pela força de suas lutas (DAGNINO, 2006; GONH, 2008; GOMES, 2011) As legislações não emanam das divindades nem da pureza da formalidade da norma (KELSEN, 2000). Todo o conjunto de legislação é forjado a partir das lutas políticas. As leis refletem o resultado das lutas políticas em determinado momento histórico condicionadas pelas circunstâncias próprias desse período.



Elas não são resultado da bondade, benevolência ou de qualquer ação individualizada do legislador.

Recordamos na esteira do pensamento clássico as contribuições de Max Weber, Karl Marx e Hans Kelsen acerca do direito. Segundo Max Weber *in Economia e Sociedade* (1999) no próprio imperativo na estrutura da norma contém implicitamente o *mando*. Portanto a norma é, ao mesmo tempo forma e conteúdo. Já na análise de Karl Marx (1998, 2000) o fundamento da Lei são as lutas de classes de determinado modo de produção.

Em outra linha, Hans Kelsen (2000) defende o caráter absoluto das normas, ou seja, a defesa da teoria pura do direito bem como a atemporalidade da Lei fundamenta o direito. A norma, por sua natureza intrínseca, não é eterna. A sua duração está condicionada pela correlação de poder vigente. Isso não significa que as normas mudam a qualquer momento seguindo uma lógica intrínseca. Elas refletem o reconhecimento, ampliação e a manutenção de direitos, ou seja, a Lei é a cristalização jurídica de lutas sociais empíricas. A Legislação vigente ecoa e fixa as relações sociais de produção da sociedade nessa conjuntura histórica.

As leis são elaboradas, em sua maioria, por membros das elites que conquistam pelo seu poder a legitimidade de legislar em causa própria. Já a maioria da representação das maiorias marginalizadas tem sido constantemente sub representada. Embora constituam a maioria da população nos diversos países da América Latina, ocupam espaços minoritários nos espaços de representação política e tomadas de decisões. As primeiras legislações dos países latino-americanos foram elaboradas pelo grupo dominante formado na Europa ou pelos filhos da burguesia europeia¹²⁵(GRINBERG, 2001; SEYFERTH, 2002).Essa é uma marca significativa no processo de dominação do pensamento europeu nas colônias.

O *arcabouço jurídico* é um sustentáculo de perpetuação da lógica de acumulação do capital e da colonização como seu instrumento. Essa afirmativa, crítica em relação ao processo e conteúdo das Constituições latino-americanas, decorre da argumentação de QUINJANO (2000) sobre a perpetuação desse tipo de dominação estabelecida pelo controle das formas de subjetividade, do conhecimento e da produção do conhecimento. A ausência de crítica da normativa reproduz a relação de produção e controle da metrópole. Salientamos que a norma, no que se refere ao controle da população, incide de forma excludente sobre os privilegiados e marginalizados do direito.

¹²⁵ Tal afirmativa aplica-se também a formação dos Militares. Para mais ver as produções do Grupo de Estudo de Defesa e Segurança Internacional da UNESP. <https://gedes-unesp.org/>



Um dos principais exemplos pode ser identificado nas normas processuais de prisão que perpetua nas consequências do racismo no encarceramento¹²⁶. A Constituição produzida destina-se a conformar a ordem nos países colonizados a partir da racionalidade do colonizador. A estrutura jurídica torna-se, portanto, um mecanismo de dominação permanente sobre o qual as representações sociais buscarão incidir para transformá-las em atendimentos à pluralidade de demandas (QUIJANO, 2005).

As Leis são criadas e modificadas de acordo com a correlação de força social. Os movimentos sociais são os principais agentes provocadores dessa transformação por meio de sua atuação na organização das demandas e na articulação com os legisladores. Outro aspecto a ser considerado é a capacidade de transformação das legislações em países de economia periférica. As fragilidades da Democracia e a complexidade dos problemas sociais exigem a atuação sistemática, contínua e estratégica dos movimentos sociais nas reivindicações junto aos governos, na proposição da pauta política e no exercício do controle social. Especificamente, quando tratamos do poder do legislador essa afirmativa ganha intensidade. Nas democracias latino-americanas a atuação do legislador torna-se central para institucionalizar as demandas para que possam resultar em políticas públicas, punições, sanções.

Nos termos de BARBOSA & TEIXEIRA (2017) o “novo constitucionalismo nasce a partir das experiências constitucionais de países da América Latina que passam a rever as pautas do constitucionalismo europeu tradicionalmente sedimentado na região, apresentando novos olhares sobre os direitos fundamentais e sobre a organização do Estado” (p.1126). Essa nova forma foi possível pela ascensão de governos de esquerda na região e a atuação constante dos Movimentos Sociais. A agenda dos movimentos sociais é marcada por aspectos decorrentes da colonialidade presente no cotidiano das populações excluídas. Nas sessões seguintes discutiremos sobre a compreensão acerca do processo de colonização, a cidadania enquanto método de inclusão e a importância da atuação dos movimentos para a inclusão das maiorias constitucionalmente.

2) COLONIALIDADE E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Os avanços do novo constitucionalismo latino-americano resultam de uma amalgama da luta por direitos civis, políticos e sociais na América Latina e a própria história de formação dos

¹²⁶Para mais ver os Anuários de Segurança Pública publicados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP)



países latinos nos períodos do Império, República, as guerras e conflitos de Independência. O processo de colonização da América Latina caracteriza-se por múltiplas e intensas formas de violências, apropriações, lutas e enfrentamento às dominações impostas aos povos originários e que continuam sendo perpetuados as populações atuais. Não obstante a metamorfose do modo de produção capitalista, a forma de dominação territorial, política, econômica, cultural e ambiental imposta à população latino-americana na atualidade mantém rasgos do processo de colonização.

A reprodução das narrativas colonizadoras escamoteia a necessidade de reformular as concepções vigentes. Nesse sentido, explicitar as consequências do colonialismo permite analisar criticamente a conquista dos direitos na América Latina, principalmente, na relação entre o colonialismo e o capitalismo. Do ponto de vista histórico o colonialismo precede o capitalismo que, por sua vez, utiliza de os elementos centrais daquele para a sua perpetuação. Como diz Ferreira,

A expansão europeia do século XVI tem o colonialismo como seu componente central e são as relações de produção e acumulação primitiva e demais processos históricos engendrados nesse contexto que tornaram o capitalismo possível como “modo de produção”. Por outro lado, o capitalismo estendeu as relações coloniais sobre o espaço e as formas sociais, atualizando-o como componente estrutural de seu próprio sistema e amplificando de forma nunca antes vista sua dimensão e significado, tornando-o onipresente na história das diferentes sociedades (FERREIRA, 2014, grifo nosso)

As diversas linhas de pensamento acerca do pós-colonialismo enfrentaram o grande desafio de “rechaçar o ‘eurocentrismo’, não apenas suas estruturas de pensamento, mas também a ideia de que a Europa é o modelo de desenvolvimento das sociedades” (FERREIRA, 2014, p.258). Interessa nos para as finalidades desse artigo compreender que o colonialismo a partir das definições de Immanuel Wallerstein (1979):

Por “situações coloniais” quero dizer a opressão/exploração cultural, política, sexual e econômica de grupos étnicos/raciais subordinados por grupos étnicos/raciais dominantes com ou sem a existência de administrações coloniais. Quinhentos anos de expansão e dominação colonial europeia formaram uma divisão internacional do trabalho entre europeus e não-



européus que se reproduz na atual fase “pós-colonial” do sistema capitalista (WALLERSTEIN, 1979, tradução nossa)¹²⁷

A importância do reconhecimento do colonialismo enquanto forma violenta de dominação da Europa sobre os demais povos marca, segundo o filósofo Enrique Dussel, o surgimento da modernidade a partir de 1492. Enquanto concepção de dominação e fundação do mito da modernidade, ou seja, o mito de violência sacrificial e particular e simultaneamente um processo de *encobrimento do não europeu*. Em suas palavras,

La modernidad se originó en las ciudades europeas medievales, libres, centros de enorme creatividad. Pero ‘nació’ cuando Europa pudo confrontarse con ‘el otro’ que Europa y controlario, vencerio, violentario, cuando pudo definirse como um ‘ego’ descubridor, conquistador, colonizador de la Alteridad constitutiva de la misma Modernidad. De todas maneras, esse Otro no fue descubierto como Otro, sino que fue en cubierto como lo mismo que ya era desde siempre (DUSSEL, p.10.)

Nesse sentido, o mito da modernidade conserva na sua gênese o processo de descaracterização e desconstituição do “outro” num processo de anulação da alteridade. O mito da modernidade, conforme definido por Dussel, exigiu a aniquilação dos povos, uma vez que foram atropelados no processo de sobreposição violenta da cultura eurocêntrica. A passagem para a Modernidade como *en-cobrecimento* existencial marcou profundamente a formação social da América Latina.

Nos termos de BARBOSA & TEIXEIRA “o colonialismo se refere a um padrão de dominação e exploração em que o controle da autoridade política, dos recursos de produção e do trabalho de populações determinadas possui uma diferente identidade de suas sedes centrais” (BARBOSA & TEIXEIRA, 2017, p. 116). As implicações inerentes ao processo de *em-cobrecimento* não acabam no colonialismo, ao contrário, permanecem intensas até os dias atuais por meio da *colonialidade de poder*. Nos termos de Aníbal Quijano a colonialidade do poder “é um conceito que dá conta de um dos elementos fundantes do atual padrão de poder, a classificação social básica e universal da população do planeta em torno da ideia de ‘raça’” (QUINJANO, 2005, p. 04).

¹²⁷By “colonial situations” I mean the cultural, political, sexual and economic oppression/exploitation of subordinate racialized/ethnic groups by dominant racial/ethnic groups with or without the existence of colonial administrations. Five hundred years of European colonial expansion and domination formed an international division of labor between Europeans and non-Europeans that is reproduced in the present so-called “post-colonial” phase of the capitalist worldsystem (Wallerstein, 1979; 1995).



Dentre as diversas possibilidades para analisar o resultado da ação dos movimentos sociais na América Latina cabe destacar a sua atuação para lograr a inserção da temática étnico racial nas pautas legislativas. Todavia, antes de analisar essas lutas legislativas, analisaremos o processo de aquisição da cidadania nos países latino-americanos.

3) CIDADANIA: MÉTODO DE INCLUSÃO

Na Grécia Antiga o ser humano estava vinculado a virtude cívica que consistia no exercício da atividade política, ou seja, a realização da condição humana só era possível na polis. Somente na polis o homem se realiza completamente, uma vez que está entre os seus pares exercendo suas virtudes políticas. Ao longo do processo de consolidação da cidadania foram sendo incorporadas novas dimensões ocorrendo mudanças conceituas. No caso moderno a cidadania vincula-se ao “desenvolvimento do capitalismo e a institucionalização do Estado-nação. Assim, “ser cidadão significa fazer parte de um corpo maior, pertencer a uma unidade comum. A ideia de inclusão, opondo-se à de exclusão é inerente aos diferentes direitos da cidadania” (REIS, 1998, p. 30).

Conforme afirma Lea Guimarães Souki (2006) o conceito da cidadania carece de definições claras e precisas. A cidadania não se restringe a atividade política, não é sinônimo de democracia, não se esgota no processo de transição democrática e nem se restringe à virtude cívica. Em suma, “a cidadania é fundamentalmente um método de inclusão social. E, historicamente ela representou o surgimento e a celebração do indivíduo enquanto unidade política desvinculado das instituições gremiais e corporativas” (SOUKI, 2006, P.41)

Segundo T. H. Marshall “a cidadania é um status concedido aqueles que são membros de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o status são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes a esse status” (MARSHALL, 1976, 80). Desde a sua forma inicial a cidadania traz à tona o princípio de igualdade. Ela foi se desenvolvendo pelo *enriquecimento do conjunto de direitos de que era capaz de gozar*. Ao longo do desenvolvimento da cidadania o status vinculou-se a igualdade, embora não necessariamente de poder. “Ele foi sendo substituído pelo único status uniforme de cidadania que ofereceu fundamento da igualdade sobre a qual a estrutura da desigualdade foi edificada” (MARSHALL, 1976, 72).

Embora no final do século XIX a cidadania tenha tido pouco impacto sobre a desigualdade ela guiou uma nova forma para o processo de integração de direitos, “a cidadania



exige um elo de natureza diferente, um sentimento de lealdade a uma civilização que é um patrimônio comum” (*idem ibidem*). À cidadania “corresponde a lealdade de homens livres imbuídos de direitos e protegidos por uma lei comum. Seu desenvolvimento é estimulado tanto pelas lutas para adquirir tais direitos quanto pelo gozo dos mesmos, uma vez adquiridos” (MARSHALL, 1976).

Retornando os argumentos de T. H. Marshall, Souki salienta um aspecto fundamental dessa análise: *a cidadania é por definição nacional*. Para Marshall *o seu desenvolvimento implicou um duplo processo de fusão e separação corporativas*. A fusão foi geográfica, ou seja, os direitos universais eram concentrados no mesmo território, *no caso, o Estado-nação*. Já a separação corresponde a *especialização* “de maneira que quando os três elementos da cidadania se separam cada um toma seu caminho próprio seguindo seu próprio ritmo funcional” (SOUKI, 2006, p.41). Nesse sentido a igualdade humana passa necessariamente pelo pertencimento a um Estado-nação, “no qual os deveres e direitos teriam se potencializado além do simples dever de cavalheiro, disseminando-se no compartilhamento de uma vida civilizada” (SOUKI, 2006, p.52)

Considerando o processo de *encobrimento* da América Latina o projeto de construção do Estado-nação apresenta vicissitudes peculiares, diferentemente, do caso inglês. Neste “constrói-se um mundo para eles viverem e a sociedade para si e para os seus com mesmo espírito que construíam a ciência e a tecnologia” (SOUKI, 2006, p.53).

De acordo com Marshall o conceito de cidadania pode ser dividido em três elementos ou partes: civil, político e social. O elemento civil é formado pelos direitos vinculados a liberdade individualidade: ir e vir, liberdade de imprensa, liberdade religiosa, e aos direitos de acesso a justiça, propriedades e estabelecimento de contratos. O elemento político refere-se à participação no exercício do poder político seja como eleitor ou como autoridade investida. O elemento social possui extensão maior, pois corresponde desde um mínimo de bem-estar social até o direito a participação na vida civilizada de acordo com o contexto.

Na Polis grega não havia separação entre sociedade e política. O homem grego era político (morador da Polis), sua atividade como político também consistia em discutir politicamente para formular as leis na ágora e fazê-las cumprir. O status de político era único. Outros seres humanos que habitavam na Pólis, como os escravos, as mulheres e as crianças não ganhavam o status de políticos (alguns escravos conseguiram e as crianças masculinas poderiam chegar a sê-lo). Já na sociedade feudal “o status era a marca distintiva da classe e a medida de desigualdade”. No período medieval os direitos e deveres eram apenas locais (aplicáveis aos



habitantes do feudo) ao passo que a cidadania é basicamente nacional. Assim, a evolução da cidadania envolveu um processo de fusão geográfica e separação funcional, o que possibilitou uma nova montagem das instituições.

O primeiro marco desse processo pode ser encontrado no século XII quando a justiça real passou a defender de maneira substantiva os direitos civis dos indivíduos. Além disso, com o desligamento das instituições que compõem cada elemento do direito puderam viajar numa velocidade própria sob a direção de seus princípios peculiares. Assim, o divórcio entre eles foi tão completo que podemos localizar cada um num século específico. A história dos direitos civis é marcada pela adição gradativa de novos direitos aos status de liberdade existente na Inglaterra do século XVIII. Já os direitos políticos (século XIX) foram possíveis depois da consolidação dos direitos civis. Nesse sentido trata-se “não da criação de novos direitos para enriquecer o status já gozado por todos, mas na doação de velhos direitos a novos setores da população” (MARSHALL, 1976, p.79). Nesse momento o direito político passava pelo crivo de uma nova classe econômica. O direito político não conferia um direito, mas reconhecia uma capacidade. Somente em 1918 o princípio da cidadania política universal foi reconhecido. Por fim, os direitos sociais peculiares ao século XIX têm como fonte a participação nas comunidades locais e associações funcionais. A terceira geração de direitos, ou seja, os direitos sociais pressupõem um direito absoluto a um determinado padrão de civilização que depende apenas do cumprimento das obrigações gerais da cidadania. Inicialmente, os direitos sociais tinham como objetivo a redução das diferenças de classe. Mas, depois os direitos sociais assumiram outros aspectos, ou seja, ações que buscam modificar o padrão total da desigualdade social.

Com essa explanação sobre a lógica histórica da aquisição de direitos queremos chamar a atenção sobre as diferenças da consolidação da cidadania nos países latino-americanos. A diferença central está na sequência dos direitos. A cadência acima —direitos civis, políticos e sociais— tem como consequência o fortalecimento do Judiciário, Legislativo e posteriormente do Executivo. Todavia, o que se constata nos países latino-americanos é uma inversão dessa sequência em que a primazia do Executivo enfraquece o Legislativo nas suas funções de promotores de direitos. José Murilo de Carvalho (1996), por exemplo, chama a atenção desse processo ao considerar que no Brasil permanece a *estadania*, ou seja, a cidadania que advém da concessão do Estado de determinados direitos. Em suas palavras:

(..) os poucos direitos civis conquistados não puderam ser postos a serviço dos direitos políticos. Predominaram, de um lado, a total rejeição do Estado



proposta pelos anarquistas; de outro, a estreita cooperação defendida pelos "amarelos". Em nenhum dos casos se forjava a cidadania política. A tradição de maior persistência acabou sendo a que buscava melhorias por meio de aliança com o Estado, por meio de contato direto com os poderes públicos. Tal atitude seria mais bem caracterizada como "estadania". (CARVALHO, 1996, p. 61)

Aqui entenderemos a construção da cidadania nos países latino-americanos como o resultado das históricas lutas sociais pelos direitos das maiorias. Ao recortar essa discussão para os grupos étnicos raciais deparamo-nos principalmente com a atuação dos negros na defesa da liberdade e do reconhecimento social. A colonização escravizou, dizimou e marcou violentamente a luta por direitos na América Latina. Cabe destacar que a colonialidade é um elemento central para compreender os desafios da positivação dos direitos a luz do novo constitucionalismo latino-americano. Embora a atuação dos movimentos sociais pode ser constatada em todos os países do continente, aqui nos deteremos a modo de ilustração nas transformações Constitucionais do Brasil com a implementação das cotas raciais.

4) A LUTA SOCIAL NA COLÔMBIA E NO BRASIL

A atuação do Movimento Negro na América Latina recebeu influências internacionais, como a luta contra o *apartheid* na África do Sul (1960-1990), as ações do Movimento Negro nos Estados Unidos (1960-1970) e de iniciativas como a Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância organizada pela ONU (2001).

Os movimentos negros latino-americanos são a “forma de resistência às conjunturas adversas em que os negros afro-latino-americanos estavam – e ainda estão – submetidos, condições essas presentes em todo processo de escravidão e servidão do povo africano.” (NASCIMENTO & OLIVEIRA, 2016, p. 03). Especificamente no Brasil e na Colômbia os movimentos negros atuaram na defesa dos direitos da maioria da população. No caso colombiano a luta pela liberdade dos negros e negras data de meados do século XIX, período de intensos conflitos pela abolição da escravidão. De acordo com NASCIMENTO & OLIVEIRA (2016) “o afro-colombiano só foi participar da política do país a partir das lutas pela independência que foi conquistada em 1810, quando muitos negros lutaram em troca de suas liberdades.”



Todavia, o surgimento da nação colombiana não foi acompanhando da inclusão constitucional das populações negras e indígenas aos direitos e obrigações da cidadania colombiana. As populações exploradas foram abandonadas às margens da República Colombiana. Na década de 1970 a pauta do movimento ganhou visibilidade a partir do contexto internacional, principalmente, pela influência do movimento do apartheid na África do Sul e o próprio movimento negro dos Estados Unidos. Durante a década de 1980, a Colômbia experimentou a efervescência dos movimentos populares e múltiplas iniciativas de reivindicações sociais, o fortalecimento das milícias e do narcotráfico acompanhada da intensa e violenta repressão dos setores dominantes. Somente a partir de 1991 com a Reforma Constitucional colombiana a população negra foi reconhecida como um grupo étnico racial.

Os estudiosos sobre a questão étnico-racial na Colômbia destacam que o contexto da Reforma Constitucional caracterizou-se pelas transformações políticas, econômicas e sociais que possibilitaram a explicitação e diálogo institucional sobre as demandas dos movimentos sociais da época. Por outro lado, essa efervescência também gerou a reação dos setores conservadores que, conseqüentemente, resultaram numa crise social e política¹²⁸. Especificamente sobre as demandas pleiteadas pelos Movimentos étnico-raciais, somente em 1991 foi reconhecido o princípio da diversidade étnico-racial pelo Estado colombiano e, por conseguinte, sua inclusão enquanto grupo étnico. (BUVINIĆ, 2004; WABGOU ET AL, 2012; NASCIMENTO & OLIVEIRA, 2016).

Conforme mencionamos anteriormente, o reconhecimento é parte fundamental da luta por direitos sociais na América Latina. No caso colombiano observa-se que a partir da década de 1990 o Movimento Negro consegue avançar na pauta étnico-racial. Cabe destacar os conflitos, as dificuldades de unificação e divergências de pautas entre os grupos étnicos. Com relação ao Movimento Negro, é possível identificar a segmentação, fragmentação e divergências ideológicas, regionais e posicionamento sobre a tomada de decisão, inclusive na Assembleia Nacional Constituinte.

¹²⁸ Nesse momento também se observa o fortalecimento da atuação das milícias e do narcotráfico.



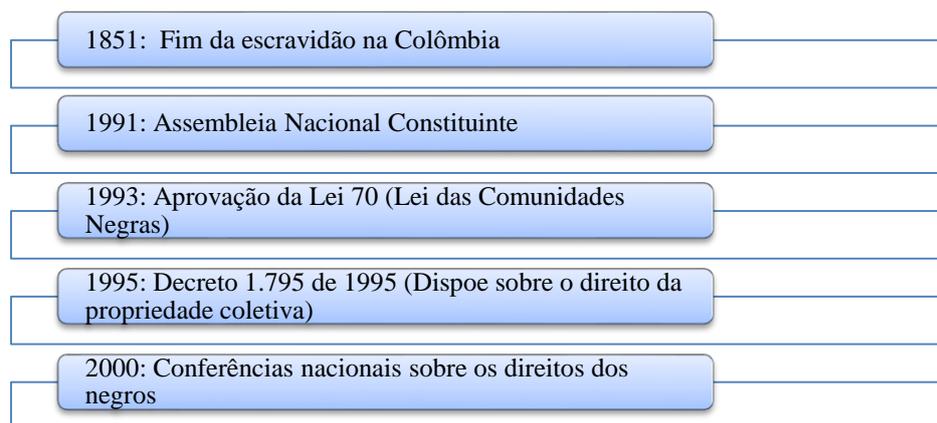


Figura 1: Linha cronológica Colômbia – Elaboração própria

A Assembleia Nacional Constituinte é um grande marco constitucional da luta do Movimento afro-colombiano, especificamente em seu artigo 7º confirma que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. Também reconhece a língua proferida pelos grupos étnicos; a proteção às terras, os bens de uso público, os parques comuns e as terras comunitárias tornaram se inalienáveis, imprescritíveis e inatacáveis; o respeito à formação e identidade dos grupos étnicos e à sua representação política. Analisando brevemente a legislação colombiana e sua história, podemos afirmar que a atuação dos movimentos afro-colombianos tem sido fundamental para o reconhecimento de direitos e a implementação de políticas públicas.

No caso brasileiro a abolição foi proclamada oficialmente em 13 de maio de 1888 por meio da Lei Aurea. Ao contrário os homens, as mulheres e crianças escravizados foram abandonados à própria sorte, isto é, abandonados na marginalização. O fim da escravidão não foi acompanhado por mudanças constitucionais que garantissem a inserção isonômica do negro na estrutura social. Na análise de Florestan Fernandes (1964) “essas facetas da situação humana do antigo agente do trabalho escravo imprimiram à Abolição o caráter de uma espoliação extrema e cruel” (FERNANDES, 1964, p. 29). Nesse momento de transição e profundas mudanças na estrutura produtiva brasileira os negros experimentaram a exclusão social continuada. Ainda nos termos de Florestan Fernandes

a sociedade brasileira largou o negro ao seu próprio destino, deitando sobre seus ombros a responsabilidade de se reeducar e se transformar para corresponder aos novos padrões e ideias de ser humano criado pelo advento do trabalho livre, do regime republicano e do capitalismo. (FERNANDES, 1964, p. 35)



A disparidade entre a escravização e a abolição possibilitou condições ainda mais favoráveis a exclusão e posteriormente a exploração da mão de obra negra, “o que há de essencial, para análise da posição do negro e do mulato na ordem social emergente é que, eles foram excluídos como categoria social, das tendências modernas e de expansão do capitalismo” (FERNANDES, 1964, p. 72). O largo período da abolição e os desdobramentos da inclusão dos negros na estrutura produtiva provocaram profundas consequências da escravização que não ficaram restritas a esse período, mas que se perpetuaram nas entranhas do capitalismo: “a escravidão não nasceu do racismo, foi o racismo que nasceu da escravidão” (ALIEZ & LAZARRATO, 2021, p. 39).

Para a compreensão desse processo recorreremos a análise de Elisa P. Reis sobre o percurso histórico desde a escravidão, passando pelo período republicano até o Estado-Novo Reis e a atuação do Governo Vargas para a consolidação de um padrão autoritário de interação entre o Estado e a sociedade. A característica unificadora desse processo foi a importância estratégica conferida ao Estado como ator político relevante em si e por si. Nesse sentido, o Estado-novo, expressão máxima de tal característica, pautava-se pela necessidade de um governo forte para implementar a harmonia social, nos termos varguistas, um governo forte de paz, justiça e trabalho. Assim, a incorporação de direitos nasce para um grupo específico de cidadão, ou seja, a cidadania vincula-se a inserção no mercado de trabalho formal. A incorporação ocorreu via trabalho, os direitos sociais subordinavam as associações ao Estado.

Soma-se a este contexto a utilização da violência atrelada à ideologia, a ideia de fortalecimento da pátria enquanto indivíduo coletivo, a expansão dos serviços de inteligência, comunicação e transporte, educação pública, assistência médica e pensão por aposentadoria. A consequência disso foi a formação da imagem de uma autoridade paternal que promove a paz, a prosperidade e a nacionalidade assinalavam a consolidação de uma ideologia autoritária, subjacente a dinâmica do Estado nacional. Nesse processo de incorporação tutelada fundamentou-se a estratégia de construção da nação que por sua vez se baseiam na dinâmica social concreta. Nesse sentido, a cidadania nasceu para um grupo restrito e nos termos de José Murilo de Carvalho de cima para baixo dentro do espaço privado. Tais situações dificultam o caráter nacional e de um status compartilhado conforme apresentado por Marshall e Souki.

Observa-se na análise de Amélia Gonh que a questão social no século XIX era tratada pela esfera da Filantropia (principalmente pela Igreja Católica através das Casas de Misericórdia). Em outro momento a pobreza era vista como ameaçadora ou geradora de criminosos, portanto, deveria ser tratada no âmbito privado. Em 1930 a questão da pobreza



vincula-se ao trabalho e a distinção entre cidadão e pobre torna-se eminente. Pela via do trabalho determinados problemas sociais da realidade brasileira transformam-se em questão social e pertinente à esfera pública (GOHN, 2000, p. 389).

O Movimento Negro no Brasil na definição de Petrônio Domingues (2007) “é a luta dos negros na perspectiva de resolver seus problemas na sociedade abrangente, em particular os provenientes dos preconceitos e das discriminações raciais, que os marginalizam no mercado de trabalho, no sistema educacional, político, social e cultural” (DOMINGUES, 2007, p. 101). A história do Movimento Negro brasileiro possui quatro fases: 1889 a1937 (Primeira República ao Estado Novo); 1945 a1964 (Segunda República a ditadura militar); 1978 a2000 (início da redemocratização à nova República); a partir de 2000 (hipótese interpretativa). Desde a sua fundação o Movimento Negro tem procurado enfrentar os graves problemas do racismo estrutural e estruturante decorrente da lógica de privilégios inerente à acumulação do capital que marca profundamente a sociedade brasileira.

A linha cronológica a seguir demonstra as principais datas e as respectivas ações

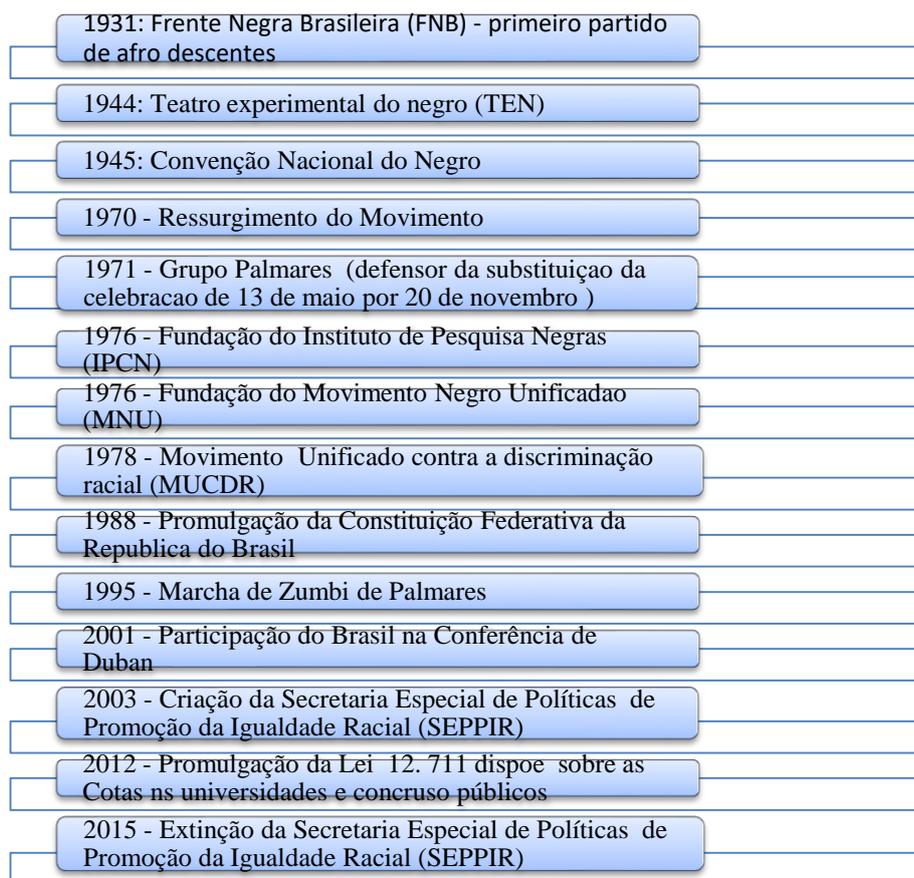


Figura 2: Linha cronológica Brasil – Elaboração própria



Nessa breve linha histórica observamos o desenvolvimento do Movimento Negro no Brasil e da política de promoção da igualdade racial. De acordo com Nilma Lino Gomes,

se não fosse a luta do Movimento Negro, nas suas mais diversas formas de expressão e de organização - com todas as tensões, os desafios e os limites -, muito do que o Brasil sabe atualmente sobre a questão racial e africana, não teria acontecido. E muito do que hoje se produz sobre a temática racial e africana, em uma perspectiva crítica e emancipatória, não teria sido construído. E nem as políticas de promoção da igualdade racial teriam sido construídas e implementadas (GOMES, 2019, p. 15)

Considerando a legislação brasileira¹²⁹, resumidamente, identificamos os seguintes marcos legais que interferem diretamente nas condições de sobrevivência da população negra no Brasil.

- Lei 581 de 1850, conhecida como a Lei Eusébio de Queiroz, extinguiu o tráfico de escravos no Brasil;
- Lei 2.040 de 1871, conhecida como Ventre Livre ou Lei Rio Branco, estabeleceu que todos os filhos nascidos de escravas serão considerados livres a partir dessa data;
- Lei 3.270 de 1885, conhecida como Lei do Sexagenário ou Lei Saraiva Cotegipe, estabeleceu que todos os escravos que completarem 60 anos serão livres.
- Lei 1.390 de 1951, conhecida como Lei Afonso Arinos, incluiu entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor;
- Lei 7.437 de 1985, da nova redação a Lei Afonso Arinos, estabeleceu a inclusão entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.
- Lei 3.353 de 1888 conhecida como Lei Aurea, assinada pela Princesa Isabel, aboliu a escravidão no país;
- Lei 7.668 de 1988, autorizou ao Executivo a criação da Fundação Cultural Palmares (FCP);
- Lei 7.716 de 1989, conhecida como lei contra o racismo, definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor;
- Lei 10.639 de 2003, alterou a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira".
- Lei 12.990 de 2004, conhecida como lei de cotas nos concursos públicos, estabeleceu a reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.
- Lei n. 12.711/2012, conhecida como Lei de cotas, dispôs sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio.

¹²⁹O tema da escravidão figurou em diversos momentos na história brasileira. Para fins analíticas foram consideradas apenas as iniciativas que tornaram Leis. Cabe registrar a atuação do Dep. José Bonifácio Silva (1823); Lei Feijó (1831).



Considerando as Leis acima podemos afirmar que a Legislação brasileira se divide em dois grandes grupos: (a) Leis de manutenção da sobrevivência da população negra e (b) Leis de promoção da igualdade racial. O primeiro conjunto é composto pelas Leis que estabelecem condições mínimas de sobrevivência da população negra, ou seja, que garantam o contingente populacional apto para a inserção na estrutura produtiva de forma precarizada e subalternizada.

Dessa forma asseguram que parcela significativa da população permanecerá mantendo a estrutura do poder produtivo vigente. Uma característica peculiar é que essas leis visam preservar exclusivamente o corpo negro sem alterar as relações de poder. Já o segundo grupo tem como objetivo principal promover a igualdade racial por meio do reconhecimento étnico racial, o combate às desigualdades educacionais e de trabalho; o enfrentamento ao racismo e a discriminação étnico racial. Essas leis mostram o novo constitucionalismo latino-americano enquanto “uma resposta original e distinta do caminho tradicional europeu, reconhecendo a necessidade de modelar instituições a partir da própria experiência latino-americana, e valorizando a singularidade da história do continente” (BARBOSA & TEIXEIRA, p.1137, 2017).

Nesse sentido, o enfoque nas leis de promoção da igualdade racial, ou seja, as Leis de tipificação do racismo, de cotas nas universidades e nos concursos públicos e a inclusão obrigatória da História da cultura Afrobrasileira na educação demarcaram constitucionalmente as demandas dos Movimentos Negros e sua luta pelo reconhecimento e reparação para a população negra. O debate acerca de novos marcos constitucionais foi intenso, principalmente, pela postura conservadora e arcaica da elite brasileira. A discussão de cotas foi tomada por essa parcela como um “privilegio para os negros”, “o rebaixamento da produção e qualidade do ensino superior”, e o não entendimento da obrigatoriedade do ensino da História e cultura afrobrasileira.

As Leis de Cotas foram implementadas durante os governos Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2011) e Dilma Rousseff (2011-2016), ambos do Partido dos Trabalhadores (PT), que iniciaram o conjunto de políticas públicas de reparação e inclusão social. Esse foi um momento decisivo na história da luta pela promoção da igualdade racial tanto no que diz respeito a explicitação da temática de forma institucional, quanto no estabelecimento de programas, projetos e mecanismos capazes de promover o início da ruptura com o modelo centrado na falsa lógica da meritocracia.

De acordo com Nilma Lino Gomes (2021), “a reivindicação por uma educação democrática, como uma das estratégias de combate ao racismo, sempre foi um dos temas



centrais das lutas do movimento negro do passado e do presente” (GOMES, SILVA & BRITO, 2021, p.02). Recuperando a importância do Movimento Negro, especialmente na sua função de educador, assim como de outros movimentos sociais no Brasil, GOMES, SILVA & BRITO, 2021 destacam a importância dessas atuações no enfrentamento ao racismo e também na proposição de alternativas ao *modus operante vigente*. A política de cotas no Brasil produziu uma inflexão no racismo *estrutural e estruturante*. Ainda que com muitos desafios e algumas lacunas, a Lei de Cotas gerou um novo ciclo de inclusão na educação e nos órgãos públicos. Todavia, essa inclusão foi interrompida em 2016 com o golpe legislativo contra a presidente eleita Dilma Rousseff e sepultada com a eleição do presidente Jair Bolsonaro. (2019-)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de atuação dos movimentos sociais e a defesa dos direitos civis, políticos, econômicos e sociais são indissociáveis das lutas impostas pela colonialidade e da lógica de acumulação do capital. Todo o movimento social tem como arena de luta o desenvolvimento do capitalismo que aprofunda as desigualdades sociais e tem estabelecido formas *camufladas* da luta de classe. Os direitos civis, políticos, econômicos e sociais, quando constituídos a partir da atuação dos movimentos sociais, são capazes de gerar profundas transformações. Procuramos mostrar a conexão entre a luta dos movimentos étnico raciais e a promoção da igualdade racial, principalmente, na sociedade brasileira. Podemos observar que a atuação dos movimentos sociais constitui uma variável relevante para a implementação de políticas públicas capazes de promover a igualdade. Nesse sentido o direito é a antessala dessa realização. A primeira conquista de direitos passa pelo reconhecimento dos grupos étnico raciais. A segunda desdobra-se na implementação de políticas públicas voltadas para a efetivação de tais direitos.

Considerando o contexto de lutas da América Latina, identificamos no caso colombiano semelhantes interessantes com a realidade brasileira. Dentre as quais destacam-se a diversidade e as divergências internas do movimento negro — que em alguns momentos acabam gerando fragilidades no pleito das demandas; as múltiplas necessidades reivindicatórias; a contrarreação conservadora institucionalizada nas representações sociais; o enfrentamento ao racismo como *modus de organização social*; a instabilidade das democracias e a ascensão de governos de esquerda e a criação do ambiente favorável as lutas sociais dos grupos étnico raciais.

Diferentemente dos governos que passam pelo crivo das urnas para mandatos temporários, os Movimentos Sociais nascem das lutas e da organização social. Eles são as forças impulsionadoras das transformações, que desafiam o poder instituído ao apresentar suas



inadiáveis necessidades e lutar pelas suas reivindicações. Numa linguagem metafórica podemos dizer que, em situações de fragilidade democrática, a atuação dos movimentos sociais talvez sejam as únicas centelhas de esperança, de ousadia e de possibilidade de reinvenção. A energia liberadas pelo fragor das históricas lutas sociais fundamenta o direito!

REFERÊNCIAS

ABERS, Rebecca NEAERA, Silva, Marcelo Kunrath e TATAGIBA, Luciana. MOVIMENTOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS: REPENSANDO ATORES E OPORTUNIDADES POLÍTICAS. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política** [online]. 2018, n. 105, pp. 15-46. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-015046/105>>. Acessado em 10 Junho 2022

ARROYO, M.G. Pedagogias em movimento – o que temos a aprender dos movimentos sociais? In: NOGUEIRA, P.H.Q.; MIRANDA, S.A. **Miguel Arroyo: educador em diálogo com o seu tempo**. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 243-266.

BARBOSA & TEIXEIRA. Maria Lúcia. João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. **Revista Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 2, 2017, p. 1113-1142.

BUVINIĆ, Mayra (Ed.). Introdução: inclusão social na América Latina. In: BUVINIĆ, Mayra; MAZZA, Jacqueline; DEUTSCH, Ruthanne (Eds). **Inclusão social e desenvolvimento econômico na América Latina**. Rio de Janeiro: Elsevier: Washington [Estados Unidos]: BID, 2004. p. 3-32.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania: Tipos e percursos**. Estudos Históricos, nº 18, Rio de Janeiro, 2004.

CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA DA POLONIA. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_colombia_2000.pdf. Acessado em 15 de maio de 2022

DAGNINO, Evelina; OLVERA, Alberto J.; PANFICHI, Aldo. 2006. **Para uma outra leitura da disputa pela construção democrática na América Latina**. In: _____. A disputa pela construção democrática na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 2006. pp. 13-92.

DOMINGUES, Petronio. Movimento Negro Brasileiro: alguns apontamentos históricos. 122, Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tem/a/yCLBRQ5s6VTN6ngRXQy4Hqn/?format=pdf&lang=pt>. Acessado em: 29 de abril de 2022

DUSSEL, Enrique. 1942 El encubrimiento del otro (Hacia el origen del mito la modernidade). Reimpresão Facsimilar, 1992. Disponível em: [https://www.enriquedussel.com/txt/Textos_Obras_Selectas/\(F\)19.1492_encubrimiento.pdf](https://www.enriquedussel.com/txt/Textos_Obras_Selectas/(F)19.1492_encubrimiento.pdf). Acessado em 02 maio de 2022

DUSSEL, Enrique. **Europa, Modernidad y Eurocentrismo**. Revista de Cultura Teológica. Ano 1, Nº 4, Julho- Setembro, 1993, p.69-81. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/issue/view/959> Acessado em: 05 de fevereiro, 2022.

DUSSEL, Enrique. **El incubrimiento del outro**. Hacia el origen del mito de la modernidade. 3ª Edicion. Quito- Ecuador: Ediciones ABYA YALA. 1994.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classe**. Volume 1 Estudos de interpretação sociológica. São Paulo, Editora Globo. 1964. 439 p.



FERNANDES, Bernardo Mançano. **Movimentos socioterritoriais e movimentos socioespaciais:** contribuição teórica para uma leitura geográfica dos movimentos sociais Revista Nera – Ano 8, n. 6 – Janeiro/junho de 2005.

FERREIRA, Andrey Cordeiro. Colonialismo, capitalismo e segmentaridade: nacionalismo e internacionalismo na teoria e política anticolonial e pós-colonial. **Revista Sociedade e Estado** - Volume 29 Número 1 Janeiro/Abril 2014. P. 255-288. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/LMbr7mNnPDM7CXV5L59MkFR/?lang=pt> Acessado em: 10 de maio, 2022.

GRINBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2001.

GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos Movimentos Sociais:** paradigmas clássicos e contemporâneos. Edições Loyola: São Paulo, 1997

GOHN, Amélia. **A questão social no Brasil:** a difícil construção da cidadania in Viagem incompleta. A experiência brasileira (1500-2000): a grande transação. 2ª edição. Editora Senac São Paulo, 2000

GOMES, Nilma Lino. **O movimento negro educador:** Saberes construídos nas lutas por emancipação. Editora Vozes: Belo Horizonte, 2017, 160p.

GOMES, Nilma Lino. O movimento negro no Brasil: ausências, emergências e a produção dos saberes. Política & Sociedade, Florianópolis, v. 10, n. 18, p. 133-154, abr. 2011.

GOMES, SILVA; BRITO. Nilma Lino; Paulo Vinicius Baptista da; José Eustáquio de. Ações afirmativas de promoção da igualdade racial na educação: lutas, conquistas e desafios. Seção Especial Ações Afirmativas de Promoção da Igualdade Racial Na Educação: Lutas, Conquistas e Desafios, Apresentação. Educação e Sociedade, n 42, ano 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/3PyCNZ5FhDNjjchnPBGKhJw/?lang=pt>. Acessado em 04 de maio de 2022.

GROSGOUEL, Ramón. *Decolonizing Post-Colonial Studies and Paradigms of Political Economy: Transmodernity, Decolonial Thinking, and Global Coloniality*. TRANSMODERNITY: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World, School of Social Sciences, Humanities, and Arts, UC Merced. 2011. Volume 1, USSUE 3, 2012. Disponível em: https://escholarship.org/uc/ssha_transmodernity?volume=1:issue=1. Acessado em: 04 de março de 2022

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARX, Karl. **A ideologia alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 1998

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000

MARSHALL, T.H. cidadania e Classe Social (capítulo III) in **Cidadania social, classe social e Estado**. Zaluar, Rio de Janeiro, 1976

MBEMBE, Achile. **Necropolítica** seguido de sobre el gobierno privado indirecto. Traducción y edición Elisabeth Falomir Archambault. Espanha: Editora Melusina, 2006, 120 p.

MIGNOLO, Walter D. “A Colonialidade de Cabo a Rabo: o Hemisfério Ocidental no Horizonte Conceitual da Modernidade”, In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas**. LANDER, Edgardo (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005. pp 33-49. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/PWTwbjGs7jQqjGRV7kP44sf/?format=pdf&lang=pt>. Acessado em 18 de maio de 2022



NASCIMENTO, Valéria Luciene do. OLIVEIRA, Maria Rita Neto Sales. **O movimento negro na América Latina: Brasil e Colômbia.** In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL PENSAR E REPENSAR A AMÉRICA LATINA, II, 2016. São Paulo. Anais eletrônicos. Disponível em < sites.usp.br/prolam/wp-content/uploads/sites/35/2016/12/NASCIMENTO_SP01-Anais-do-II-Simp%C3%B3sio-Internacional-Pensar-e-Repensar-a-Am%C3%A9rica-Latina.pdf>Acessado em 03 de abril de 2022

QUIJANO, Aníbal. “El fantasma del desarrollo en América Latina” em **Revista venezolana de economía y ciencias sociales** (Caracas) Nº 2, 2000

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade, poder, globalização e democracia. Novos Rumos 4 Ano 17, No 37, 2002. Disponível em:

http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/veiculos_de_comunicacao/NOR/NOR0237/NOR0237_02.PDF Acessado em 12 de abril de 2022

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina, In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais.** Perspectivas Itinoamericanas. LANDER, Edgardo (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005. pp. 107-130

REIS, Elisa Pereira. **Parte I: sobre a cidadania in Processos e escolhas: estudo de sociologia política.** Rio de Janeiro, Contra Capa Livraria, 1998.

REIS, Elisa Pereira. **Parte II: O Estado Nacional como ideologia: o caso brasileiro in Processos e escolhas: estudo de sociologia política.** Rio de Janeiro, Contra Capa Livraria, 1998.

REIS, Elisa Pereira. **Parte IV: Pobreza, desigualdade e identidade política in Processos e escolhas: estudo de sociologia política.** Rio de Janeiro, Contra Capa Livraria, 1998.

SADER, Emir. **Quando novos personagens entram em cena.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SEYFERTH, Giralda. **REVISTA USP**, São Paulo, n.53, p. 117-149, março/maio 2002. Disponível em <file:///C:/Users/Isabel/Downloads/33192-Texto%20do%20artigo-38994-1-10-20120713.pdf>. Acessado em 24 de abril 2022

SOUKI, Lea Guimarães. A atualidade de T. H. Marsall no estudo da cidadania no Brasil. **Revista Civitas**, volume 6, número 1, janeiro- junho, páginas 39-58, Porto Alegre, 2006

TATAGIBA, Luciana. **Movimentos sociais e políticas públicas.** EDITORA UNESP: São Paulo, 2021

TILLY, C. Movimentos sociais como política. **Revista Brasileira de Ciência Política**, [S. l.], n. 3, p. 133–160, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/1677>. Acesso em: 10 jun. 2022.

WABGOU, Maguemati et al. **Movimiento social afrocolombiano, negro, raizal y palenquero: el largo camino hacia la construcción de espacios comunes y alianzas estratégicas para la incidencia política en Colombia.** Bogotá [Colombia]: Universidad Nacional de Colombia, 2012. 352 p

WALLERSTEIN, Immanuel. **The Capitalist World-Economy.** Cambridge and Paris: Cambridge University Press and Editions de la Maison des Sciences de l’Homme. 1979

WEBER, MAX. **Economia e sociedade.** Brasília, São Paulo: Editora da UnB, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.





INTERPRETAÇÃO DESCOLONIAL DO DIREITO BRASILEIRO:

Dos paradigmas exegéticos tradicionais eurocêntricos ao movimento descolonial

Guilherme Roman Borges (UCB)*

INTRODUÇÃO

O confronto entre a normatividade e a facticidade, o mundo do direito e o mundo da vida, entre o ser o dever-ser, entre *φύσις* vs. *νόμος*, é uma das tantas atividades, talvez a principal, com as quais os juristas se deparam diariamente, e no mais das vezes são chamados a se posicionar tecnicamente, a fim de dar uma resposta adequada a eventuais conflitos decorrentes deste embate. Naturalmente, quanto mais complexa, plural, mutável e contingente a vida for, e quanto menos porosa, plástica e adaptável for a ordem jurídica, este encontro se problematiza causando incertezas responsivas, insegurança sistêmica e instabilidade institucional.

Ordenamentos jurídicos inseridos na tradição do *civil law* são, por sua própria gênese, predestinados a limitar estes momentos de conexão. Indícios, sinais, pistas, enfim, vestígios de institutos e de racionalidade própria nos levam a entender que esta inferência restritiva só pode ocorrer em momentos muito específicos, quando a ossatura institucional assim permite. Neste modelo, ativismos judiciais, se não tendem à arbitrariedade, fazem-no em direção à barbárie sistêmica. Por isto, intérpretes da normatividade, como bons equilibristas, seguram-se em si mesmos, e projetam sua exegese normativa diante da realidade, tendo sempre em conta as clausuras que a herança histórica lhe costurou. Técnicas, modelos, procedimentos, limites, parâmetros, formas, molduras, delimitações, enfim, uma bagagem epistêmica arquivou

* Livre-Docente, Doutor e Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP. Estágio pós-doutoral em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP e em Teoria do Direito e Direito Comparado na Universidade de Paris I – Panthéon Sorbonne. Estudos de Filosofia Clássica com bolsa anual da CAPES na Faculdade de Filosofia da Universidade de Patras/Grécia. Ex-Pesquisador visitante de Direito Grego e Direito Romano na Biblioteca Universitária de Bolonha e na Biblioteca Comunale dell'Archiginnasio/Itália. Ex-Bolsista no Max Planck de História do Direito de Frankfurt. Mestre em Sociologia do Direito e Bacharel em Direito na UFPR. Professor do Programa de Pós-Graduação s.s. da Universidade Católica de Brasília e da Escola da Magistratura Federal do Paraná. Juiz Federal Substituto. Membro da DECLEN – Decolonizing and Comparing Legal Experiences Network. E-mail: guilherme.borges@p.ucb.br.



historicamente ferramentas que permitiu aos intérpretes “bem” exercer as suas funções exegeticas.

Uma vez confrontado com um caso da vida real, e toda a dramaturgia que a vida cria no espaço do convívio social, o exegeta, buscando compreender o que haveria de normatividade nos comportamentos humanos, e de que modo a pretensa “ordem” jurídica poderia nela intervir, experimenta seus piores momentos, pois lhe incumbe reviver na herança cognitiva toda aquela caixa de ferramentas que a história da teoria jurídica lhe forneceu, e, por consequência dar uma resposta, dizendo de modo quase inexorável: qual a norma, e em que termos ela definida, aplica-se às dissidências humanas a fim de resolvê-las, ou, ao menos, apaziguá-las. Se o fim do direito desejado sempre foi a paz e o bem estar social,¹³⁰ então este é produto de sua resposta que se espera.

Obviamente a exegese normativa ganha um verdadeiro incremento de diversidade quando a realidade, tal qual a brasileira, para além de complexidade tradicional das sociedades contemporâneas, apresenta todo um percurso passado, presente e por ora predestinado a um futuro, gravado por processos colonizadores. A existência de uma realidade graficamente plural, e de uma ordem normativa simplificadora em termos eurocêtricos, exige do exegeta um passo além. Estamos num ambiente reflexivo em que o “pluralismo jurídico”, aquele lido na perspectiva comunitário-descolonial, dever ser a chave metodológica de torque.¹³¹

É neste momento que esta reflexão pretensamente procura contribuir: após pretender esclarecer, integrar, extrair os sentidos normativos possíveis na ordem jurídica brasileira, a fim de fazê-los incidir na vida concreta, que a exegese descolonial se coloca. Mesmo após extrair a melhor norma possível para aplicar ao caso concreto, cumpre ao exegeta descolonial avançar e se perguntar: em que medida esta resposta, legalmente aceita e constitucionalmente ponderada, está atenta a interculturalidade brasileira? É possível extrair este mesmo conteúdo normativo, após um *filtro descolonial*? E aqui o exegeta descolonial se realiza e promove uma interpretação plena, ampla e atenta às idiossincrasias nacionais.¹³²

¹³⁰ Estas ideias foram tradicionalmente bem resumidas em alguns dos textos de Reinhold Zippelius: ZIPPELIUS, Reinhold. *Das Wesen des Rechts*. München: C. H. Beck, 1997.; _____. *Einführung in das Recht*. Heidelberg: C. F. Müller UTB, 2008.; _____. *Juristische Methodenlehre*. München: C. H. Beck, 2006.

¹³¹ Estas ideias de um pluralismo encetado no poder comunitário e na ação participativa de múltiplos sujeitos foram originalmente pensadas por Antonio Wolkmer, dentre outros textos, no ensaio WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito*. In.: *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10., n. 4, p. 2711-2735, 2019. Wolkmer, o autor que estava na base da teoria crítica dos anos 90, e que se desdobra em direção às reflexões descoloniais, de modo preciso, pontua o tema.

¹³² Parte destas ideias aqui investigadas representam excerto da Tese de Livre-Docência, intitulada *Hermenêutica Jurídica Descolonial: uma revisão dos paradigmas interpretativos em direção à descolonialidade*, apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,



1) INTERPRETAÇÃO “ÉTICA”: A EXEGESE GRECO-CLÁSSICA E A “OPINIÃO MAIS JUSTA”

A ideia de juridicidade para os gregos não é nada restritiva, e, naturalmente, toda uma vasta gama de expressões eram usadas para exprimir a ideia de normatividade, seja no pré-direito, seja no direito pós-democracia: *τέχνη* (técnica, arte do bem fazer); *πρᾶξις* (prática), *θεορία* (teoria), *προαίρεσις* (uma decisão debatida), *δίκη* (justiça), *ἐπιείκεια* (equidade), *δικαιοπράγμα* (a prática do justo), *ἰσονομία* (isonomia), *δικαιοσύνη* (justiça virtuosa).¹³³ Aqui caberia um extensa reflexão, mas cujos contornos deste artigo, não caberia.¹³⁴ De qualquer modo, o que de tudo ressalta, é que, seja numa percepção filosófica, seja jurídica, o conceito de *νόμος* (norma) experimentou vicissitudes ao longo dos séculos gregos, e não pode ser reduzido à noção estritamente legal, tal os romanos fizeram, nem tampouco pode perder o seu conteúdo religioso, e deve ser visto muito mais próximo de “um acordo entre os homens com vistas a enaltecer virtudes públicas no período democrático, segundo os costumes e as opiniões mais sábias e válidas para todos”.¹³⁵

Sendo possível identificar um recorte, ainda que não tão preciso e em certa medida polissêmico para *νόμος* (norma), mas vinculado à ideia de manifestação da democracia ateniense e das leis como manutenção deste sistema, problema existia muito mais quando não havia este *νόμος* (norma). É aqui que surge, então, a ideia de hermenêutica para os gregos. Isto é um fato curioso. Ao contrário do que o mundo medieval, e com mais vigor a modernidade, costurarão séculos mais tarde, ao definir em seus cânones interpretativos o lugar seguro e próprio da hermenêutica, qual seja, o esclarecimento do “sentido normativo” (e daí a expressão, *in claris cessat interpretatio*), no mundo greco-antigo a interpretação se atrela à ausência

subárea Filosofia Especial, nos termos do Edital FD LD 04/2021, publicado em 27 de maio de 2021, com base nos arts. 2º e 3º da Resolução nº 7955/2020. Concurso realizado entre os dias 07 e 11 de março de 2022. Tese aprovada perante a banca composta pelas ilustres Professoras Titulares Katya Kozicki (UFPR) e Vera Karam Chueiri (UFPR), bem como pelos ilustres Professores Titulares José Reinaldo de Lima Lopes (USP, Presidente da Banca), Ronaldo Porto de Macedo Júnior (USP) e Luis Fernando Barzotto (UFRGS).

¹³³GERNET, Louis. *Sur la notion de jugement en droit grec*. In.: *Droit et Société dans la Grèce Ancienne*. Paris: Sirey, p. 61-81, 1955; STOLFI, Emanuele. *Introduzione allo studio dei diritti greci*. Torino: G. Giappichelli, 2006.; e CANTARELLA, Eva. *Diritto greco: appunti delle lezioni*. 2. ed. Milano: Cuem, 1994.; OST, François. *Raconter la loi: aux sources de l’imaginaire juridique*. Paris: Odile Jacob, 2004, p. 91-151. ROMILLY, Jacqueline de. *La loi dans la pensée grecque: de origines à Aristote*. 2 ed. Paris: Les Belles Lettres, 2002, p. 1.; SCHMITT, Carl. *Der Nomos der Erde im Volkerecht des Jus Publicum Europeum*. 2 auf. Berlin: Dunker und Humblot, 1974.

¹³⁴ Para uma análise mais detalhada, ver: BORGES, Guilherme Roman. *O direito constitutivo: um resgate greco-clássico do Νόμμου ἔθος*. Curitiba: IFDDH, 2015.

¹³⁵ Neste sentido, enfim, ver: OSTWALD, Martin. *Nomos and the beginnings of the Athenian democracy*. Oxford: Clarendon Press, 1969, p. 12-20.; e MACDOWELL, Douglas M. *The Law in classical athens: aspects of greek and roman life*. New York: Cornell University, 1978.



normativa, por isso havia um termo próprio *ἀνομία* (ausência de norma). Interpretar, para além da questão mitológica do Deus Hermes (*Ἑρμης*), e sua habilidade em traduzir os deuses, que aqui, apenas, não é relevante, está mais próximo da ideia de explicar, interpretar uma língua estrangeira, um texto complexo e fazer compreender, comentar. Não são poucas as expressões gregas antigas que levam a este entendimento mais pragmático: *ἑρμηνεύς* (intérprete estrangeiro), *ἑρμηνεία* (explicação, expressão, estilo), *ἑρμηνεύματα* (explicações), *ἑρμηνευτικός* (concernente à interpretação), *ἑρμηνεύω* (interpretar, explicar, exprimir) *ἑρμηνευτής* (intérprete, comentador).¹³⁶ Por isso é possível dizer que a ideia de “*hermenêutica*”, tal como o conhecemos no Ocidente jurídico, nasce com os gregos. Não se tratava de revelação divina, esoterismo ou adivinhação, mas sim um “exercício” de compreender e explicar a partir de argumentos o que não está claro.

Não estar claro decorre então menos da ambivalência ou pluralidade de sentidos e seus contextos, e mais da ausência de um sentido, que precisa ser “criado” pelo intérprete a partir da lei. A lei está ali, e no seu silêncio sentidos possíveis existem, mas jamais plenamente livres. A questão era: como encontrar esta norma na lei? Obviamente não havia tanta elaboração para distinguir lei e norma, mas os gregos já apontavam para a ideia de que *νόμος* (norma) dependia de um *ἑρμηνευτής* (intérprete) que se exercitasse (eticamente, como se verá adiante) e à *πόλις* (cidade) desse uma *ἑρμηνεία* (explicação). Isto se evidencia, segundo os grecistas, pela referência que se havia de fazer sempre às leis já existentes. Uma espécie de “interpretação sistemática”, como se dirá no século XIX pelas mãos de Savigny.¹³⁷ É pelo que há, que se interpreta o que não existe. Parece óbvio dizer isso, mas em tempo de *ativismo judicial*, é necessário ser reafirmado.

Ao lado desta situação complicada e confusa para a democracia ateniense, que era a *ἀνομία* (ausência de norma), surge um recurso para tentar orientar os julgamentos quando este fenômeno ocorresse: o denominado “*rule of law*” (regra da lei). Edward M. Harris, num importante recorte feito em 2006, salientou a relevância que a *rule of law* desempenhava em Atenas¹³⁸. Segundo ele, esse papel é fundamental exatamente pelo fato da democracia ateniense ter colocado a lei como o guia supremo da construção da *πόλις* (cidade), e, sobretudo, para a construção de virtudes nos cidadãos. Em alguns trechos, é possível vivenciar esse valor da

¹³⁶ CHANTRAINE, Pierre. *Dictionnaire étymologique de la langue grecque: histoire des mots*. T. II, Paris : Éditions Klincksieck, 1970, p. 373 e segs.

¹³⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Juristische Methodenlehre*. Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm. herausgegeben von Gerhard Wesenberg. Stuttgart: K. F. Koehler, 1951.

¹³⁸ HARRIS, Edward M. *The rule of law in athenian democracy: reflections on the judicial Oath*. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 9, p. 156-181, 2006.



norma, como o retrato de um funeral por Hipérides, que ressalta o fato dos homens só poderem ser felizes se forem orientados pela “voz da lei”; ou, em outro, em Lísias, que também num funeral menciona que os homens seriam diversos dos animais selvagens porque são justos “pela lei”; ou igualmente no funeral de Péricles, em que Tucídides mostra que os homens deveriam seguir na vida pública sem “violiar as leis”; ou, enfim, no julgamento de Efébico, em que cada jovem cidadão, ao se graduar, deveria julgar anualmente que obedeceria às leis estabelecidas¹³⁹.

A obediência à lei era um requisito para o exercício da democracia, e a sua não observância, se aceita pelo Tribunal, era uma forma de destruí-la institucional e lentamente, e, nessa medida, destruir o interesse comum.¹⁴⁰ Isto é tão vivo que os atenienses procuravam elogiá-la em qualquer momento da vida, seja na *ἀγορά* (praça), seja na vida judiciária, quando juízes do povoado, árbitros ou membros do *Ἠλιασταί* (Tribunal). Uma forma de reconhecer este cuidado normativo é através do juramento, que cada cidadão escolhido anualmente para ser um dos *δικαστής* (magistrados) deveria fazê-lo de julgar de acordo com as leis e os decretos de Atenas. Diante do rio Ilissus no *δέμει* (povoado) de Ardetus, posteriormente chamado de herói ático, os juízes fazi-am esse juramento, ressaltando o valor fundamental que a lei tinha entre os atenienses. Esse juramento é um dos recursos que permite construir a ideia de um “direito constitutivo” entre os gregos. Na medida em que o juiz se obriga com a lei, obriga-se com todos em cumprir aquele conteúdo amplo e virtuoso que a norma grega estabelecia (essa ideia será mais bem explorada adiante).

Há naturalmente controvérsias sobre a importância deste juramento. Josiah Ober, Adriaan Lanni e David Cohen¹⁴¹ procuram negar esse excessivo valor dado à *rule of law*, acreditando que o exercício do poder está um pouco além do valor supremo da norma. Elementos extralegais influenciariam muito mais que a própria norma. Para eles, o *Ἠλιασταί* (Tribunal) era antes um lugar de realização pessoal política do que a valorização e curadoria das leis. De qualquer modo, a grande maioria dos autores, a começar com o clássico Arnaldo Biscardi¹⁴², avançam em outro sentido. Este juramento foi recortado por Demóstenes e apresenta, segundo interpretações contemporâneas, algumas ideias centrais que obrigariam os

¹³⁹ OSBORNE, R. *Greek historical inscriptions*, 404-323 b.C. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 88 (linhas 12-14). [Hipérides, *Epitáfio*, 25; Lísias, 2, 19; Tucídides, *História da guerra do Peloponeso*, 2, 37, 430]

¹⁴⁰ DEMÓSTENES, *Contra Timócrates*, 24.215-16.

¹⁴¹ OBER, Josiah. *Mass and elite in democratic Athens: rhetoric, ideology, and the power of the people*. Princeton: Princeton University Press, 1989.; LANNI, Adriaan. *Law and justice in the courts of classical Athens*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.; e COHEN, David. *Law, violence and community in classical Athens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

¹⁴² BISCARDI, Arnaldo. *La 'gnome dikaiotate' et l'interprétation des lois dans la Grèce ancienne*. In.: *Scritti di diritto greco*. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 89-102, 1999.



juízes a: (i) votar de acordo com as leis e os decretos do povo ateniense; (ii) votar sobre as matérias pertinentes do caso; (iii) ouvir igualmente acusador e defensor; e (iv), *δίκαζειν* (julgar) de acordo com a *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa). É neste último tópico do julgamento da *rule of law* que se expressa o lugar da *hermenêutica* grega.

Os três primeiros dos juramentos fazem ressaltar a preocupação que os gregos tinham com a conduta do juiz, especialmente com as limitações em torno da *rule of law* e com o equilíbrio da relação processual. Nas entrelinhas, aparecem já categorias que os romanos se preocupariam posteriormente em desenvolver, com os limites materiais da decisão judicial – *res judicata* – e com a paridade processual pela ampla defesa. Categorias fundamentais no processo contemporâneo. A limitação do poder do juiz em termos materiais representa uma ideia extremamente avançada para a época, sobretudo se for possível discutir no Brasil, que ainda não tem um excepcional livro que trate, por exemplo, dos limites da coisa julgada no âmbito processual penal. A dificuldade que hoje se apresenta já fora trabalhada, ainda que superficialmente, pelos gregos.

Ademais, os atenienses não permitiam qualquer mobilidade processual, com vistas a que a matéria posta em juízo pudesse ser modificada ao longo do curso. Se, por um lado, isto representaria aos olhos contemporâneos um desrespeito à economia processual, por outro evitava que processos fossem propostos descuidadamente, seja por parte do autor/acusador, seja por parte dos juízes na condução do processo. Essa pouca mobilidade fica evidente em algumas passagens, como nos discursos de Antifonte ou de Demóstenes, que proibiam que questões relevantes, embora não restritas ao caso, pudessem ser discutidas. Fica nítido que o “objeto processual” (seja a lide ou caso penal modernos) eram claramente restritos e bem contornados, de modo que não sobrava qualquer espaço para figuras como a “instrumentalidade das formas” no processo civil contemporâneo, ou a *mutatio e emendatio libelli* no processo penal, de origens romanescas.

Certamente, o que gera uma imensa discussão é o alcance daquela quarta cláusula, de julgar segundo a *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa). Porque aqui abre espaço para a ideia de “hermenêutica jurídica” entre os gregos, que, segundo Edward Haris,¹⁴³ pode ser vista sob dois aspectos: de um lado, quando não houvesse lei – *ἀνομία* (ausência de lei) –, como visto, cumpriria ao juiz julgar segundo a “opinião mais justa”; e, de outro, julgar segundo a “opinião

¹⁴³ HARRIS, Edward M. *The rule of law in athenian democracy ...*, p. 160.



mais justa” significaria não decidir de acordo com os amigos ou contra os inimigos, logo, a sua opinião mais justa.¹⁴⁴

Essas ideias que comportam a *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa), seja de julgar assim quando inexistente a lei, seja de julgar nunca em favor ou contra pessoas adoradas ou detestadas, mas de modo justo, estava, portanto, na vanguarda do pensamento que os atenienses tinham do papel que a norma poderia ter. Embora se possa refletir, num primeiro momento, e se chegar a uma conclusão de que a norma estaria num segundo plano, exatamente por esta cláusula, por outro lado é possível, muito pelo contrário, encontrar nela um conceito amplo de norma, que não se restringiria ao texto legislativo. O julgamento mais justo importaria aquela noção de “equilíbrio”, de *σοφροσύνη* (prudência) que o direito grego possuía e que estava na base da própria noção de *νόμος* (norma) outrora evidenciada. Também é possível verificar isto na noção que os gregos construíram em torno do *συναλλάγμα* (relação), que em muito se difere da noção romanista de Labeo de “contrato”, na medida em que a base não é o acordo e sim o equilíbrio.

Ao se deparar com conflitos sociais e com o texto da lei, a extração da norma (sobretudo quando ausente claramente) impunha o exercício da explicação, da compreensão, contido na essência do termo *ἐρμηνεύω* (interpretar). Mas este exercício hermenêutico não era livre, a uma, por razões de *rule of law*, cujos três primeiros juramentos dos magistrados recém empossados previam, mas a duas, e principalmente, por força da *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa), que trazia uma implicação ética para a hermenêutica. Para os gregos, quando fosse necessário buscar a norma, compreendendo-a e a explicando aos demais, haveria de se ter o cuidado com a regra da lei, mas, sobretudo, com a “opinião mais justa”, que implicava interpretar com “equilíbrio”, ao tempo que interpretar eticamente (porque não favorável aos amigos e nem contrário aos inimigos). Eis aqui a marca dos primeiros conceitos de *hermenêutica jurídica ocidental*: uma “*interpretação ética*” essencialmente.

Aristóteles¹⁴⁵ também aprofunda esta leitura da “opinião mais justa”, afirmando que, muitas vezes, em especial naquelas situações em que a lei é contrária ao interesse da pessoa que dela precisa, a *ἐπιεικεία* (equidade) passa a tomar conta, o que significa que nem sempre o juiz deverá julgar de acordo com a lei em *πάντελος* (todos os casos). Claro que mesmo isto não é pacífico entre os gregistas. O grande problema desta interpretação, acredita, por exemplo,

¹⁴⁴ DEMÓSTENES, *Contra Leptines*, 20.118; _____. DEMÓSTENES, *Contra Boeotius*, 39.39-40.; _____. *Contra Aristócrates*, 23.96-97; e _____. *Contra Eubulides*, 57.63.

¹⁴⁵ ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 15.1375 a-b, 12.



Edward Haris, é que não existe nenhuma oração que se conheça dos oradores, como os grandes Ésquino, Demóstenes, Lísias, Iseus ou Isócrates, nem tampouco dos menores Antifonte, Andocide, Licurgo, Dinarco, Demade ou Hipéride, que sustente ou questione a possibilidade de se opor ao texto legal. No entanto, ainda prevalece a opinião deste caráter ético da interpretação entre os *scholars*.

Não há relatos nestes discursos de que o uso da “opinião mais justa” possa ocorrer em situações de ambiguidade, de modo que acabava sendo o recurso hermenêutico em casos de *ἀνομία* (ausência de lei). Há alguns autores, como Matthew Christ,¹⁴⁶ que chegam a afirmar que a quantidade de lacunas e falta de normas era tão grande em Atenas que o recurso à *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa), ainda que restrita a esta hipótese anômica, era extremamente corriqueiro e inevitável. Apesar de eventual discussão acadêmica, neste ponto os autores concordam com o fato dos gregos se valerem da *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa) de modo recorrente. Isto colocava o julgamento dos juízes num plano mais amplo, que poderia envolver considerações gerais de justiça, de modo que não haveria propriamente uma grande diferenciação feita pelos oradores entre *julgar com justiça* e *julgar segundo a lei*. Há algumas passagens nos discursos de Demóstenes, Ésquino, Antifonte, Iseus e Lísias que deixam expressar essa ampla consideração normativa. Estas passagens citadas relevam sobremaneira o fato do conteúdo normativo ter grande apego à justiça, não se limitando à técnica moderna ou mesmo romana de lei. Este é um fato que contribui especialmente para analisar uma “*interpretação ética*” como critério singular da hermenêutica grega.

Isto implica dizer que, para os gregos, um juiz, quando vota de modo mais justo, acaba por votar segundo a lei (porém, neste sentido mais amplo do que a *lex* romana experimentou). O que se negava, naturalmente, era que o juiz julgasse segundo a sua consciência o que lhe parece apenas mais certo. O que se pretendia afastar eram julgamentos políticos, não no sentido grego, aquele levado ao tribunal por uma *γράφη* (ação pública), mas num sentido moderno, deteriorado, de estar a serviço da consciência individual ou de interesses de determinadas classes ou da polícia. Também fica clara esta ideia pelo fato dos discursos dos oradores não mencionarem que os juízes julgavam preocupados com questões políticas, eis porque não se mencionavam, ou, se mencionados, não eram levados em consideração, o serviço público ou o *status* social do acusado.

¹⁴⁶ CHRIST, Matthew R. *The litigious athenian*. Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1998, p. 195.



Por fim, autores como Edward Harris¹⁴⁷ avançam sobre esta questão da interpretação normativa, a partir do que Hart denominara de *open texture*, para sustentar uma posição mais conservadora, mais segura, naquele sentido de que acima se falou, ou seja, de uma possibilidade de valer-se da *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa) a título de interpretação apenas quando houvesse ausência de normas. De outro, estão autores mais clássicos, que acreditam que a *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa) prevista, como dito, no juramento anual dos juízes, abria amplamente, tal Arnaldo Biscardi,¹⁴⁸ um triplo papel para os magistrados: (i) de servir de guia para fins de interpretação legal; (ii) de auxiliar na colmatação das lacunas legais eventualmente existentes; e (iii) de ajudar na resolução de conflitos entre a lei e a equidade, que, de regra, pendia para esta.

Avançando na linha deixada pelo autor italiano, tem-se que por força do juramento feito pelos juízes de atender às leis, de *δικάζειν* (votar) ou *ψηφίζεσθαι* (votar) de acordo com o que foi previamente estabelecido pela comunidade, ou melhor, de se manifestar *κατὰ τοὺς νόμους* (segundo as normas)¹⁴⁹, transformava-se num dever moral do próprio juiz, de bem pronunciar a sua *γνώμη τῇ δικαιοσύνη* (opinião mais justa). Isto deixa ainda mais evidente a percepção de uma *interpretação ética* do direito. Fica clara essa ideia quando Aristócrates, no discurso de Demócrito, afirma que votaria segundo a sua alma e consciência, se obedecer ao *χάρις* (favor) ou à *ἔχθρα* (raiva).

Enfim, a preocupação em interpretar, independentemente das hipóteses, muito embora tivesse um cunho pragmático, evidentemente não descurava, para os gregos também neste capítulo, de um conteúdo ético. Havia sempre no ato de interpretar um juízo do “bem interpretar”, do interpretar corretamente segundo as regras morais e segundo a boa condução do *λόγος* (raciocínio/argumentação). Interpretar não apenas um dever com o *νόμος* (norma), com sua origem, o seu sentido, mas, antes, um dever com o julgamento ético, com o *Ὁρθῶς Βεβουλευμένων* (bom senso)¹⁵⁰. Aristóteles, inclusive, chega a vinculá-lo diversas vezes na *Ética* a Nicômaco como uma virtude do homem e sua regra de conduta.¹⁵¹

¹⁴⁷ HARRIS, Edward M. *Open texture in athenian law*. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 3, p. 27-79, 2000.

¹⁴⁸ BISCARDI, Arnaldo. *La 'gnome dikaiotata' et l'interprétation des lois dans la Grèce ancienne*. In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 89-90, 1999.

¹⁴⁹ ISÓCRATES, *Discurso contra Calímaco*, XVIII, 34.

¹⁵⁰ ISEU, *Cleônimo*, I, § 41.

¹⁵¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, 1129, a; 1129, b; 1133, b; 1136, b; 1137, b; 1138, a.



2) INTERPRETAÇÃO “PRÁTICA”: A CONSTRUÇÃO DO SABER PRUDENCIAL

A *scientia iuris* romana é produto da alteração dos juristas e do poder, ou, mais precisamente, das modificações políticas e das possibilidades criadas para que algumas pessoas, consoante seus papéis sociais, pudessem se colocar na função jus-autor. Todo o artefato da *scientia iuris* é edificado com ascensões e quedas destas figuras, o que se revela ora pela presença dos “pontífices” nesta função jus-autor, ora dos “prettores”, ora dos “jurisconsultos”, ora do próprio “príncipe”, ou, derradeiramente, do “imperador”. De qualquer modo, alteradas as condições de poder, alteraram-se as formulações jurisprudenciais, e, mais, mudaram-se as figuras subjetivas que passaram a regular e dar condições de criação à *scientia iuris*. No início, o poder vem da sacralidade dos pontífices, depois do *imperium* dos prettores, da *auctoritas* dos jurisconsultos republicanos, em seguida, com o *ius publicae respondendi ex auctoritate principis*, até que se transforma nos escolhidos pela lei das citações de Valentino III (426 d.C.). Portanto, há toda uma sorte de relações costuradas sempre entre autoridade, liderança, reputação.¹⁵²

Costurada a ideia de que um pensamento sobre o direito era uma realidade no mundo romano, a questão se coloca é: e sua interpretação, como se dava? Quais variáveis interferiam neste processo? Qual a marca distintiva de sua percepção em relação aos gregos? Independentemente desta alternância no poder de emanar o direito, ressalta-se desde sempre uma mesma formação (grega, sobretudo) entre eles voltada à solução casuística dos casos concretos, e, é em torno desta prerrogativa que a *scientia iuris* se constrói.

Para poder realizar a *ars inveniendi* (arte da investigação/descobrimto), buscando pontos de partida (*topoi*), os jurisconsultos tinham conhecimento das noções básicas das artes gregas: gramática, retórica e dialética. O que pensava Cícero era que a complexidade social e os novos problemas exigiam a formação de homens criativos, não só dispostos a apontar decisões para casos concretos como dar início a uma teorização do direito (ainda que um alto grau de abstração e complexidade não tenha sido alcançado). Cícero (Sobre as leis) criticava os juristas que apenas exploravam textos e fórmulas para aplicar em casos concretos, afirmando que isto seria um reducionismo, fazendo com que o Direito Romano perdesse sua grandeza e se resumisse a uma *ars litigandi* (arte de litigar): “É preciso aprofundar os estudos para além das questões meramente casuísticas”. Cícero aceita como grandes jurisconsultos que fugiram a

¹⁵² Para maiores digressor sobre a juridicidade roman, ver: BORGES, Guilherme Roman. *A nova romanística: críticas, indagações, orientações*. Curitiba: IFDDH, 2014.



regras exclusivamente casuística: Mucio Scevola e Servio Sulpicio Rufo (este foi o responsável por inserir a lógica no direito, bem como desenvolver um método no ensino jurídico). Conhecer o direito vai além do saber das fontes, envolve dons que o homem recebe da natureza: amplitude e bondade do espírito humano. Afirmar Cícero que falta uma doutrina com princípios reconhecidos por todos e pontos de partida de caráter geral, frise-se, contudo, que a obra de Cícero não causava grande impacto neste aspecto na época. É na formação do jurisconsulto que se exerce propriamente um pensamento prudente.¹⁵³

Há quem sustente que os romanos traduziram por *prudentia* a *φρόνησις* grega, especialmente a dos estoicos e a de Aristóteles. Tercio Sampaio afirma que a *prudentia* vem ao lado de disciplina, *scientia*, *ars*, *notitia* para designar o saber jurídico e se liga inevitavelmente à *Φρόνησις* (prudência pragmática).¹⁵⁴ A *Φρόνησις* está ligada à dialética para os estoicos, e, esta compreende uma disposição espiritual equilibrada na hora de julgar. É uma virtude intelectual que distingue o bem do mal, o falso do verdadeiro. Dialética e *prudentia* constituem uma sabedoria moral ou inteligência virtuosa, de modo que ser sábio é ser prudente, opondo-se à desmedida, injustiça. O pensamento prudencial desenvolvido pelos jurisconsultos nas *responsa* está próximo das técnicas dialéticas dos gregos e se une à virtude própria do homem prudente. Cumpre aos jurisconsultos, então, compreender as fórmulas hipotéticas dos pretores, para que, com a prática, possam empreender um saber teórico prudente.

No início, os jurisconsultos pouco argumentam nas suas respostas, contudo, à medida que se avolumam, passam a recorrer à filosofia grega (dialética, retórica e gramática) para poder entrelaçar as respostas, buscando uma sistematização e uma coerência de opiniões. É aqui, segundo Tercio Sampaio, por meio das respostas que se inicia uma teoria jurídica entre os romanos. A *prudentia* tem um papel fundamental e está ligada àquela origem sagrada dos antepassados e da fundação e ampliação de Roma. O comportamento contrário aos costumes representava uma ofensa à ordem sagrada, assim como aquele contrário à *prudentia*. Por isso a *auctoritas* e a *prudentia* são marcas decisivas dos jurisconsultos. O direito por eles pronunciado está calcado na autoridade dos antepassados, cabendo ao jurisconsulto guardá-lo e indagá-lo com *prudentia*. Uma vez prudentes, as decisões dos magistrados, guiadas pela interpretação dos jurisconsultos, podem efetivamente alcançar a justiça (Pompônio).¹⁵⁵

¹⁵³ SCAPINI, Nevio. *Manuale elementare di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 2002, 73 e segs.

¹⁵⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 25.

¹⁵⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito ...*, p. 27.



O direito começa a ser visto não como sustentado concretamente nos próprios eventos, mas em normas tomadas como critério para posterior julgamento à vista dos fatos. A hermenêutica se destaca do caso concreto, constituindo-se numa discussão autônoma, com critérios próprios, de modo que os fatos relevantes para o direito se tornam uma “questão jurídica” e não algo imanente aos fatos. É uma teorização sobre a manifestação autoritária dos exemplos e feitos dos antepassados e costumes derivados (não teoria em sentido contemporâneo de contemplação), logo, o saber jurisprudencial dos jurisconsultos não é uma orientação para auxiliar na descoberta do que é certo ou justo, mas uma confirmação, um fundamento do certo e do justo. Nesse sentido, aparece a formulação técnica deste saber – *iurisprudentia*, definida por Ulpiano (D. 1.1.10.2) como *iuris prudentia est divinarum et humanarum notitia, iusti atque iniusti scientia* (jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto). Não se pode esquecer que Ulpiano parte da divisão das coisas feitas por Gaio em *res divini iuris* e *res humani iuris*, de maneira que este saber deve alcançar todas as relações jurídicas, dos homens entre si e destes com os deuses. Visivelmente, segundo Cícero (Sobre as leis), esta definição de Ulpiano traz elementos de filosofia grega e tradição romana. É exatamente por conta da virtude da *prudentia*, do bem julgar, da ponderação e do equilíbrio, algo mais próximo dos deuses, que Ulpiano diz ser a *iurisprudentia* não apenas o conhecimento das coisas, mas o conhecimento do que é justo e injusto.¹⁵⁶

Nesse sentido, a justiça é *voluntas*; é a virtude que promove a convergência entre vontade e ação. A justiça é ato de vontade, mas não livre arbítrio, porque determinada por princípios racionais. Se para os estoicos a retidão da vontade é o supremo bem, então, esta firmeza é idêntica à reta razão (*recta ratio*) – *prudentia*. Todas as demais virtudes decorrem desta. Assim, o *honestum* compreende a justiça (distribuição de bens), a sabedoria, a temperança e a coragem. Daí a clássica definição dos estoicos e dos romanos de que a justiça “é dar a cada um o que é seu”. Joaquim Salgado afirma que a conceituação de justiça dos jurisconsultos reflete a necessidade de sujeição do homem à lei, que se manifesta na esfera do divino, da natureza e do humano (*lex aeterna, lex naturalis e lex humana*). Essa noção vem incorporada em Ulpiano com sua “vontade constante e perpétua” da justiça que busca o seu objeto na lei natural. Logo, a realização da justiça para os estóicos e para os jurisconsultos depende da vontade (*voluntas* ou *constantia*), definida como uma tendência consciente, firme

¹⁵⁶ KASER, Max. *Sur la Méthode des Jurisconsultes Romains*. In.: Romanitas - Revista de Cultura Romana (Língua, Instituições e Direito). Rio de Janeiro: Livraria Editora Ltda, p. 107-123, 1962.



e inabalável para o bom e o justo (*honestum*). Por isso, jamais esta vontade pode ser interferida por algo externo, sob pena de se não ser justo e sábio.

Desta concepção decorrem preceitos importante do direito: *honeste vivere*, *alterum non leadere* e *suum cuique tribuere* (D. 1.1.10.1). Trata-se de normas que guiam os jurisconsultos no exercício de sua atividade, tanto quanto com homens na *civitas*. Pelo *honeste vivere*, devem os jurisconsultos por sua honestidade inspirar respeito; pelo *alterum non leadere*, devem apenas tratar de causas justas; e, pelo *suum cuique tribuere*, devem dar sempre os seus pareceres de acordo com as normas mais elevadas do direito, para não enganar as partes. Consiste num verdadeiro agir ético. Nesta visão, cria-se em Roma uma “moral dos deveres” (parenética), que implica em conselhos ou exortações que enfocam os princípios concernentes e coordenadores da vida cotidiana, para que o homem seja honrado. Neste sentido, estes preceitos do direito se traduzem em conselhos ou normas na linha da paranética. A síntese disto está em Epícteto que diz dever se conservar bem o que é seu e não invejar o alheio, tais os preceitos de Ulpiano.¹⁵⁷

Tratava-se de um saber tópico-retórico, intimamente ligado à passagem da sacralidade à dessacralização. Inicialmente, como já visto, o saber dos presságios era secreto. Os pontífices eram os “sábios de Roma” e custodiavam e interpretavam com exclusividade o patrimônio mais importante: o calendário (com os dias fastos e nefastos e as formas lunares, bem assim os ritos para invocar as divindades). Tinham, portanto, um vínculo com o poder, pois o conhecimento exclusivo, o domínio do segredo, imprimia um poder absoluto. Contudo, na época republicana, este saber vai se tornando aberto, desvelado, seja inicialmente pelas mãos dos pretores, seja pela ebulição de um saber “vulgar”, que se lança pelas vozes de alguns jurisconsultos e pela atitude de outros, como Gneo Flávio e Tibério Coruncânio, que procuram retirar esta exclusividade, abrindo a interpretação do direito. À medida que a complexidade política aumenta, o *ius* começa a se dissociar da experiência religiosa, e a expansão do saber jurídico ser transforma no logos da cidade, através de um “poder laico” da aristocracia. Não é por completo esquecida, embora muito se restrinja a partir do séc. III a.C. em *ius pontificium*. Aquele modelo de interpretação literal em que aos patres não competia senão seguir os conselhos e realizar uma conclusão literal, sem margem de discricionariedade, especialmente pela vinculação divina dos conselhos, agora, desvelado, torna-se poroso, flexível, apto a se adaptar à nova realidade da *civitas*.

¹⁵⁷ GUARINO, Antonio. *Inezie di giureconsulti ...*, p. 104 e segs.



O pensamento jurídico no coração do II a.C. (150) era essencialmente “oral”. Não um saber oral oracular, tal a época dos pontífices, mas um saber oral casuístico, prescritivo. O abandono da sacralidade arcaica em prol de um saber aristocrático, sustenta-se por um primado “jurisprudencial” e sua escrita. Mas antes da jurisprudência reassumir o seu papel, por um tempo, o *ius honorarium* se consagrou na formalização e na escritura do direito, como visto acima. Isto porque o saber jurídico, ainda que não fosse propriamente ato normativo (leis imperais, leis comiciais, editos ou a *duodecim tabulae*), era essencialmente oral. Apenas havia dois textos escritos teóricos: (i) *de usurpationibus* de Appio Claudio Ciego; e, (ii) *tripertita* de Sexto Elio Peto Cato. Como dito outrora, é a “luta política” que implica o abandono da oralidade em prol da escrita. Assim, há um fio que une “escrita e política”, posto que a escritura se traduz num grande artifício de divulgação popular do direito, em busca de um saber jurídico menos secreto e reservado. Tem-se, assim, um desvelamento do direito. A primeira obra – *de usurpationibus* – é a primeira grande obra literária jurídica romana (que não foi guardada, apenas referenciada) e que nos chegou por Pompônio (D. 1.2.2.36), tratando de um repertório de fórmulas pontificiais, com siglas e cláusulas ritualísticas até então secretas. Coube também a um colaborador de Appio, Gneo Flavio, levá-lo ao povo, divulgando-a (este texto tornado público ficou conhecido como *ius flavianum*, e, hoje se tem que Gneo não o roubou, já que teria sido escrito pelo próprio Appio com conotação antipontifical). A segunda – *tripertita* – também com intuito antipontifical, numa espécie de reproposta da *duodecim tabulae*. Ambas servem a esta robusta abertura do direito e à sua dessacralização.¹⁵⁸

No entanto, esta perspectiva hermenêutica muda no Principado. Mantém-se no direito uma natureza essencialmente jurisprudencial vinda da República, porém, com novo quadro político, no qual ocorre um diálogo e uma mediação entre a política e a ciência jurídica. Os juristas asseguram lealdade e colaboração ao príncipe, ajudando-o a dar contornos jurídicos aos seus anseios, e, em troca, recebem a segurança acerca da preferência da fonte jurisprudencial em relação a todas as demais, inclusive à função legislativa do príncipe. Augusto estabelece que determinados juristas, escolhidos pessoalmente por lei, poderiam dar os resposta se sustentando na autoridade do príncipe: *ius publice respondendi ex auctoritate principis*. É uma forma de transferência da *auctoritas*. Os demais juristas não estavam proibidos de dar resposta, porém, apenas os juristas autorizados vinculavam as decisões nos tribunais. Representa, também, uma forma do príncipe de “controlar politicamente a magistratura”. Pompônio,

¹⁵⁸ DU PLESSIS, Paul. J. *News frontiers: law and society in the roman world*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2013, p. 89 e segs.



conforme o Digesto, manifestou que assim se “acrescia a autoridade do direito”, especialmente pelo fato de se reduzir o “direito controverso”. Uma forma de diminuir a incerteza sobre a autenticidade das respostas, que trazia dúvidas aos tribunais. Também, traduz-se numa forma de buscar uma sistemática do *ius civile*, num momento herdeiro do fim da República de escassez de fontes e impossibilidade do Senado em administrar todos os setores da via pública. Cícero, ainda na República, já havia manifestado a necessidade de sistematização (*De iure civili in artem redigendo*), enfim, necessidade de uma coletânea de leis. Por isso César já havia iniciado um “projeto codificatório” para “reduzir o direito civil a uma norma segura”, o qual não foi adiante por força de sua morte. Agora, com a integração de estados itálicos ao povo romano, era fundamental a unificação política, jurídica e cultural da Itália, sobretudo porque no final da República o que ocorreu foi justamente o inverso. O cenário era de “obscuridade de normas”, “dúvida de autenticidade dos textos”, e, logo, incerteza do direito. Se, por um lado, a falta de uma codificação impedia a unificação, por outro, permitia que a jurisprudência assumisse um papel fundamental no “desenvolvimento do direito”, dada a sua mutabilidade. Assim, Augusto consegue controlar a jurisprudência, mas também colocar ordem na confusão das respostas dos jurisconsultos.¹⁵⁹

Os jurisconsultos do Principado, ao contrário da República, embora todos vindos de extração senatorial e de origem romano-itálica, não buscavam e nem percorriam uma carreira política, mas guardavam uma posição no interior do aparato burocrático-administrativo. As funções do *agere* e do *cavere* se reduzem, dada a diminuição da vitalidade do direito pretoriano. Assim, começa a se concentrar na “atividade científico-literária”: obras casuísticas (*libri responsorum, libri quaestionum, disputationum, libri digestorum*), obras de comentário (*libri iuris civilis*, como de Quinto Mucio e Masurio Sabino, *ad edictum, conventiones*, como de Ulpiano), obras de caráter didático (sistematizações elementares, como *institutiones, libri regularum, sententiarum, opinionum, differentiarum*, especialmente no séc. II d.C.), e obras monográficas (em papiro, sobre temas específicos, como fideicomício, testamento, *de cognitionibus, de testibus, de iudiciis publicis, de re militari, de officio consulis*).

Este saber estará presente na escola dos sabinianos e proculeianos. Nesse contexto, nascem agrupamentos de jurisconsultos, conhecidos como as escolas dos sécs. I a.C. e I d.C. (dinastias júlio-claudiana, flaviana e parte da antonina): sabiniana e proculeiana. Para alguns historiadores, são escolas que não se diferem propriamente no método, mas no pensamento

¹⁵⁹ SCHIAVONE, Aldo. *Storia del diritto romano e linee di diritto privato*. Torino: Giuffrè, 2000, p. 211 e segs.



político dos fundadores (Aldo Schiavone, Nevio Scapini), pois os sabinianos seriam conservadores, mais próximos do príncipe, enquanto os procleianos mais liberais e mais distantes. Todavia, mesmo os que defendem eventual diferença, como Nevio Scapini¹⁶⁰, afirma que em inúmeros momentos não é possível efetivamente distingui-las, nem mesmo no plano político. Usa como exemplo a fixação da idade púbere e da compra e venda, para mostrar como são ambas conservadoras e liberais ao mesmo tempo.

A jurisprudência em tempos de Adriano a Cômodo. Seguindo Aldo Schiavone e Mario Bretone¹⁶¹, é possível afirmar que a jurisprudência do séc. II d. C. (dinastia Antonina), que inaugura o Principado, é marcada por inúmeros juristas: Sálvio Juliano, africano, um dos maiores juristas, aluno de Giavoleno, duas vezes cônsul, capaz de fazer a mediação entre as duas escolas, dando uma nova tendência na jurisprudência, tendo, por isso, inclusive, escrito *90 libri di digesta, questiones*, ao tempo que chegou a receber a incumbência de Adriano de fazer um edito perpétuo, estável, duradouro e não anual. Tanto que, entre 125 e 130 d.C., por força de Adriano, ele elabora o *Edictum Perpetuum*, espécie de regulamento dos editos, como mencionado acima, que representa uma passagem importante na redução da “atividade criativa dos pretores” e no incremento da “atividade criativa dos jurisconsultos”. Sesto Pomponio, na época reclusa e obscura entre Adriano e Marco Aurélio, fez amplos comentários ao Editto – *150 libri ad edictum* – e, especialmente, *liber singularis enchiridii* – verdadeira história jurídica de Roma. Gaio, conhecedor do direito provincial, do *ius gentium*, que escreveu a única obra integralmente conhecida – *Institutiones*, fundamental na Digesta de Justiniano, especialmente no campo das *leges actiones* e processo per formula. Também, em seu texto *res cottidianae*, traz um manual para uso do direito.

Todos estes juristas, vinculados ou não às escolas, exerceram um papel decisivo no momento em que a atividade normativa do príncipe nos sécs. I e II d.C. se incrementava. Segundo Aldo Schiavone, Labeo e seu método, tendo produzido uma “revolução científica”, impede que os imperadores negligenciem seu feito, dando origem a partir de então a um novo vínculo com o príncipe, entre colaboração e proteção pessoal. Sabino, o qual negava que as *regulae* introduzidas pelos juristas pudessem por si só ter um valor normativo direto, apoia-se em Plauzio e afirma que não era a regra jurisprudencial que poderia estabelecer o direito, mas este a regra. Então, inicia-se uma tendência de ultrapassar o “formalismo abstrato” do *ius civile*,

¹⁶⁰ SCAPINI, Nevio. *Manuale elementare di diritto romano*. Torino: Giuffrè, 2002, p. 88 e segs.

¹⁶¹ SCHIAVONE, Aldo. *Storia del diritto romano e linee di diritto privato ...*, p. 167 e segs; BREZONE, Mario. *Storia del diritto romano*. Bari: Laterza, 1987, p. 96 e segs.



superando-se a rígida distinção entre *ius civile* e *ius honorarium*. Com a mesma sustentação, fê-lo Labeo apoiado em Sesto Pedio. Este dizia que se tratava de um “modo refinado” (*eleganter*) em que o homem e a sua real vontade estão no centro do trabalho do intérprete.¹⁶²

De qualquer modo, é um momento em que a jurisprudência adquire a necessidade de participar de uma redistribuição de funções no Principado, especialmente quando um novo clima de produção normativa do príncipe ocorre, interpretando as “razões de equidade” contra o “rigor do *ius civile*”. Para Aldo Schiavone, é durante a “dinastia Antonina” (Nerva a Cômodo no séc. II d.C.) que se abre um diálogo entre “jurisprudência” e “poder imperial”. O poder normativo do príncipe vai crescendo especialmente a partir de Adriano, em razão da necessidade de se manter a Pax Romana e a fé no *aeternitas imperii*, por isso o imperador vai se tornando universal e cosmopolita.¹⁶³

Inicia-se assim uma “mediação”, pois os jurisconsultos passam a citar em suas obras as *constitutio principis*, reforçando o poder imperial, enquanto este reconhece à ciência jurídica a função insubstituível de aconselhar e orientar o processo de formação da *lex* (“juristas como autênticos guardiões da legitimidade do poder”). Embora não seja um processo linear, Celso e Juliano são os protagonistas, valorizando a ideia de um direito sensível às mudanças e às transformações da sociedade inspirada pelo “princípio da equidade”. Essa relação entre “jurista e príncipe” foi facilitada pela chancelaria imperial, pois as reclamações diárias exigiam que os funcionários imperiais tivessem conhecimento dos juristas na redação dos provimentos imperiais e na solução baseada nas manifestações dos jurisconsultos. Assim, indiretamente, os juristas influenciam a atividade imperial, e, logo, abrem-se as portas para a jurisprudência na formação da *lex* (especialmente de Trajano a Marco Aurélio)¹⁶⁴.

É neste momento que se forma efetivamente “um império universal e cosmopolita” sem um autêntico centro, mas com a supremacia da cidade-estado Roma. Nesta fase, Caracala (212 d.C) concede cidadania romana a todos os súditos, de modo que o Direito Romano necessita se tornar universal, ao tempo que começa um processo de “vulgarização”, vez que a complexa relação com as inúmeras províncias faz com que os institutos percam a sua precisão, e, com isso, a importância da jurisprudência. O príncipe assume um papel lentamente absolutista do ponto de vista jurídico, pois a sua atividade normativa se traduz no único

¹⁶² SCHIAVONE, Aldo. *Storia del diritto romano e linee di diritto privato*. Torino: Giuffrè, 2000, p. 167 e segs.

¹⁶³ SCHIAVONE, Aldo. *Storia del diritto romano e linee di diritto privato...*, p. 171.

¹⁶⁴ BRETONE, Mario. *Storia del diritto romano*. Bari: Laterza, 1987, p. 69 e segs.



instrumento ágil e seguro para dirimir dúvidas de interpretação. Por isso, os jurisconsultos severianos como Papiniano, Paulo e Ulpiano acabam assumindo papéis burocráticos, para tentar solucionar e divulgar o novo curso do direito. Papiniano, com suas *responsa, quaestiones, digesta, definitiones*; Ulpiano com *disputationes, responsa, institutiones*, Paulo e suas *questiones, responsa*, que, ao lado de juristas menores como Callistrato e Trifonino, e dos últimos Marciano e suas *regulae, institutiones* e Modestino com *pandectae, regulae, differentiae* se lhes impõem o papel de divulgar o Direito Romano aos novos cidadãos. Com isso, ao invés de servirem com suas *responsa*, assumem papel decisivo na “sistematização” das múltiplas fontes do direito. Inicia-se uma “tendência de codificação”, que aparecerá no final do III d.C., com o *Codex Gregorianus* e o *Codex Hermogenianus*.¹⁶⁵

Sob o ponto de vista exegético, a partir da jurisprudência dos Severos existe nítida decadência do direito romano, e, naturalmente, na forma como haveria de se interpretar o direito. A tendência à codificação impede a liberdade argumentativa, fugindo ao trato tradicional que dispensavam os jurisconsultos às questões jurídicas. De qualquer modo, até este momento, está constituída uma forma de pensar o direito e interpretar o normativo a partir da casuística, com vista aos efeitos práticos de seu raciocínio.

3) INTERPRETAÇÃO “REALISTA”: A FORMAÇÃO DOS MÉTODOS HERMENÊUTICOS

Superada a queda do império romano, a questão que se colocava no âmbito da exegese jurídica era: como interpretar o vasto caldo medieval normativo existente, entre direito grego, bárbaro, romano entre outros, ao mesmo tempo em que se tentava consolidar a Europa e a formação das incipientes Universidades. É neste contexto que a exegese jurídica, até então virtuosa e prudencial se apresenta a partir de métodos: o *mos itualicus* e o *mos gallicus*!

Em termos jurídicos, a idade média se configura a partir do *ius commune*. Manuel Hespanha¹⁶⁶ afirma que o direito europeu medieval apresenta três fases: a primeira, entre os sécs. XII e XIII, que é do predomínio do Direito Romano e canônico sobre todas as outras fontes (exatamente o momento da recepção do Direito Romano na Europa); a segunda que vai do séc. XIV ao séc. XVII, momento de formação de um *ius proprium (iura propria)*, tendo como fonte primária os ordenamentos particulares em equilíbrio com o *ius commune*; uma

¹⁶⁵ BRETONNE, Mario. *Storia del diritto romano*. Bari: Laterza, 1987, p. 84 e segs.

¹⁶⁶ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*. Coimbra: America, 1996, p. 235 e segs.



terceira no séc. XVIII, de independência do direito dos reinos, que se torna a única fonte por excelência do direito, colocando o *ius commune* num plano subsidiário. Logo, tem-se a seguinte estrada do *ius commune*: direito romano e canônico – *ius proprium* – direitos dos reinos.

Começa, então, uma lenta redação de costumes de *iura propria* no séc. XV-XVI. O efeito disso se faz sentir na *scientia iuris*, de cuja crise, que se inicia, só se sairá no séc. XVIII. Todo o esforço glosador e pós-glosador se torna inócuo diante das circunstâncias daquele momento, pois a *iura propria* afastava a importância do Direito Romano, antes base do *ius commune*. Nesse momento, então, aparecem as seguintes orientações doutrinárias dentro das recém consolidadas universidades européias, quando o Direito Romano já havia sido recepcionado pelo *mos italicus* (adiante mais bem trabalhado): (i) *mos gallicus* (escola culta, escola humanista, escola elegante) – que vê o Direito Romano-justiniano com interesse exclusivamente “histórico-filológico”, negando vigência (especialmente na França e na Holanda); (ii) *usus modernus pandectarum* – que floresceu nos países com fortes realidades normativas nacionais, fazendo-os serem inseridos – refundindo e completando – nos quadros conceituais dos comentadores (criando figuras novas e suprimindo antigas) (predomínio na Alemanha, por força do fim da identidade entre império romano e império dos Habsburgos no final da Guerra dos Trinta Anos em 1648) (Hermann Conring); e, (iii) bartolismo tardio (praxística) – no qual se mantém o direito civil de base romanista, especialmente as contribuições dos comentadores até o séc. XVIII (sobretudo nas Penínsulas Ibérica, Itálica e sul da França).

Este é um momento fundamental para o direito na idade média em termos hermenêuticos. Aqui se criam os primeiros métodos propriamente de interpretação do direito. O primeiro deles chamado de *mos italicus* ou *bartolismo jurídico*, quando há a redescoberta do direito romano por meio de glosadores, comentadores e seu método casuístico-analítico.¹⁶⁷

A Escola dos Glosadores e sua origem. A descoberta da *Lettera Pisana* em 1050 d.C. e mais tarde, da *Lettera Fiorentina*, em 1406 d.C.¹⁶⁸, permitem o acesso ao *Corpus Iuris Civilis* e abrem espaço para que surja a primeira escola europeia, na então, primeira Universidade, a Universidade de Bologna,¹⁶⁹ com seus estudos sobre o Direito Romano. Funda-se, assim, a partir de uma personagem indispensável ao direito ocidental: Irnerius (também conhecido como

¹⁶⁷ KANTOROWICZ, Ernst. *Studies in the Glossators*. Cambridge, 1938, p. 45 e segs.

¹⁶⁸ RICCOBONO, Salvatore. *Mos italicus e mos gallicus nell'interpretazione del Corpus Iuris*. In.: Instituto Giuridico della Regia Università, Torino, p. 47-65, 1937.

¹⁶⁹ Sobre glosadores, ver especialmente: COSTA, Emilio. *La scuola bolognese di diritto*. Appreso, XI, Bologna, 1926, p. 32 e segs; CORTESE, Ennio. *Tra glossa, commento e umanesimo*. In.: *Rivista SS*, n. 104, p. 462-464, 1995.



“lâmpada do direito” – lucerna iuris, segundo Odofredo, 1234), quando, em meados do séc. XII, passa a ensinar por iniciativa própria (*de auctoritate sua*) o direito justinianeu descoberto na *Lettera Pisana* em Bolonha. É aqui que se configura a escola, embora houvesse estudos esparsos em Pavia e na Lombardia. Coube a esta escola o nome de glosadores, que foi atribuído por Acúrsio, o qual por volta de 1240 reúne todas as considerações na obra *Magna Glosa*, também conhecida como *Glosa Ordinaria* ou a *Magna Glosa* de Acúrsio. A origem propriamente ainda é discutida, se vinda de um tal Pepo, que lecionara em Provença, se por força da própria Igreja e sua autoridade monárquica. De qualquer modo, foi uma escola laica, sem sede até o séc. XIV, tendo seus debates na casa dos doutores ou em algumas ruas: *Vie delle Asse dei Gargiolari*, *Vie S. Marmolo*, *Via Farini* etc.

A escola dos glosadores assumiu algumas características peculiares. Fidelidade ao texto justinianeu, já que os textos de Justiniano tinham uma origem quase sagrada (Justiniano seria contemporâneo de Cristo), por isso, apenas deveria ser interpretado. Não por outra razão promoveram uma interpretação anotativa – para esclarecer (*verba tenere*) e captar (*sensum eligere*) o sentido das palavras e não para criar ou reconstruir os sentidos. Caráter analítico, já que a análise era independente de cada texto jurídico, para o qual eram feitas glosas marginais ou interlineares ou um comentário mais completo (*apparatus*). Caráter não sistemático, posto que se manifestaram nos comentários por formas variadas: glosa remissiva ou interpretativa (se escrita pelo próprio mestre – glosa *redacta* ou se escrita por um aluno – *glosa reportata*), *summa* (tratado sintético), *brocarda*, *regulae* (formulação de regras doutrinárias), *dissensiones doctorum*, *quaestiones vexatae* ou *disputae* (discussão de questões jurídicas controversas), *argumenta* (argumentos), *casus* (análise de casos práticos).

Em termos hermenêuticos, é uma escola de peculiar importância. Coube aos glosadores o mérito de criar uma linguagem técnica sobre o direito, e não meramente descritiva de fórmulas do Direito Romano. Embora se diga que seus objetivos eram transformar os textos romanos como normas para o presente, Manuel Hespanha¹⁷⁰ sustenta que a intenção não era “predominantemente” prática, mas objetivo teórico-dogmático, com vistas a demonstrar a racionalidade dos textos do que propriamente tornar o Direito Romano diretamente útil na vida quotidiana. Tanto que se distanciaram de sua vida presente, especialmente do ambiente legislativo que havia naquele momento. Por suas ideias, começaram a sustentar que o texto romano escrito não precisava ser confirmado pelos costumes, o que acabou tendo uma dimensão

¹⁷⁰ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*. Coimbra: Alameda, 1996, p. 114 e segs.



inevitavelmente prática. Como estudar um direito imperial e com grande prestígio sagrado era algo extremamente útil naquele momento, acabaram tendo dimensão prática, mas muito mais pela “autoridade intelectual do saber romano”, venerado, do que pelo uso prático do Direito Romano. Frederico II, que queria unificar as cidades italianas, valorizou as ideias dos Glosadores.

Na mesma linha dos glosadores, seguindo o mesmo método hermenêutico, aparece a chamada Escola dos Comentadores. Após o brilho dos glosadores, em razão do surto urbanista, e o desenvolvimento mercantil XIII e XIV, exige-se dos doutores que haja no plano jurídico uma valorização dos direitos locais face ao *ius commune* (especialmente das chancelarias reais). Os direitos locais permitem a flexibilidade e a adaptabilidade para a vida e do direito, que não o permitia o direito dos doutores. Estes direitos locais flexíveis, que se expandiam junto com os mercados, exigiam que fossem incorporados dentro do *ius commune* (direito comum como fato espiritual para Francesco Calasso)¹⁷¹. Para isso, seria preciso que a incorporação se efetivasse num “corpo orgânico”, gravado por princípios sistematizadores, sem que houvesse a derrocada deste pluralismo.¹⁷² É um momento de atualização e alargamento do direito comum.

Diante desta necessidade de atualização do *ius commune*, sistematizando a incorporação dos direitos locais, surgem os comentadores, também denominados de post-glosadores, práticos, conciliadores, conhecidos por Franz Wieacker como “arquitetos da modernidade europeia” (ao lado de Dante, Giotto e Petrarca).

Em termos teóricos, autores como Giovanni d’Andrea (XIV) e Nicolau de Tudeschi – Abade Panormitano (XV). Ainda, Johannes Andreae (XIV), Luca da Penne (XIV), Raffaele Fulgoso (XIV-XV) e Paolo di Castro (XIV-XV)¹⁷³ são marcados por uma necessidade prática, por isso, debruçam-se sobre todo o *corpus* do *ius commune* (direito romano, canônico, feudal, local) e procuram unificá-los e os adaptar para as necessidades normativas dos fins da Idade Média. Assim, como procuraram uma dimensão prática, havia para Manuel Hespanha¹⁷⁴ uma tensão entre “verdade” e “realidade”, típica do pensamento tomista do momento. E aqui a *hermenêutica realista* medieval aparece de modo claro. Diante desta tensão e verdade e

¹⁷¹ CALASSO, Francesco. *Medio Evo del Diritto. I – Le Fonti*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 89.

¹⁷² KANTOROWICZ, Ernst. *Studies in the Glossators*. Cambridge, 1938, p. 56 e segs.; PARADISI, Bruno. *La diffusione europea del pensiero di Bartolo e le esigenze attuali della sua conscenza*. In.: SDHI, n. 26, p. 6 e segs, 1960.; e VERGOTTINI, Giovanni de. *Lo Studio di Bologna, l’Imperio, il Papato*. Bologna: Fondazione CISAM, 1956, p. 75 e segs.

¹⁷³ USSANI, Vincenzo Scarano. *L’ars dei giuristi*. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 99 e segs.

¹⁷⁴ HESPANHA, Antonio Manuel. *História das Instituições: épocas medieval e moderna*. Coimbra, Almedina, 1982, p. 107 e segs.



realidade, entre dogmas, fé, autoridade, razão, apresenta-se a utilidade de uma hermenêutica em perspectiva integracionista do *ius commune*.

Assim, a serviço da interpretação jurídica, colocam-se instrumentos lógico-dogmáticos, que permitem aos comentadores inovações dogmáticas necessárias às aspirações normativas daquele momento. Se a atividade dos “glosadores” era basicamente “acadêmica”, a dos “comentadores” passa a ser mais “prática” (consultores de magistrados e particulares). Os magistrados passam a se aconselhar com os comentadores (era, de fato, requisito que passasse por um comentador para ganhar trânsito em julgado a sentença).¹⁷⁵

A metodologia usada pelos pós-glosadores foi recuperada pelos escolásticos Jacques de Revigny e Pierre de Belleperche, apresentando uma passagem rigorosa pelas seguintes etapas na interpretação do *Corpus Iuris Civilis*: (i) delimitam-se os argumentos que devem ser confrontados e definição das fontes; (ii) analisa-se o texto, dividindo-o nos seus elementos fundamentais; (iii) recompõe-se novamente a unidade; (iv) fixam-se exemplos para verificar na prática a teoria; (v) relê-se atentamente; (vi) buscam-se a *ratio* da norma, razões e objetivos da sua criação; (vii) fazem-se anotações pessoais do comentador; e, ao final, (viii) confrontam-se objeções, para se preparar uma interpretação unívoca.¹⁷⁶

Enquanto os glosadores se consagraram pelas variadas *glosae*, os comentadores se consagraram por outras manifestações: (i) *comentarium* – aparato de interpretações e doutrinas em torno de uma lei, privilegiando a *ratio* (e não a *littera*) do texto; (ii) *tractatus* – forma erudita monográfica sobre ponto singular, especialmente sobre pontos que os glosadores não desenvolveram em matérias comerciais, estatutárias etc.; (iii) *consilia* – pareceres a pedido do juiz ou das partes (*consilium sapientia*), os quais acabam permitindo uma influência do direito erudito sobre a justiça ordinária, e, logo, do *ius commune* sobre o *ius proprium*.

No plano teórico, procuram equilíbrio entre “direito” e “realidade”, por isso, a escola dos comentadores manteve o significado romano de *prudentia*, buscando o “justo” para realizá-lo. Diversamente de hoje, em que a interpretação (antes identificada com *scientia iuris*) visa a compreender o significado do preceito legislativo para que possa ser aplicado, entre os medievalistas a regra era conhecer para atuar. Havia uma atividade essencialmente criativa,

¹⁷⁵ KOSCHAKER, Paul. *Europa und das römische Recht*. Munich und Berlin: Biederstein Verlag, 1947, p. 235 e segs.

¹⁷⁶ COSTA, Emilio. *La scuola bolognese di diritto*. Appreso, XI, Bologna, 1926; e GUALAZZINI, Ugo. *L'origine dello studium bolognese nelle più vicende della licentia docendi*. In: Studi e Memorie per la Storia dell'Università di Bologna. v 1., Bologna, p. 97-115, 1956.



equilibrando a rigidez do direito romano e a realidade movente. Por essa razão, há bastante liberdade na interpretação do *Corpus Iuris Civilis*, conjugando “leitura e realidade”.

Os glosadores assumiram uma postura analítica, exegética e casuística – sobrepondo a estrutura do texto à unidade intencional do discurso, já os comentadores antepõem o *sensus à verba* (texto da lei). As palavras se tornam instrumentais e a busca da *ratio legis*, da substância racional (*medulla rationis*) se torna o objetivo – subordinação do elemento literal. Tem-se uma passagem da visão estática (glosadores) de lei e direito para uma visão dinâmica (comentadores). De qualquer forma, para ambos, o direito é um corpus unitário sem antinomias, por isso, lançam mão das diversas formas de *interpretatio*: declarativa, restritiva (*comprehensio legis*) e extensiva (*extensio legis*). Todavia, os glosadores mais se ocupam da declarativa e da *comprehensio legis*, enquanto os comentadores avançam pela *extensio legis*.¹⁷⁷

Para alguns autores, o *mos italicus iura docendi* representa apenas a escola dos comentadores¹⁷⁸, para outros, alcança um projeto de quatro séculos, deste os primeiros glosadores.¹⁷⁹ De qualquer modo, é possível entender que os comentadores avançaram o projeto dos glosadores, sem os abandonar completamente. Por isso, é possível dizer que o *mos italicus* é coroado pelos comentadores, com traços dos glosadores, posto que ambos, em termos metodológicos (ainda que divergentes quanto à aplicação prática) expressam um mesmo rigor de trabalho com os textos romanísticos: “método casuístico e analítico”.

Na sequência do *mos italicus* aparece o que se denominou de *mos gallicus* ou humanismo jurídico. Embora não tenha havido uma verdadeira mudança em termos históricos ou de substrato histórico, certamente houve uma ruptura científica com seu novo método ordenado-sistemático-dedutivista.

Ao lado da mudança de objeto operada na doutrina, posto que no lugar do Direito Romano se afirma a *iura propria* dos direitos nacionais régios, por outro, opera-se uma brusca

¹⁷⁷ MORTARI, Vincenzo Piano. *Glossatori* In: Enciclopedia del Diritto. (Giunta-Igi). Varese: Giuffrè, v. 19., p. 626, 1970.; RICCOBONO, Salvatore. *Mos italicus e mos gallicus nell'interpretazione del Corpus Iuris*. In.: Istituto Giuridico della Regia Università, Torino, p. 47-65, 1937.; SOUTHERN, Richard. *Scholastic humanism and the unification of Europe*. California: Blackwell, 2001.; BELLOMO, Manlio. *Ius Commune*. Rivista Internazionale di Diritto Comune. Roma: Il Cigno Galileo Galilei, v. 7, p. 201-215, 1996.; e BENEYETO, Juan. *La Universidad de Bolonia y la cultura española*. In.: Studi e memorie per la storia dell'Università di Bologna, v. 1, Bologna, p. 589 e segs.1956.

¹⁷⁸ MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Lisboa: Almedina, 1997.; e HESPANHA, Antonio Manuel. *História das Instituições: épocas medieval e moderna*. Coimbra, Almedina, 1982.

¹⁷⁹ GUZMÁN BRITO, Alejandro. El concepto de ius commune en el lenguaje de los juristas romanos. In.: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, n. 13, p. 39-78, 1990. _____. „Mos italicus“ y „mos gallicus“. Conferencia presentada en Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, Chile. Recuperado de <https://hdunab2010.files.wordpress.com/2010/04/20-guzman-britoalejandro-mos-italicus-y-mos-gallicus.pdf>.



modificação epistemológica, face o desenvolvimento da lógica interna do sistema discursivo do direito. Os comentadores haviam buscado uma “lógica de unificação interna” do ordenamento jurídico, através da “dialética aristotélico-escolástica”. Os comentadores haviam conseguido extrair princípios a partir da análise de textos isolados (por meio de parentelas conceituais, hierarquia mútua etc). Agora, uma vez fixados os axiomas de cada instituto e o significado técnico-jurídico das palavras (*significatio verborum*) era possível buscar a coerência interna e a sistematização destes princípios. É possível, então, que o direito siga seus passos sem que se apoia nos textos da tradição romanista, ou seja, já é possível o uso do raciocínio dedutivo, procurando-se a solução jurídica conveniente não por rebuscadas interpretações, mas pela “especificação dos axiomas jurídicos” recém-formulados.¹⁸⁰

Começa a se apresentar para o direito medieval uma perspectiva de um direito racionalista. Encerrado o arsenal argumentativo do *mos italicus*, era possível desconstruí-lo em busca de um método mais simples e natural de raciocinar. Assim, abandona-se a complicada “dialética aristotélico-escolástica” do bartolismo em prol de uma “dialética simplificada, natural e próxima do senso comum”. Procura-se tratar os problemas de uma forma popular (*populariter*), ao alcance do povo. A insegurança, a contraditoriedade e a instabilidade dos princípios no sistema dos comentadores para a formação de soluções (*Rechtsfindung*) cediam espaço a um “sistema lógico-conceitual”, isento de contradições. Logo, no lugar da *opinio communis* aparece na função disciplinadora a “lógica interna do sistema” (critérios de boa razão).¹⁸¹

Nesse contexto, surge o que se denominou de escola culta, humanista ou *mos gallicus iura docendi*, no curso da França do séc. XVI, suplantando o *mos italicus iura docendi*. O aparecimento do *mos gallicus* se dá pela reformulação da metodologia dos comentadores na tentativa de “restaurar a pureza dos textos jurídicos romanos”. Trata-se do momento do Renascimento e sua paixão pela Antiguidade Clássica, da tentativa de se recuperar a beleza do latim e da cultura clássica. O humanismo jurídico¹⁸² recebe da “escolástica medieval” o culto à realidade (embora não aceite a submissão às autoridades) e do “neoplatonismo renascentista” o poder livre e ilimitado da razão e das formas puras. Como decorrência, possui como características: o anti-tradicionalismo, a crítica das autoridades, o racionalismo e o

¹⁸⁰ MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Lisboa: Almedina, 1997, p. 178 e segs.

¹⁸¹ MERÊA, Paulo. *Direito romano, direito comum e boa razão*. In.: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, v. 16, p. 539-543, 1940.

¹⁸² RICCOBONO, Salvatore. *Mos italicus e mos gallicus nell'interpretazione del Corpus Iuris*. In.: Istituto Giuridico della Regia Università, Torino, p. 47-65, 1937.



academicismo. Para ele, o fato dos direitos nacionais (*iura propria*) alcançar espaço significativo permite à metodologia do direito de se afastar de suas necessidades práticas, assumindo feições “antiquaristas, histórico-literário e teórico.” Por outro lado, afasta-se daquela figura pedante e letrada dos juristas comentadores, aproximando-se do senso comum.

4) INTERPRETAÇÃO “CIENTÍFICA”: O RIGOR DA LEI

Em termos históricos, uma mudança brusca se deu, obviamente, com a modernidade. A construção europeia da noção de Estado, o surgimento de um modelo capitalista baseado na acumulação primitiva do capital, a ascensão da burguesia e a consequente dinâmica das classes no poder, a transição de um modelo autoritário (*Macht und Polizeistaat*) para um modelo jurídico (*Rechtsstaat*), a conformação das cidades, o fortalecimento da ideia de soberania, a institucionalização da democracia e dos poderes com funções própria no campo político, a consolidação das universidades, e outras tantas vicissitudes permitiram mudanças epistemológicas no trato com a questão jurídica.

Se até meados do séc. XVIII o pensamento estava em transição do raciocínio escolástico-tomista para o cartesiano, neste momento, com as figuras centrais de Comte e Kant, a ideia de uma ciência para além do mundo físico e natural começa a se esboçar. Apesar dos esboços romanos e da recepção medieval, no âmbito próprio, a ciência jurídica nasce enquanto ciência humana datada historicamente no correr do séc. XVIII, quando o iluminismo e o positivismo assumem papel de destaque. É neste contexto, que as escolas exegéticas aparecem.

Dentre todas as escolas que debate a conceituação do direito em perspectiva científica, bem como sua singularização entre todas as regras sociais possíveis, especialmente as morais, certamente foram os positivistas os principais responsáveis, ou ao menos os mais vinculados a este posicionamento, pela construção de um direito adstrito à normatividade estatal, ao monismo e à soberania jurídica.

Se o domínio histórico do jusnaturalismo abrange longo período, certamente o juspositivismo foi mais contundente, incisivo e estável, colocando-se como paradigma de forma tão robusta que ondas de movimentos críticos se operaram, como dito, na luta por abalar suas raízes, mas apenas o que conseguiram foi a sua metamorfose em busca de sua continuidade. Vive-se, há dois séculos, sob os auspícios juspositivista, quer se queira ou não. Inobstante as críticas possíveis, que nestas primeiras reflexões são indispensáveis como sempre se tem mencionado, o fato é que o juspositivismo conseguiu formular uma compreensão da normatividade a estruturou de modo tão sólidos que seus instrumentos auxiliares na resolução



dos problemas humanos, algo que as teorias jusnaturalistas não o souberam fazer enraizado assim. A técnica que se construiu com o juspositivismo serve como uma grande caixa de ferramentas, postas à disposição dos operadores do direito, algo que, infelizmente, o jusnaturalismo ainda não conseguiu elaborar, apesar de suas duras, relevantes e indispensáveis investidas críticas.

O positivismo nasce, inicialmente, no âmbito filosófico e histórico, em seguida, caminha para o direito.¹⁸³ Suas ideias genéricas se baseiam em algumas variáveis relevantes: (i) o direito é fenômeno histórico datado e determinado; (ii) o fenômeno jurídico é singular em relação à moral, religião e regras sociais, sobretudo, por força da exterioridade e da coerção; (iii) o direito se reduz formalmente ao conteúdo positivado em legislações; (iv) legítimas são apenas as normas exclusivamente postas pelo ente político (monismo jurídico); (v) o direito é produto na manifestação formal da vontade estatal, logo, da figura competente segundo ele mesmo afirma (cada figura legislativa só pode decorrer de quem está devidamente autorizado para emaná-la); (vi) a interpretação é atividade cognitiva que extrai a verdade contida nos enunciados legislativos; (vii) os magistrados apenas expressam, sem criatividade, a literalidade técnica da norma posta pelo legislador; (ix) há rígida separação dos poderes estatais; (x) no âmbito jurídico, apenas fazem parte questões formalmente interiorizadas segundo suas próprias regras; (xi) o ordenamento jurídico é marcado, tradicionalmente, pela perspectiva lógico-sistemática; (xii) alterações normativas apenas decorrem de procedimentos previamente estabelecidos pela vontade da maioria e nos estritos termos da delegação de poder respectivo.

¹⁸³ Em termos filosóficos, pode ser assim resumido: Aparecendo em meados do séc. XVIII, nascido na filosofia de August Comte, as reflexões do positivismo abrem caminho para a cientificidade da reflexão sobre o humano, à medida que se aproxima do raciocínio das ciências naturais e imprime uma série de pressupostos de investigação. Para o positivismo, ao dispor sobre o homem, deve-se ter como pontos de partida: (i) o mundo é exterior ao sujeito cognoscente e não representa parcela de sua própria substância; (ii) por ser separado do homem, cumpre ao sujeito apenas e de maneira neutra representar o que lhe é exterior, posto que o objeto se lhe impõe naturalmente; (iii) por força desta exterioridade, dá-se a objetividade da realidade e sua disposição como objeto cognoscível, rivalizando com o homem o espaço e o separando enquanto sujeito cognoscente; (iv) o homem é posto como objeto cognoscível e pode ser compreendido em sua integralidade; (v) ao sujeito cognoscente cumpre apenas compreendê-lo e o descrever, sem que juízos e valores sejam ponderados neste processo epistemológico; (vi) ética, moral, religião, política constituem juízos do homem sobre a exterioridade e não interferem sobre o processo cognitivo; (vii) os comportamentos humanos são regidos por leis e princípios naturais, independentes do próprio homem, cumprindo ao sujeito cognoscente apenas captá-los e os enunciar; (viii) as relações intersubjetivas igualmente se regem por leis naturais harmônicas, autônomas da vontade, captáveis em sua mecânica funcional; (ix) as experiências humanas constituem-se em fatos impositivos ao sujeito cognoscente, apreensíveis sob rígidos métodos de similitude, padronização, observância, comparação e descrição; (x) tal os fenômenos naturais, o ambiente humano, por ser integralmente captado pelo sujeito cognoscente e traduzido em regras, pode ser filtrado pela razão e explicado segundo o princípio da causalidade e das inferências lógicas. Nesse sentido, ver: HORSTER, Detlef. *Rechtsphilosophie*. Stuttgart: Reclam, 2014, p. 27-42.; e COLEMAN, Jules; FEINER, Joel. *Philosophy of law*. Belmont: Thomson/Wadsworth, 2004, p. 75 e segs.



Para além de autores isolados, como Jeremy Bentham e John Austin na transição do séc. XVIII para o XIX, bem como do Historicismo. (*Historische Rechtsschule*)¹⁸⁴ de Göttingen, nas mãos de Ludwig Spittler, August Schlözer, Arnold Heeren, Johann Gatterer, em seguida de Friedrich Savigny, Johann Herder, Friedrich Meinecke, Wilhelm Dilthey, Gustav Droysen, Jacob Burkhardt, Leopold von Ranke, Ernst Troeltsch, Friedrich Hegel, assim como da Escola Metódica francesa (*École Méthodique*)¹⁸⁵ e seus representantes Gabriel Monod, Charles Langlois, Gustave Fagniez, Ernest Lavissee e Charles Seignobos, o pensamento científico moderno do direito se apresenta originalmente de modo mais contundente com a Escola Exegética (*L'École de l'Exégèse*).

Seus principais intérpretes Bonnacase, Touillier, afirmam que a exegética englobou juristas franceses entre 1804 e 1890, que analisaram o código napoleônico. Dentre seus principais no-mes, aparecem: Proudhon, Melville, Blondeau, Delvincourt, Huc, Aubry e Rau, Laurent, Marcadé, Demolombe, Troplong, Pothier, Baudry-Lacantinerie, Durato (RÉMY, Philippe). Julien Bonnacase divide a escola em três fases: a fundação 1804/1830; o apogeu 1830/1880 e decadência 1880.

Esta escola, nascida no historicismo, avança no contexto napoleônico francês e passa a defender as seguintes ideias: (i) o direito positivo é um todo constituído exclusivamente na lei (os atos legislativos promulgados e vigentes devem bastar para por em voga todas as regras jurídicas existentes); (ii) a interpretação jurídica se destina a extrair o sentido da lei, cuja vontade não pode ser alterada pelo intérprete; (iii) a partir de princípios fundamentais da lei, cumpre ao intérprete pela razão e da habilidade dialética apenas dela extrair as consequências; (iv) os costumes não possuem valor, de modo que ante a insuficiência legislativa há apenas

¹⁸⁴ DROYSSEN, Johann Gustav Ferdinand. *Geschichte der Gegenreformation*. Berlin: Grotosche Verlagsbuchhandlung, 1893; HEEREN, Arnold Hermann Ludwig. *Geschichte der europäischen Staaten*. Göttingen: J. F. Röwer, 1829.; GATTERER, Johann Christoph. *Oratio de artis diplomaticae difficultate*. Nurenberg: Typis IOH Iosephi Fleischmann I, 1756.; LANGLOIS, Charles Victor. *Manuel de bibliographie historique*. Paris: Hachette, 1901. ; _____.; SEIGNOBOS, Charles. *Introduction aux études historiques*. Paris: Hachette, 1898. ; LAVISSEE, Ernest. *Étude sur l'histoire de la Prusse*. Paris: Hachette, 1879. _____. *La Jeunesse du Grand Frédéric*. Paris: Hachette, 1891.; MEINECKE, Friedrich. *Die Entstehung des Historismus*. München: R. Oldenbourg, 1936.; MONOD, Gabriel. *Du progrès de études historiques en France*. Paris: Germer Baillière, 1876. ; _____. *Manifeste*. In.: *Revue Historique*, Paris, 1876.; RANK, Franz Leopold von. *Geschichte der romanischen und germanischen Völker von 1494 bis 1514*. Leipzig: Verlag von Duncker und Humblot, 1824.; _____. *Weltgeschichte*. Leipzig: Duncker und Humblot, 1881.; SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.; SCHLÖZER, August Ludwig von. *Vorstellung einer Universalgeschichte*. Göttingen: Johan Christian Dieterich, 1772.; SEIGNOBOS, Charles. *Histoire narrative et descriptive de la Grèce ancienne*. Paris: A. Colin, 1892. ; _____. *Historie narrative et descriptive du Peuple Romain*. Armand Colin, 1894.; SPITTLER, Ludwig Timotheus. *Landesgeschichte in der Zeit der Deutschen Spätaufklärung*. Göttingen: Muster Schmidt, 1780.

¹⁸⁵ Para aprofundar o tema, ver: BORGES, Guilherme Roman. *Filosofia e Teoria do Direito: breves apontamentos*. Curitiba: IFDDH, 2015.



espaço para a analogia; (v) o argumento de autoridade deve ser respeitado para solucionar dúvidas (obras dos antecessores); (vi) o direito se apresenta eminentemente como estatal.

A exegese afirma a fé no homem como portador da razão, e, conseqüentemente, a fé no poder omnímoto do legislador, à medida que transforma a razão em lei escrita. Então, há o culto ao texto da lei, como lei viva e obrigatória (Demolombe), sendo ela constituída pela vontade do legislador (Demante). O direito é um conjunto de normas e a lei é aquela acompanhada de sanção, pois sem coação e sanção não há lei. A escola acabou ganhando destaque por força do projeto de codificação napoleônico, mas até mesmo antes, com o Código Prussiano de Federico II.

A interpretação feita pelos juizes está rigorosamente em desvendar os postulados da lei, não havendo arbitrariedade e apenas em casos muito excepcionais a lei é dita insuficiente (Laurent). Ao juiz cumpre apenas o raciocínio dedutivo para aplicar o direito, de modo impessoal e imparcial (independentemente das conseqüências - *dura lex sed lex*), formulando um silogismo em busca da coerência do sistema. Não tem o juiz o papel de interpretar de modo criativo os fatos, sob pena de usurpar o trabalho do legislador. Naturalmente, não ignoravam o direito natural, apenas diminuíram a sua aplicação como direito absoluto e o deixaram a uma esfera privado do jurista, de modo que o direito natural deveria se sujeitar e se adaptar ao espírito da lei. Uma lei só é válida quando proveniente do parlamento.

O direito como objeto de conhecimento se sintetiza a um fato a ser conhecido, cumprindo à ciência jurídica um papel de lógica do direito, explicando e jamais o criando. Por isso, o jurista é um geômetra, que busca nos artigos do código teorias entrelaçadas entre si para obter todas as conseqüências existentes. A palavra do legislador pela lei é a "razão", na qual dificilmente poderia haver insuficiências, e, quando houvesse, haveria de ser resolvida, exclusivamente, pela analogia. O direito é visto como um meio de controle para que o Estado, de modo absoluto e arbitrário, regule a conduta social, inclusive dos juizes. Os juizes deveriam se limitar à lei. Bonnetcase cita frase de exegetas para expressar: *Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Civil* (Bugnet); [Os códigos não deixam nada ao arbítrio do intérprete, este já não tem por missão fazer o direito: o direito está feito ... Não é verdade que o papel dos jurisconsultos se encontra reduzido; apenas que não devem ter a ambição de fazer o direito ao ensiná-lo ou aplicá-lo; sua única missão consiste em interpretá-lo] (Laurent); [Minha divisa, minha profissão de fé é a seguinte: Os textos antes de tudo!] (Demolombe).

O juiz interpreta apenas para desentranhar a vontade do legislador, de modo que a jurisprudência teria o mesmo valor que a doutrina. Então, os métodos de que se valiam eram:



método exegético puro ou analítico (dirige-se a uma análise rigorosa dos artigos do código, na mesma ordem dada pelo código, como livros, títulos, capítulos e seções.) e método sintético (considera-se a observação da realidade feita pelo legislador ao formular o código, logo a sua intenção - a realidade social objeto da regulamentação). O enfraquecimento da escola é lento, e a evolução do Tribunal de Cassação, pelo Decreto de 1º de abril de 1837, desprendendo-se do Poder Legislativo enquanto órgão para funcionar de modo autônomo com o nome da Corte de Cassação, torna-se o vértice da organização judicial francesa. Então, a escola deixa de existir, sobretudo, por força da obra de François Gény de 1899 e sua *Méthode d'interprétation*, abrindo a escola da livre investigação científica.

Por fim, a terceira escola a construir a perspectiva positivista foi a “Jurisprudência dos conceitos” (*Begriffsjurisprudenz*). Georg Frederich Puchta, sistematizador dos conceitos romanos, baseou-se nos princípios da lógica formal e em toda a sua herança da escola histórica para fundar um novo modo de pensar o direito. Alia o historicismo e o pensamento lógico-científico em vigor, para buscar um rigor metodológico para o Direito.¹⁸⁶

Puchta transforma os conceitos em estruturas lógicas, feitas na forma de silogismos, incapazes de serem questionados. Assim, busca uma unidade entre direito romano e lógica, de modo a transformar os conceitos retirados do direito romano em dogmas universais. Estabelece uma pirâmide baseada em conceitos gerais e conceitos particulares.

Na linha de Puchta, seguiram-se autores doutrinários, e não destinados à prática dos problemas concretos: Heinrich Dernburg, Heidenberg Von Vangerbow e Ludwig Arndts, bem como da Escola de Leipzig Bernhard Windscheid e sua *Pandectas*. Na linha de Windscheid, é possível também colocar o primeiro *Ihe-ring* (até meados dos anos 1860), dedicado às instituições jurídicas romanas. Dentre seus principais nomes, aparecem Adolf Merkel, August Thon, Karl Bergbohm e Ernest Zitelmann.

O método científico estrito, apoiado na lógica e na matemática, estabelecia a claridade dos termos jurídicos, fugindo à vaguidade e às ambiguidades da linguagem. O juiz, ao aplicar a lei, valia-se de uma equação matemática em busca da segurança jurídica, pois a plenitude do direito, segundo Carlos Niño, se mostrava absolutamente necessária para que o direito pudesse ter seu vigor. Por isso, não existem enigmas no direito civil, pois tudo se resolve por conceitos.

Fogem-se das ambiguidades e lacunas a partir da técnica jurídica que ordena, de modo sistemático, os conceitos segundo graus de prioridade baseados na menor ou maior

¹⁸⁶ GIL, Hernández. *Metodología de la ciencia del derecho*. Madrid: Espasa-Calpe, 1988, p. 57 e segs.



generalidade. Dos conceitos gerais, deduzem-se logicamente os conceitos particulares. O que transcende é a existência de uma estrutura lógica. Há uma pirâmide, na base os particulares e na cúspide os gerais. Windscheid exemplifica com base num contrato de compra e venda, cujo conceito é geral e dele se depreende conceitos específicos: contrato, relação jurídica, acordo de vontades, declaração, transmissão, bens etc. Os conceitos são integrados e sistemáticos gerando um todo completo.

Ao lado da plenitude, exsurge a necessidade da criação da lei por cientistas. A quem cumpre criar conceitos jurídicos são os estudiosos, pois, para eles, a realidade deforma os conceitos, devendo estes ser derivados de modo abstrato, sem levar em conta a realidade. O conhecimento teórico deve abstrair da realidade. Ihering (*Ernst und Scherz*) afirma que os conceitos estão no céu, assim como os teóricos, no qual não há conflitos a serem resolvidos. Os conceitos, para ele, não suportam o contato com o mundo material, sendo apenas dogmas. São verdades absolutas a serem extraídas pelos teóricos. Logo, o processo operado pelo doutrinador também será verdadeiro. Trata-se de uma ciência apoiada em dogmas e na lógica formal. Em busca da garantia jurídica, o uso lógico e sistemático, pela matemática e filologia, dos conceitos afasta a discussão semântica. Qualquer ato mundano contamina a estrutura piramidal de Puchta. Os práticos são imperfeitos, porque afastam a verdade eterna dos conceitos em busca do prático e do útil, que é efêmero. O jurista zela pela pureza dos conceitos.

Também, não apenas a plenitude a criação científica, é necessária a elaboração criteriosa de conceitos jurídicos. Trata-se de um processo atrelado à dialética (segundo Ihering, o distanciamento de qualquer contato com o real), valendo-se da lógica formal e da experiência das ciências exatas (especialmente a matemática), como se fossem equações. Os conceitos devem estar longe do ambiente social, posto que o sistema jurídico deve ser estático e fechado, sendo irrelevantes suas consequências práticas. A criação dos conceitos se baseia nos seguintes princípios: (a) sistematização - há uma pirâmide conceitual que exprime a máxima plenitude do direito, à medida que organiza os conceitos por uma conexão de sentido. Há um todo harmônico que expurga as antinomias e se faz coerente ao tempo que todas as normas devem ser entendidas de modo único, jamais isoladas: unidade, totalidade e coerência; (b) concentração lógica de materiais - com base na matéria de estudo, busca-se a concisão e precisão dos institutos correlatos (algo que serviu de base para os projetos codificadores do séc. XIX). Foi o que permitiu a unidade das famílias do direito romano-germânico nos códigos modernos. Buscou-se eliminar o arbítrio judicial; (c) o uso adequado da linguagem jurídica e



comum - busca da linguagem exata, em atenção às regras ortográficas e sintáticas. Os conceitos, segundo Ihering, são "sãos, conceitualmente puros e logicamente corretos".

Por fim, não poderia se sustentar senão através da figura de um juiz como simples mecânico do direito, ou seja, não há lugar para a interpretação, porque inexistem lacunas e contradições. A lógica permite a revelação dos conceitos existentes. Os conceitos são de tal forma organizados que a função do juiz não é científica, mas técnica de aplicar um todo coerente previamente conhecido. Naturalmente não foram poucas as críticas que lhe foram feitas ao longo da história, como: dogmatizar os conceitos para a realização do sistema jurídico; elaboração abstrata dos conceitos por teóricos; excessiva técnica (a vida não é matemática); e reduzida função do juiz diante da vida.

Apesar das críticas, estas manifestações da virada do séc. XVIII para o séc. XIX abrem espaço para que posteriormente autores como Kelsen, avancem e consolidem esta perspectiva de cientificidade na interpretação do direito. Apresentam-se assim, a clausura do dogma, a criação de métodos interpretativos rigorosos (visão objetivista-essencialista) que buscam a essência do texto normativo, do comando esperado para a situação normada, e, que, uma vez encontrado, interrompe o curso de raciocínio, dentro da tradicional máxima *in claris cessat interpretatio*.

A interpretação jurídica por muito tempo (e ainda nos corredores forenses não foge muito disso) esteve atrelada ao paradigma da consciência e da primazia do sujeito racional e cognoscente. De consequência, ela se ambienta na clássica divisão sujeito-objeto, dualidade insuperável, seja pelo método dedutivo racionalista, pelo indutivo empirista, seja mesmo pela tentativa de conciliação do idealismo transcendental kantiano.

A imagem deste modelo de interpretação, simbolizado pela figura do juiz incrustado pelo legalismo napoleônico da simples manifestação literal da lei (*la bouche de la loi* de Montesquieu), é marcado então pela sacralização e intangibilidade da lei. A lei como expressão suprema do parlamento, dentro de um universo liberal, individualista e normativista burguês, cujo sentido apenas seria descoberto pelo aplicador, mas sem qualquer função criativa, apenas elucidativa (noção de clareza textual). Interpretar é um agir silogístico, geométrico e rígido, e, ainda que a realidade suscite algo diverso, a interpretação deve levar claramente à aplicação da lei (velha máxima "faça-se justiça, ainda que o mundo pereça" - *fiat justitia, pereat mundus*).

Os positivistas, naturalmente, foram pródigos na elaboração deste projeto de hermenêutica de um sujeito solipsista, que tem em si a descoberta da verdade das coisas externas (tudo está reduzido ao sujeito pensante, em perspectiva gnoseológica, metafísica e



moral), por essa razão, tendem a esmiuçar o raciocínio do intérprete, como algo absolutamente objetivo, guiado por regras racionais, e levado ao sentido por silogismos lógicos, que apenas precisam ser esclarecidos. Daí toda a sorte de categorias, métodos (gramatical, lógico, sistemático, histórico, sociológico, evolutivo, teleológico, axiológico), tipos interpretativos (especificadora, restritiva, extensiva) princípios e classificações que são elaboradas metodicamente pela hermenêutica tradicional.¹⁸⁷

5) INTERPRETAÇÃO “POLÍTICA”: A LEITURA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

A hermenêutica tradicional fundada na filosofia do sujeito/consciência, iniciada especialmente por Descartes, Kant e Husserl, passa por uma significativa revisão a partir do século XX. A leitura do ato de interpretar como ato exclusivo de conhecimento, em que um sujeito solipsista reduz a realidade do mundo à sua mente pensante (ao menos para o racionalismo inicial), é substituída pela ideia de que o ato de interpretar também é constitutivo do conhecimento e a linguagem deixa de ser uma simples forma de comunicação para ser o momento de constituição de todo o saber humano. Nesse sentido, a linguagem, fruto da comunicação e da intersubjetividade, converte-se no que possibilita a compreensão do indivíduo no mundo e instaura uma nova relação de conhecimento, que não é mais sujeito-objeto, mas sujeito-sujeito.

Pensar o Direito a partir desta compreensão (que não distingue o cavalo do rei no xadrez pela forma, mas pelo seu uso no jogo) implica não o reduzir a uma justificação ontológica semântica a priori que diz o que é, próximo da botânica ou entomologia, mas pensá-lo como uma prática argumentativa, no nível da pragmática. Nesse sentido, a validade intersubjetiva de uma norma exige a assunção de uma perspectiva interna pelos envolvidos, o que permite superar a compreensão de que no processo interpretativo a norma estaria num plano independente de sua situação de aplicação (platonismo) e que justificava a busca isolada do seu sentido. Portanto, a leitura do sentido da norma, naturalmente, depende da linguagem e sua constituição, bem como a superação da relação sujeito-objeto, pela construção argumentativa da verdade na relação sujeito-sujeito.

Em suma, ainda que o intérprete exerça seu juízo num recôndito abandono, sua fundamentação deve expor a sua própria inserção no mundo, pois seu ato de julgar “observa o mundo das coisas como algo comum a todos nós (...) mesmo quando parece agir

¹⁸⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1924.



maquinalmente, não prescinde desta concórdia potencial com os outros, pois o seu processo de pensar não é um diálogo do eu consigo mesmo, mas demanda, mesmo quando está inteiramente só ao elaborar a sentença, ao tomar a decisão, este estar em comunicação antecipada com os outros (...) O juiz/julgador não é, pois um ensimesmado ou o velho sujeito solipsista, ao contrário, põe-se no mundo comum”, na linha husserliana e heideggeriana, e sua sentença realiza o direito e realiza a si mesmo. Antes de tudo é a própria subjetividade do magistrado que se confessa na fundamentação, num anteceder-a-si-mesmo como homem e não do direito tão somente, já que o “autêntico juiz, como julgador, cuida de seus objetos à sua própria maneira ‘pessoal’, humanizando, assim, o mundo dos argumentos, da sua qualidade e do talento do argumentador, bem como o do verdadeiro.” Deste modo, o saber jurídico pelas mãos da prudência judicial é posto em xeque, não sendo apenas um saber abstrato, desvinculado da experiência material, na redundância do termo, mas um exercício efetivo, vívido, concreto, um modo de exercer o pensamento de maneira real no dia a dia, “experiência pessoal diante do normativo”, uma forma de manifestação estética de si mesmo.

Abre-se, então, espaço para uma grande mudança exegética do direito, especialmente com a obra *Wahrheit und Methode* (1960) de Hans-Georg Gadamer,¹⁸⁸ que ao lado da fenomenologia heideggeriana permitiu a plena superação do paradigma do sujeito (consciência), em prol do paradigma da linguagem (Celso Ludwig).

Para Hans Gadamer, o universo do ser humano é obrigatoriamente descrito pela experiência (totalidade), que coloca a historicidade do ser como condição positiva do conhecimento da verdade e não da delimitação da verdade. Porém, ao falar de experiência, falta em experiência hermenêutica, que não se confunde com a empírica/sensorial das ciências, não se trata de um dado, mas como uma construção vivida ao longo do tempo. Nesse contexto, a ideia de finitude existencial (heideggeriana) apresenta-se como limitadora do processo compreensivo-interpretativo.

Portanto, a temporalidade em constante movimento e a ampliação que se faz produtiva à compreensão humana são uma forma de consciência hermenêutica formada na distância temporal preenchida pela continuidade da origem e tradição. Nesse sentido, reconhecer esta consciência histórica e saber dos pré-conceitos que delimitam a compreensão é permitir o encontro com a tradição (opinião diversa) como suspensão dos próprios pré-conceitos. Não por outra razão, na visão gadameriana, compreender é um processo histórico-efetual além do

¹⁸⁸ GADAMER, Georg-Hans. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1960.



objetivismo histórico, pois não se autoexclui na compreensão. O intérprete se inclui, logo, compreender não a reconstrução exata de um texto ou das intenções de um autor, mas de si mesmo no processo de interpretação. Tem-se aí o que chama de fusão de horizontes, conseqüentemente, interpretar e compreender não são processos distintos, sendo necessário se supera a tradição hermenêutica que cindia compreensão (*subtilitas intelligendi*) - interpretação (*subtilitas explicandi*) - aplicação (*subtilitas applicandi*). Tudo ocorre na *applicatio* num único momento.

A percepção é de que não se reproduzem sentidos, pois compreender é aplicar. A facticidade se projeta ao intérprete que interpreta a partir de seu mundo vivido. Naturalmente, a compreensão pressupõe um projeto prévio, pois se lê um texto com expectativas de antemão, com um sentido todo, que apenas sofre mudanças e revisões constantes à medida que se aprofunda a leitura. Há, portanto, uma construção do sentido a partir de si mesmo: "Ser que pode ser compreendido é linguagem". Logo, a linguagem é "processo de generalização", um *medium* que se realiza na compreensão. Por isso, antes do pensar crítico, filosófico, o mundo já sempre se apresenta numa interpretação feita pela linguagem, não propriamente numa interpretação correta, mas numa interpretação que se acomoda à situação hermenêutica a que pertence. Isso significa que o lugar do intérprete é decisivo a configurar a compreensão linguística do "verdadeiro" sentido.

A consequência disso para a hermenêutica jurídica é que o processo de interpretação já não é, pós-fenomenologia e círculo hermenêutico, um exercício simples e lógico, mas, antes uma imbricação do intérprete de modo criativo no mundo. Naturalmente, volta à tona aquilo de que se falou no início, sobre o senso comum teórico dos juristas waratiano, a pseudotransparência, a padronização de sentidos etc., bem assim a produção da verdade e polícia discursiva na linha foucaultiana, a fim de demonstrar a complexidade e o perigo do exercício hermenêutico dentro do direito. Interpretação jurídica é, portanto, uma exposição linguística mais do intérprete e seu contexto (na velha máxima de Ortega y Gasset *yo soy yo e mi circunstância*) do que dos signos linguísticos postos no texto normativo.

Enfim, a partir do chamado giro linguístico, percebe-se que nenhuma interpretação é neutra, pois se é ato de vontade, então convicções, experiências, ideologias, compromissos políticos, econômicos, culturais, religiosos e de classe social estão presentes. Percebe-se que a hermenêutica não é um processo desinteressado, mas existencialmente vinculado e toda compreensão é uma pré-compreensão. Jamais se parte de uma página em branco, pois, no mínimo, já estão presentes no sujeito e no discurso preconceitos dos quais não se pode



deslembrar. Não há leitura desinteressada. E isto tem uma reflexão decisiva para o Direito, pois, especialmente na figura do juiz pela concretização da normatividade põe-se às claras que o juiz quer decidir, e não apenas conhecer, logo, a aplicação do direito condiciona a hermenêutica jurídica. Não se trata de uma especulação isolada, mas é uma atividade intelectual orientada para fins de decisão e aplicação. Logo, é necessário inserir a norma num contexto amplo onde estão os impulsos hermenêuticos. Intérprete é, antes, um tradutor do direito. Assim, a hermenêutica jurídica entra em crise e o processo neutro e simples de extração da verdade se transforma em prelevado ato de interpretação criativa de sentidos. Com isso se abre a hermenêutica constitucional, à medida que todo ato de interpretar é antes um ato político, e torna menos um exercício metódico de extração de sentidos e normas e mais um exercício argumentativo.

Nessa perspectiva, a argumentação se desenvolve e se articula em três campos do direito: (i) na produção normativa, especificamente, no trato legislativo, seja de modo incipiente, nas discussões políticas feitas no parlamento, seja derradeiramente, na elaboração da técnica-jurídica expressa pelo texto normativo; (ii) na dogmática jurídica, através das reflexões doutrinárias; (iii) na decidibilidade dos conflitos pela aplicação das normas à resolução dos casos concretos (Manuel Atienza)¹⁸⁹. Seu papel, portanto, é evitar o arbítrio e possibilitar o estabelecimento de critérios para a produção normativa, também para a efetivação do ordenamento jurídico pelas decisões, assim como para organizar de modo sistemático o ordenamento jurídico.

Na linha de Vieweg¹⁹⁰ originalmente, em seguida Perelman,¹⁹¹ Toulmin,¹⁹² MacCormick,¹⁹³ Alexy¹⁹⁴ etc., todo um saber normativo da interpretação-argumentação ganha terreno, e encontra no movimento neoconstitucional um lugar privilegiado. A criação das novas constituições no pós-guerra, dos tribunais constitucionais e da própria percepção da força normativa do texto constitucional, favoreceu que o exegeta do direito, já inserido no paradigma da linguagem, pudesse se preocupar em capturar no contexto histórico-político toda a carga axiológica e constitucional para integrar, compreender, e aplicar o direito.

¹⁸⁹ ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 142 e segs.

¹⁹⁰ VIEWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz*. München: C. H. Beck, 1953.

¹⁹¹ PERELMAN, Chaïm. *Traité de l'Argumentation*. Paris : PUF, 1958.

¹⁹² TOULMIN, Stephen. *The Uses of Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

¹⁹³ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon, 1978.

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. *Balancing, Constitutional Review, and Representantion*. In.: International Journal of Constitutional Law, v. 3, n. 5, p. 572-581, 2005.; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Verlag Nomos-Verlagsgesellschaft, 1985.; _____. *Begriff und Geltung des Rechts*. Frankfurt, Karl Alber, 2002.



Percebeu-se, então, naquele processo de objetivação dos direitos fundamentais, que tais direitos não poderiam ser mera garantia de posição subjetiva do indivíduo face ao Estado, mas valores básicos da sociedade política, base do Estado Democrático. Com isso, atribui-se maior poder ao Judiciário de materializar os valores abstratos da CF. Já que o Estado Social impôs um incremento na intervenção do Poder Legislativo e do Poder Executivo na vida privada, cumpre ao Poder Judiciário conter os eventuais abusos contra a dignidade da pessoa humana (Otto Bachof) - afirmação esta naturalmente perigosa e não isenta de fundadas críticas. É nesse momento que nasce a exegese política do direito ou a leitura à luz da constituição, especialmente, mas não apenas, pela razoabilidade e proporcionalidade na resolução de conflitos.

Enfim, apesar dos excessos interpretativos do ativismo judicial, fato é que o modelo de ponderação e certa liberdade hermenêutica e argumentativa existente na *filtragem constitucional* implicou uma revisão da *hermenêutica científica* forjada no seio do pensamento positivista e sua estruturação formal do direito. Abriu-se espaço para o ingresso da política e da jurisprudência dos valores no processo de extração de sentidos e definição dos contornos normativos do direito.¹⁹⁵ A ideia de constitucionalidade da norma veio se agregar à velha teoria escalonada kelseniana como um elemento constitutivo da definição do que é direito¹⁹⁶. A questão, no entanto, que se coloca desde logo é: uma vez efetivada esta leitura à luz da constituição, é possível ainda nos dias de hoje dizer que o último estágio da normatividade foi alcançado? A resposta, que neste breve ensaio se pretende sustentar, é que, de certo modo, não! Ainda resta a *filtragem descolonial*.

6) INTERPRETAÇÃO “CULTURAL”: A VIRAGEM À EXEGESE JURÍDICA DESCOLONIAL

Esse modelo de exegese jurídica talvez esteja hoje limitado. Obviamente ainda vivemos num contexto em que a *interpretação política do direito* tem muito por ser construída. A “leitura à luz da constituição”, a proporcionalidade, estão longe de ser um projeto inacabado, especialmente porque a situação sócio-política-econômica da população brasileira se distancia

¹⁹⁵ Para uma leitura no Brasil mais aprofundada do tema, ler: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003.; e STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2014.

¹⁹⁶ BORGES, Guilherme Roman. *A estrutura escalonada da ordem jurídica: da sua leitura tradicional à sua revisão em tempos descoloniais no Brasil*. In.: 60 anos da segunda edição da teoria pura do direito. Valterlei Costa e Maurício Timm (org.), São Paulo: Almedina, 2021.



e muito dos anseios desenhados pelos direitos e garantias individuais e sociais, mas também porque os resquícios de um modelo autoritário permanecem no imaginário das instituições públicas. Os atos materiais, legislativos ou mesmo judiciais do Poder Público no país ainda demandam certa dose de revisionismo e necessidade de responder a restrições e fundamentações a favor da cidadania e da democracia efetivas. Embora seja um pouco da própria construção ontológica do Estado, fato é que nos países ex-colônias e que vivenciaram há pouco longo período de regimes ditatoriais, a ideia de um “Estado contra o indivíduo” é acentuada e a proteção jurídica é antes um lugar de limitação do poder estatal do que de realização de uma vida mais digna etc. Os tempos de hoje bem expressam isso e a insegurança da democracia.

Diante deste contexto, e talvez de uma estagnação do movimento teórico da “neoconstitucionalismo”, que vivencia diversas crises, desde o ativismo judicial, à debilidade de impedir que antigos modelos (ora travestidos de novos) ascendam à condução das estruturas públicas como regimes de extrema-direita, fato é que, paralelamente a isto vem crescendo um movimento para compreender parte das razões que possibilitaram o Brasil a alcançar este estado. Movimento este que nasce na literatura, nas ciências sociais e na história, mas que apenas recentemente começa a pulular o imaginário das ciências jurídicas: o *movimento descolonial*.

Este movimento aceita a tese de que o projeto colonial está vinculado à modernidade e ao capitalismo, e o modo como o etnocentrismo e o eurocentrismo criaram na Europa a ideia de superioridade civilizatória, social, institucional e epistêmica, operando a configuração da ideia de inferioridade, primitividade e barbárie do colonizado. Num quase determinismo, esta superioridade com amplas dimensões: estrutural, ética, estética, política, subjetiva e epistêmica, refletido por autores como Nelson Maldonado Torres, Edgardo Lander, Fernando Coronil, Santiago Castro-Gomez, Anibal Quijano, Ramón Grosfoguel, Enrique Dussel etc.¹⁹⁷, apresenta-

¹⁹⁷ Dentre tantos textos, alguns conseguem sintetizar bem suas ideias: CASTRO-GÓMEZ, Santiago. *Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da 'invenção do outro'*. In.: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais e perspectivas latino-americanas (org. Edgardo Lander) Colección Sur Sur, CLACSO, Buenos Aires, p. 80-87, 2005.; DUSSEL, Enrique. *Desde el ego europeo: el encubrimiento*. In.: 1492: el encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad. La Paz: Plural, 1994, p. 11.22.; ESCOBAR, Arturo. *Mundos y conocimientos de otro modo: el programa de investigación de modernidad/colonialidad latinoamericano*. Revista Tabula Rasa, n. 1, p. 51-86, enero-diciembre 2005.; GROSFUGUEL, Ramón. *Descolonizando los universalismos occidentales: el pluri-versalismo transmoderno deolonial desde aimécsaire hasta los zapatistas*. In.: El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. (org. Santiago Castro-Gomez e Ramón Grosfoguel) Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, p. 63-77, 2007.; LANDER, Edgardo. *Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos*. In.: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais e perspectivas latino-americanas (org. Edgardo Lander) Colección Sur Sur, CLACSO, Buenos Aires, p. 8-23, 2005.; MALDONADO-TORRES, Nelson. *Transdisciplinaridade e decolonialidade*. In: Revista Sociedade e



se como um “novo padrão de poder mundial” na modernidade, sustentado no avanço do modelo capitalista, pelo ‘controle do trabalho’, dos recursos e dos produtos, bem como pela ‘classificação social’. Este modelo gerou não apenas a concentração do capital, e a definição de subjetividade ideal, como, sobretudo, operou uma geopolítica do conhecimento, com a definição da superioridade tecnológica e epistemológica do centro, a Europa. Consequências para além da colonização do “poder”, pela relação colônia-metrópole, apresentaram-se no “ser”, especialmente latino-americano e particularmente brasileiro, pela ideia de inferioridade, selvageria, e marginalização; bem assim no “saber”, pelo impedimento e oclusão dos saberes locais e rebaixamento hierárquico de reduzidas qualidade, seriedade, e eficiência.

Esta opressão alcançou igualmente o plano jurídico, promovendo o que se poderia chamar de “*etnojuricídio brasileiro*”¹⁹⁸. Em particular no âmbito jurídico, seja em termos de “direito comparado”, seja em termos de “teoria do direito” houve uma tentativa artificial e forçada de “transplantes jurídico” do direito europeu e sua racionalidade para o ambiente jurídico pátrio.¹⁹⁹ Operou-se uma importação de institutos, procedimentos, personalidades jurídicas, formatos legislativos, instituições, formas de consolidação normativa, modelos de formulação, interpretação e aplicação do direito europeu, sem qualquer reflexão em termos comparativistas. Criou-se uma naturalização de sentidos, como se houvesse uma verdadeira e rica e premial herança europeia. Com isso, impediu-se qualquer forma de expressão de experiências jurídicas aqui já existentes, como também se ignorou aquilo que Pierre Legrand vem denunciando há tempos na teoria do direito comparado, que é a inexistência de uma efetiva comparação, se não o exercício de uma criação, ou, como aqui e em outros países colonizados ocorreu, uma imposição exógena de uma “experiência jurídica” suposta melhor, mais evoluída, sistemática, metódica e eficaz, mas que em nada ou quase nada esteve e está de acordo com a realidade social, política e cultural brasileira. Empréstando-se a expressão que Pierre Clastres²⁰⁰ forjou pelo desdobrar do vocábulo “genocídio” em “etnocídio”, tenta aqui arriscar um outro desdobramento semântico, o “etnojuricídio”, a fim de explicar esta supressão e aniquilação de

Estado. Vol. 31. Num. 1. Janeiro/Abril, 2016.; MIGNOLO, Walter. *El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura*. In.: El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. (org. Santiago Castro-Gomez e Ramón Grosfoguel) Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, p. 25-46, 2007.; QUIJANO, Aníbal. *Colonialidad y modernidad/racionalidad*. In.: Perú Indígena, Lima, v. 13, n. 29, p. 11-29, 1991.

¹⁹⁸ BORGES, Guilherme Roman. *Hermenêutica jurídica descolonial ...*, p. 183-192. (Tese de Livre Docência)

¹⁹⁹ Partes destas ideias aqui defendidas, foram citadas pelo comparativista da Sorbonne, Pierre Legrand, no recente livro intitulado *Negative Comparative Law: A Strong Programme for Weak Thought*. Oxford: Cambridge, 2022, p. 439-440. Para além de um “transplante”, sugere mais apropriadamente uma “transposição”.

²⁰⁰ CLASTRES, Pierre. *De l'Ethnocide*. In. *Encyclopaedia Universalis*, Paris, Éd. Universalis, 1974. (que foi republicado em *Recherches d'anthropologie politique*, Paris, Seuil, 1980, p. 80-81.)



uma originalidade brasileira. Uma racionalidade jurídica aparentemente objetiva, segura, sistemática, organizada, metódica, ética, superior, desenvolvida foi aqui enxertada no saber jurídico brasileiro. É possível esboçar, apoiado na análise crítica de Pierre Legrand, Gunther Teubner, Simone Glanert,²⁰¹ que a própria teoria do direito comparado europeu e sua perspectiva ortodoxa da possibilidade de transposição jurídica serviu ao projeto colonial à medida que, partindo das ideias formalistas do direito, de transplantes, recepções, de um direito neutro, sem bagagem histórica, epistemológica ou cultural, de um direito simplesmente como regra, e, logo, de “declarações proposicionais vazias”, conseguiu legitimar e “enraizar” uma cultura jurídica etnocêntrica no Brasil. Produziu-se uma falsa ideia de tradição inevitável e natural, mas que, no fundo, na esteira de Hobsbawn, não se mostrou se não uma “tradição inventada”,²⁰² numa espécie de “fatalidade do direito europeu”.

Este fenômeno do “transplante jurídico” que supostamente serviria aos comparativistas ortodoxos na linhagem de Konrad Zweigert e Hein Kötz como um modelo de direito comparado ao fim e ao cabo não foi fruto de um diálogo, de uma introdução discutida e refletida, mas sim a imposição travestida e validada por uma teoria ortodoxa comparativista (ainda não teorizada à época) de um direito colonial, racista e etnocentrista por meio de institutos absolutamente distantes do amálgama cultural e regional do Brasil. Houve aqui o que se poderia denominar metaforicamente de uma “enxertia jurídica estrangeira”²⁰³. Valendo-se da metáfora, sustenta-se que o “direito europeu” (enxerto/cavaleiro) foi aqui enxertado na “experiência jurídica brasileira” (porta-enxerto/cavalo), do mesmo modo que se faz na agricultura quando se insere uma gema, um broto ou um ramo de um vegetal em outro. Se as razões nesta ciência em particular para se fazer a enxertia são muitas, similarmente no direito também se quis aqui fazer ao se enxertar o direito estrangeiro: ao invés de copas e frutas mais bonitas e nobres, quis-se um direito mais nobre no Brasil que não o de matriz negra, indígena ou caiçara; no lugar de uma espécie pura, quis-se uma espécie bem regulada e adaptável aos problemas que por aqui poderiam ocorrer etc. Enfim, do mesmo modo que na “enxertia” não se aniquila o hospedeiro, mas se o nega em sua função existencial e o impede de ser algo, na “enxertia jurídica” aqui ocorrida igualmente, pois experiências jurídicas guaranis, ribeirinhas etc. foram reduzidas a

²⁰¹ LEGRAND, Pierre. *The impossibility of legal transplants*. In.: Hein Online, Maastricht Journal Eur. and Comp, v. 111, p. 111-124, 1997; GLANERT, Simone. *Comparison et traduction des droits: à l'impossible tous sont tenus*. In.: *Comparer les droits, résolument*. (org Pierre Legrand). Paris: PUF, p. 279-311. ; e TEUBNER, Gunther. *Legal irritants: good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences*. In.: *The Modern Law Review*, v. 11, p. 11-32, 1998.

²⁰² HOBBSAWN, Eric. *Introduction: inventing traditions*. In.: *The Invention of Tradition*. (org Eric Hobsbawn and Terence Ranger). Cambridge: Cambridge University Press, 1983, p. 1-14.

²⁰³ BORGES, Guilherme Roman. *Hermenêutica jurídica descolonial ...*, p. 194-196. (Tese de Livre Docência)



porta-enxerto de um direito exógeno e etnocêntrico supostamente superior e que melhor responderia aos problemas nacionais ou talvez menos “incômodos” traria à metrópole.

Em resposta ao colonialismo do poder e à colonialidade do ser, surge o movimento ‘decolonial’,²⁰⁴ ou as ‘teorias decoloniais’ ou, em suma, a ‘decolonialidade’. De modo sintético, resume-se à luta pela emancipação política, mas também pela resistência teórica e institucional às formas de exercício do poder e dominação do eixo eurocentrismo, colonialismo, capitalismo e modernidade. Didaticamente se resume aqui este movimento em três momentos: (a) anos 50/70 – a “tríade francesa”, nas pessoas de Franz Fanon, Albert Memmi e Aimé Césaire; (b) anos 80 a “tríade sagrada”, com Partha Chatterjee, Dipesh Chakrabarty, Gayatri Spivak; (c) ano 90 – “Grupo Latino Americano de Estudos Subalternos”, quando autores latino-americanos lançam as primeiras ideias, com Anibal Quijano, Santiago Castro-Gomez, Walter Dignolo e Ramón Grosfoguel; e (d) final dos anos 90 e início de 2000 – “Grupo M/C – Modernidad/Colonialidad”, a partir de congressos realizados nas Universidades de Duke, Javeriana, Norte Carolina, Bolívar e na Clacso, reunindo um vasto grupo: Edgardo Lander, Arturo Escobar, Walter Dignolo, Enrique Dussel, Anibal Quijano, Fernando Coronil. Como uma evolução e modificação das discussões, este último grupo, nascido em autores latino-americanos de língua espanhola, ora pesquisando no Sul, ora radicados nos EUA, mas todos próximos das “humanidades” (filosofia, ciência política, sociologia, literatura, antropologia etc.) irão propor a verdadeira identidade do *movimento decolonial* que aqui serve de base para refletir uma *descolonialidade* do direito brasileiro ou um *movimento descolonial* da teoria do direito brasileiro à medida que sustenta a necessidade de um “giro decolonial” como resistência teórica, prática, política e epistemológica, numa espécie de “pensamento fronteiroço” por meio de ações como: desprendimento, abertura, *delinking*, desobediência, vigilância e suspeição epistêmicas, desnudando as relações de exploração/dominação/conflito capazes de expor o “racismo epistêmico”, a “negação da alteridade epistêmica” e a “geopolítica do conhecimento”.

Convém afirmar que o movimento melhor seria denominado de *descolonial* e não *decolonial*.²⁰⁵ Embora não se ignore a similitude com o movimento geopolítico pós-segunda guerra em termos de nomenclatura, e tampouco se pretenda desagregar da crítica ao binômio modernidade-colonialidade, sustenta-se que o uso da expressão *descolonial* seria preferível, a uma, porque não seria um neologismo de origem hispânica ou americana, já que foi na América Espanhol ou nos intelectuais migrantes norte-americanos que o movimento se operou e lá

²⁰⁴ BORGES, Guilherme Roman. *Hermenêutica jurídica descolonial* ..., p. 196-204. (Tese de Livre Docência)

²⁰⁵ BORGES, Guilherme Roman. *Hermenêutica jurídica descolonial* ..., p. 198-200. (Tese de Livre Docência)



fundou a expressão *decolonial* (vocábulo escrito de modo idêntico na língua inglesa ou espanhola), mas que no Português, como se justificou por tese linguística, não seria razoável a eliminação do “s”. A duas porque, inobstante haja uma proximidade entre os resultados da colonização e uma certa identidade de temas entre os países de formação hispânica na América do Sul, fato é que o Brasil apresenta características peculiares e problemas igualmente peculiares, não havendo porque uma identidade com o *movimento decolonial*, se não apenas um diálogo importante. Ademais, seria igualmente eurocêntrico ou senso dominador do Norte Global suprimir as diferenças latino americanas sob o pretexto de uma única realidade latino-americana.

Estas construções das ciências humanas trazidas para a ciência jurídica procuram fomentar o debate para um *giro descolonial jurídico*²⁰⁶ e por conseguinte uma *superação jusepistêmica eurocêntrica*. Um olhar atento ao direito brasileiro e sua teoria permite evidenciar que institutos, instituições, raciocínios, procedimentos, garantias legalmente protegidas, personalidades processuais, subjetividade jurídica, manifestações processuais, modelos probatórios, formas de organização da sociedade/comunidade, modos juridicamente protegidos de sobrevivência, de manifestação artística, cultural, enfim, existencial são explícita ou implicitamente marcados por características e expressões genuinamente europeias ou mesmo norte-americanas nos dias de hoje, em termos neocoloniais. A legitimidade processual, a ausência, a adoção, a supremacia judicial, enfim, inúmeros institutos e racionalidade incompatíveis com a realidade brasileira que precisam ser revistos e adaptados à interculturalidade e pluriethnicidade brasileiras.

Para tanto, algumas ideias se colocam necessárias.²⁰⁷ Diante das constatações de insuficiência epistêmica da ciência jurídica brasileira, propõe-se que se opere, mental ou materialmente um raciocínio desconstrutivista, que se poderia, em termos de política acadêmica, ser denominado como *Movimento DE*, ou então *movimento dos de's*: (i) *desterritorializar* o saber jurídico, valorizando saberes aqui produzidos como se não estivessem em estágio cognitivo inferior, fugindo ao velho mito do bom selvagem ou da preguiça jurídica; (ii) *desvendar* tradições existentes, históricas, bem contadas e sedimentadas no imaginário jurídico nacional, percebendo que eventual superioridade decorreria de uma forja, de uma invenção mal intencionada europeia; (iii) *desconstruir* – institutos absolutamente estranhos ao modo como se encontram na realidade brasileira, tais como adoção, delação premiada, licença-

²⁰⁶ BORGES, Guilherme Roman. *Hermenêutica jurídica descolonial* ..., p. 205-229. (Tese de Livre Docência)

²⁰⁷ BORGES, Guilherme Roman. *Hermenêutica jurídica descolonial* ..., p. 206-210. (Tese de Livre Docência)



paternidade, na autorização marital para a prática anticonceptiva etc.; (iv) *desmistificar* naturalizações epistêmicas, desvendando sentidos que foram ocultados entre outros historicamente forjados, como a jurisprudência nos delitos sexuais, na injúria racial etc.; (v) *descobrir* formas e pensamentos ignorados, numa espécie de arqueologia do sentimento de inferioridade, que fizeram supor que as concepções europeias seria realmente superiores às brasileiras; (vi) *destravar* maneiras criativas de lidar com a moralidade, ciente de que a matriz uniética kantiana é incompatível com a experiência jurídica brasileira e esteve a serviço de um reforço da moralidade eurocêntrica; (vii) *desmarginalizar* subjetividades, permitindo que expressões invisibilizadas e tuteladas encontrem sua dignidade, mediante revisão do estatuto da igualdade, mas também do tratamento adequado por funcionários públicos, pleno acesso a cargos públicos, objetivo de políticas públicas etc.; (viii) *desestruturar o direito oficial brasileiro*, impingindo críticas à dogmática e o seu uso por parte dos operadores do direito a fim de demonstrar que há uma maior proximidade na aplicação do direito com a visão estrangeira do que propriamente a realidade brasileira; (ix) *descomparar* as experiências jurídicas internas, numa espécie de ‘descomparativismo jurídico’ a fim de evidenciar o choque do direito oficial com outras experiências jurídicas domésticas silenciadas historicamente; e (x) *desprocessualizar* o processo civil e penal, a fim de se pensar algo novo capaz de lidar com questões próprias brasileiras e quiçá repensar a supremacia da jurisdição.

Realizado este movimento, começa-se a se promover efetivamente uma “interpretação jurídica brasileira”. Propondo-se aqui, o que se poderia denominar originalmente de *filtro descolonial*,²⁰⁸ um instrumento proposto na linha da filtragem constitucional que implica a revisão de todos os institutos, instituições, racionalidades, formas, cláusulas legais etc. que existem no direito brasileiro de acordo com as variáveis balizadoras de um processo de descolonização da episteme jurídica eurocêntrica, a ser efetiva por todos aqueles que se deparem com questões jurídicas, seja num processo judicial, seja na produção legislativa, seja mesmo por profissionais da educação no ensino do direito. Sugere-se que, ao se encontrar com estas “instituições jurídicas em sentido amplo”, no processo de interpretação e aplicação se deve fazer um juízo para além da constitucionalidade, levando a reflexão para os estratos culturais, ou seja, seria a prática adotada, o sentido extraído na interpretação, a decisão judicial, o instituto ensinado por exemplos em sala de aula realmente compatíveis com o amálgama cultural brasileiro? Seria por exemplo suficiente uma explicação de direito civil nas salas de aula sobre

²⁰⁸ BORGES, Guilherme Roman. *Hermenêutica jurídica descolonial ...*, p. 210-219. (Tese de Livre Docência)



o instituto das causas de nulidade e anulabilidade dos negócios jurídicos se restringir a explicar “não revestir a forma prescrita em lei”, “coação moral”, “estado de perigo”, “lesão” a partir da doutrina e suas implicações legais e constitucionais? Cumpriria, nesta perspectiva descolonial, ao Professor promover um *filtro descolonial* em seu raciocínio levando em conta que tais categorias, embora possam parecer ou mesmo ser suficientes abstratamente, eventualmente diante das tensões da multiculturalidade e pluriétnicidade brasileiras se mostram frágeis. Atento à realidade nacional, repleta de pessoas com situações de miserabilidade, penúria social, racismo e machismo estruturais, preconceitos sexuais ostensivos, exclusão de populações autóctones da vida pública e das políticas públicas caberiam as mesmas reflexões sobre tais invalidades nos mesmos termos que foram pensadas por europeus e para europeus? Não poderiam ser outros os sentidos extraídos das normas se levado em conta o contexto peculiar brasileiro? Seriam estas causas existentes suficientes ou outras haveriam de ser criadas pelo legislador ou sopesadas pelos operadores diante de casos concretos? Em suma, quer-se que no momento hermenêutico raça, gênero, etnia, orientação sexual etc. sejam sopesadas a fim de se verificar até o quanto a própria pré-compreensão de mundo do intérprete ou a jurisprudência existente e que servirá de precedente para apoiar a interpretação não estão contaminadas pela ausência ou negação desta realidade. A lei não foi feita levando em conta isto. A teoria que a fundamentou tampouco. Eis que a “*interpretação descolonial*” pode ser o momento em que o direito brasileiro e a teoria do direito sejam postos em xeque uma vez que pensados para um tipo de “sujeito de direito” (heterossexual, branco, homem, burguês, centrista, pai de família, com formação cultural formal etc.), para um “homem médio”, um “homem razoável” (critério ainda balizador de inúmeros julgados) e de acordo com a moralidade de uma sociedade burguesa de matriz europeia, católica etc.

No entanto, a compreensão da diversidade social brasileira e da interculturalidade pressupõe, para uma adequada *interpretação descolonial*, a revisão de institutos existentes e mesmo a criação de novos. A partir de uma reflexão do quanto o direito brasileiro eurocêntrico e sua teoria foi construída com uma ideia de alteridade hegeliana e kantiana em que o Outro seria um espelho do sujeito, convém fraturar esta concepção de percepção de quem seria este Outro, não apenas a partir de autores críticos como Levinas, Derrida, Butler, mas especialmente Dussel. Compreender que toda a ossatura jurídica e sua hermenêutica foi pensada para compreender sujeitos de direito muito próximos, porque espelhados na velha relação senhor-escravo, mas não na perspectiva latino-americana e seus excluídos. Quando tomados quilombolas, indígenas, caiçaras, ribeirinhos etc. em questão é preciso aceitar que há um Outro



desconhecido no ambiente de reflexão. A racionalidade não é a mesma, as formas de vida, de existência e sociabilidade são várias, as expressões estéticas e de convivência são distintas da matriz etnocêntrica que embasa o direito brasileiro. Não à toa o direito oficial não prevê institutos que permitam, por exemplo, ao juiz conhecer a “experiência jurídica” diversa da oficial. Há certamente permissões para que conheça a cultura por via do perito, mas não a “experiência jurídica”. Neste sentido, especialmente quando houver questões culturais, caberia ao juiz não “inspecionar pessoas e coisas” com fins probatórios quando sai de seu gabinete, mas sim ir a campo, aproximando Direito e Antropologia, com vistas a compreender esta manifestação jurídica diversa por meio de uma *escuta étnica*²⁰⁹ e nestes termos poder ao final do processo ou de uma decisão jurídica/judicial sopesar a realidade dos fatos de acordo não com o direito oficial e sim com o *direito inoficial*. A subsunção haveria de ser feita de outra ordem, perante esta outra experiência jurídica. Uma espécie de *subsunção cruzada*.

Para além das ferramentas do *movimento DE* e do *filtro descolonial* levadas a turno particularmente no momento da hermenêutica jurídica, na maior parte das vezes em processos judiciais, entende-se necessário que não se restrinja a *descolonização da teoria do direito brasileira* apenas a uma revisão ou filtragem da *prática judicial*. É necessária uma revisão da *prática legislativa* e, como dito, da *prática pedagógica*. Este *tripé descolonial* (ensino, legislação e processo) se descoloniza quando é pensado em conjunto através de *estratégias descoloniais*, na esteira de Paulo Freire e Walter Mignolo (desvendar da mitologia opressora e eurocêntrica, deslocar o lugar de fala, valorizar o conhecimento ‘fronteiriço’, superar a relação professor-aluno de algum modo).²¹⁰

Ao se promover uma *interpretação descolonial* do direito brasileiro, naturalmente subjetividades são desmarginalizadas.²¹¹ Novos movimentos sociais surgiram no curso do desenrolar da teoria crítica dos anos 80/90, como o feminista, o indígena, o negro, o da população LGBTQIA+, enfim, uma nova ordem de questões e anseios foram postos em cena pela mulher, pela preta, pela indígena, pelo homossexual, a trans que não estavam nos

²⁰⁹ BORGES, Guilherme Roman. *Hermenêutica jurídica descolonial ...*, p. 219-226. (Tese de Livre Docência)

²¹⁰ Nesse sentido, ver: FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 47 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.; e _____.; GUIMARÃES, Sérgio. *Diálogos sobre o vivido: diálogos entre Sérgio Guimarães e Paulo Freire*. Educação, Sociedade e Culturas, n. 23, 2005. MIGNOLO, Walter. *Desobediência epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad*. Argentina: Ediciones del signo, 2010.; e _____. *El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura*. In.: *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. (org. Santiago Castro-Gomez e Ramón Grosfoguel) Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, p. 25-46, 2007.

²¹¹ BORGES, Guilherme Roman. *Hermenêutica jurídica descolonial ...*, p. 229-258. (Tese de Livre Docência)



horizontes anteriores. A branquitude, o desequilíbrio de gênero, criaram não apenas novas pautas, mas a necessidade de se repensar a figura do *sujeito de direito* tradicionalmente construído como centro das atenções não apenas do direito oficial mas de sua própria construção teórica. Aquela nova ideia de *alteridade* acima pensada em autores contemporâneos como Honneth, Butler e Dussel deve questionar a matriz hegeliana a partir das ideias de raça, gênero, etnia, orientação sexual, origem geográfica etc., toda uma sorte de exclusões que foram esquecidas e invisibilidades como variáveis nas reflexões. A subjetividade colonizada do brasileiro, de herança africana, indígena e mestiça, supostamente marcada pela inferioridade, preguiça e covardia, que permitiu uma classificação étnico-racial não pode ser escondida diante de um direito formal e materialmente asséptico de matriz ainda eurocêntrica. Uma vez que estas variáveis estiverem na ordem do direito no citado *tripé descolonial* e novas estratégias e *ferramentas descoloniais* estiverem presentes, assenta-se um processo de *desmarginalização de subjetividades*.

CONCLUSÃO

A *interpretação jurídica descolonial* se manifesta de modo complexo e naturalmente exige um raciocínio da hermenêutica com uma carga cultural mais ampla e aberta do que o simples conhecimento da ordem jurídica ou mesmo da tecitura constitucional. Quando uma *decisão jurídica* precisa ser exarada (jurisdicional ou não, legislativa ou pedagógica como resposta a uma questão de sala de aula), além de ser produto de processo mental hermenêutico em sentido lato que extrai sentidos do conjunto normativo existente na tensão fática, é também produto da exposição plena do intérprete no processo, como a transição dos paradigmas sustentados anteriormente.

Embora tais modelos já não sejam mais hegemônicos, fato é que de algum modo, nos vestígios históricos dos processos cognitivos e nas migalhas epistêmicas presentes no imaginário coletivo do jurista, estão sempre presentes. Esta *decisão jurídica* num único momento promove uma *interpretação* holística nestes termos, pois é exarada como produto de uma *interpretação ética, prática, metódica, legal e constitucional*. O intérprete interpreta carregando consigo não apenas a sua pré-compreensão de mundo, mas de algum modo esta bagagem dos paradigmas exegéticos. Ao buscar a *decisão jurídica* confrontando o *direito oficial* e a realidade, de algum modo extrai um sentido que lhe coloque eticamente no mundo, na busca pela “decisão mais justa”, ao passo que busca uma formalização por seu raciocínio na lição deixada pelos romanos, por meio de uma metódica que se expõe ao auditório para ser



questionada, que encontra ou tensiona os textos legais e busca um fim último na leitura de sua interpretação à luz da constituição.

No entanto, um passo a mais deve ser dado. Nesta trama interpretativa, o *juízo descolonial* deve derradeiramente precisa ocorrer (como em possíveis exemplos de primazia da permanência de crianças e adolescentes indígenas em lares indígenas, ou do infanticídio tribal). Neste último momento, estigmas étnicos precisam ser explorados e expostos e um *juízo de ponderação de segunda* ordem deve operar. Variáveis como gênero, raça, etnia, orientação sexual, origem geográfica, idade devem rondar a reflexão e o raciocínio jurídico do intérprete. A *decisão jurídica* à qual o intérprete descolonial chega caminha entre variáveis historicamente obliteradas e promove neste sentido um choque e uma desestruturação do *direito oficial*, ao passo que o seu encontro com a realidade brasileira (que não pode natural e previamente ser definida como o que é ou que deve ser, mas apenas que não pode ser ignorada).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Balancing, Constitutional Review, and Representantion*. In.: **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 5, p. 572-581, 2005.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BELLOMO, Manlio. *Ius Commune*. **Rivista Internazionale di Diritto Comune**. Roma: Il Cigno Galileo Galilei, v. 7, p. 201-215, 1996.

BENEYETO, Juan. *La Universidad de Bolonia y la cultura española*. In.: **Studi e memorie per la storia dell'Università di Bologna**, v. 1, Bologna, p. 589 e segs.1956.

BISCARDI, Arnaldo. *La 'gnome dikaiotate' et l'interprétation des lois dans la Grèce ancienne*. In.: **Scritti di diritto greco**. (a cura di Eva Cantarella e Alber-to Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 89-102, 1999.

BORGES, Guilherme Roman. *A estrutura escalonada da ordem jurídica: da sua leitura tradicional à sua revisão em tempos descoloniais no Brasil*. In.: **60 anos da segunda edição da teoria pura do direito**. Valterlei Costa e Maurício Timm (org.), São Paulo: Almedina, 2021.

BORGES, Guilherme Roman. *A nova romanística: críticas, indagações, orientações*. Curitiba: IFDDH, 2014.

BORGES, Guilherme Roman. *Decolonizing brazilian legal theory*. In.: Max Plank Research Paper, Heidelberg, n. 15, 2020.

BORGES, Guilherme Roman. *Filosofia e Teoria do Direito: breves apontamentos*. Curitiba: IFDDH, 2015.



BORGES, Guilherme Roman. *Hermenêutica jurídica descolonial: uma revisão dos paradigmas interpretativos em direção à descolonialidade*. Tese de Livre Docência apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, subárea Filosofia Especial, nos termos do Edital FD LD 04/2021, publicado em 27 de maio de 2021. Concurso realizado entre os dias 07 e 11 de março de 2022.

BORGES, Guilherme Roman. *O direito constitutivo: um resgate greco-clássico do Νόμμου ἔθος*. Curitiba: IFDDH, 2015.

BRETONE, Mario. *Storia del diritto romano*. Bari: Laterza, 1987.

CANTARELLA, Eva. *Diritto greco: appunti delle lezioni*. 2. ed. Milano: Cuem, 1994.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. *Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da 'invenção do outro'*. In.: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais e perspectivas latino-americanas** (org. Edgardo Lander) Colección Sur Sur, CLACSO, Buenos Aires, p. 80-87, 2005.

CHANTRAINE, Pierre. *Dictionnaire étymologique de la langue grecque: histoire des mots*. T. II, Paris : Éditions Klincksieck, 1970.

CHRIST, Matthew R. *The litigious athenian*. Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1998.

CLASTRES, Pierre. *De l'Ethnocide*. In. *Encyclopaedia Universalis*, Paris, Éd. Universalis, 1974.

COLEMAN, Jules; FEINER, Joel. *Philosophy of law*. Belmont: Thomson/Wadsworth, 2004.

CORTESE, Ennio. *Tra glossa, commento e umanesimo*. In.: **Rivista SS**, n. 104, p. 462-464, 1995.

COSTA, Emilio. *La scuola bolognese di diritto*. Appreso, XI, Bologna, 1926.

DROYSEN, Johann Gustav Ferdinand. *Geschichte der Gegenreformation*. Berlin: Grotosche Verlagsbuchhandlung, 1893.

DUSSEL, Enrique. *Desde el ego europeo: el en-cubrimiento*. In.: **1492: el encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad**. La Paz: Plural, p. 11.22, 1994.

ESCOBAR, Arturo. *Mundos y conocimientos de otro modo: el programa de investigación de modernidad/colonialidad latinoamericano*. Revista Tabula Rasa, n. 1, p. 51-86, enero-diciembre 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 25.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. *A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2020.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 47 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GUIMARÃES, Sérgio. *Diálogos sobre o vivido: diálogos entre Sérgio Guimarães e Paulo Freire*. Educação, Sociedade e Culturas, n. 23, 2005.

GADAMER, Georg-Hans. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1960.

GERNET, Louis. *Sur la notion de jugement en droit grec*. In.: **Droit et Société dans la Grèce Ancienne**. Paris: Sirey, p. 61-81, 1955.



GLANERT, Simone. Comparaison et traduction des droits: à l'impossible tous sont tenus. In.: **Comparer les droits, résolument.** (org Pierre Legrand). Paris: PUF, p. 279-311, 2009.

GROSFUGUEL, Ramón. *Descolonizando los universalismos occidentales: el pluri-versalismo transmoderno deolonial desde aimécésaire hasta los zapatistas.* In.: **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global.** (org. Santiago Castro-Gomez e Ramón Grosfoguel) Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, p. 63-77, 2007.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. *El concepto de ius commune en el lenguaje de los juristas romanos.* In.: **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos.** Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, n. 13, p. 39-78, 1990.

HARRIS, Edward M. *Open texture in athenian law.* In.: **Rivista Dike, Università di Milano,** n. 3, p. 27-79, 2000.

HARRIS, Edward M.; *The rule of law in athenian democracy: reflections on the judicial Oath.* In.: **Rivista Dike,** Università di Milano, n. 9, p. 156-181, 2006.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia.* Coimbra: America, 1996.

HESPANHA, António Manuel. *História das Instituições: épocas medieval e moderna.* Coimbra, Almedina, 1982, p. 107.

HOBBSAWN, Eric. Introduction: inventing traditions. In.: **The Invention of Tradition.** (org Eric Hobsbawn and Terence Ranger). Cambridge: Cambridge University Press, 1983, p. 1-14.

HORSTER, Detlef. *Rechtsphilosophie.* Sttütgart: Reclam, 2014.

KANTOROWICZ, Ernst. *Studies in the Glossators.* Cambridge, 1938.

KASER, Max. *Sur la Méthode des Jurisconsultes Romains.* In.: **Romanitas - Revista de Cultura Romana** (Língua, Instituições e Direito). Rio de Janeiro: Livraria Editora Ltda, p. 107-123, 1962.

KOSCHAKER, Paul. *Europa und das römische Recht.* Munich und Berlin: Biederstein Verlag, 1947.

LANDER, Edgardo. *Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos.* In.: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais e perspectivas latino-americanas** (org. Edgardo Lander) Colección Sur Sur, CLACSO, Buenos Aires, p. 8-23, 2005.

LANGLOIS, Charles Victor. *Manuel de bibliographie historique.* Paris: Hachette, 1901.

LAVISSE, Ernest. *Étude sur l'histoire de la Prusse.* Paris: Hachette, 1879.

LEGRAND, Pierre. *Negative Comparative Law: A Strong Progame for Weak Thought.* Oxford: Cambridge, 2022.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory.* Oxford: Clarendon, 1978.

MALDONADO-TORRES, Nelson. *Transdisciplinaridade e decolonialidade.* In: **Revista Sociedade e Estado.** Vol. 31. Num. 1. Janeiro/Abril, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 1924.

MEINECKE, Friedrich. *Die Entstehung des Historismus.* München: R. Oldenbourg, 1936.



- MIGNOLO, Walter. *El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura*. In.: **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. (org. Santiago Castro-Gomez e Ramón Grosfoguel). Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, p. 25-46, 2007.
- MONOD, Gabriel. *Du progrès de études historiques en France*. Paris: Germer Baillière, 1876.
- MORTARI, Vincenzo Piano. *Glossatori* In: **Enciclopedia del Diritto**. (Giunta-Igi). Varese: Giuffrè, v. 19, 1970.
- LANNI, Adriaan. *Law and justice in the courts of classical Athens*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- COHEN, David. *Law, violence and community in classical Athens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- OSBORNE, R. *Greek historical inscriptions, 404-323 b.C.* Oxford: Oxford University Press, 2003.
- OST, François. *Raconter la loi: aux sources de l'imaginaire juridique*. Paris: Odile Jacob, 2004.
- OSTWALD, Martin. *Nomos and the beginnings of the Athenian democracy*. Oxford: Clarendon Press, 1969.
- MACDOWELL, Douglas M. *The Law in classical athens: aspects of greek and roman life*. New York: Cornell University, 1978.
- PARADISI, Bruno. *La diffusione europea del pensiero di Bartolo e le esigenze attuali della sua consenza*. In.: SDHI, n. 26, p. 6 e segs, 1960.;
- PERELMAN, Chaïm. *Traité de l'Argumentation*. Paris : PUF, 1958.
- QUIJANO, Aníbal. *Colonialidad y modernidad/racionalidad*. In.: Perú Indígena, Lima, v. 13, n. 29, p. 11-29, 1991.
- RANK, Franz Leopold von. *Geschichte der romanischen und germanischen Völker von 1494 bis 1514*. Leipzig: Verlag von Duncker und Humblot, 1824.
- RICCOBONO, Salvatore. *Mos italicus e mos gallicus nell'interpretazione del Corpus Iuris*. In.: **Instituto Giuridico della Regia Università**, Torino, p. 47-65, 1937.;
- ROMILLY, Jacqueline de. *La loi dans la pensée grecque: de origines à Aristote*. 2 ed. Paris: Les Belles Lettres, 2002.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Juristische Methodenlehre*. Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm. herausgegeben von Gerhard Wesenberg. Stuttgart: K. F. Koehler, 1951.
- SCHIAVONE, Aldo. *Storia del diritto romano e linee di diritto privato*. Torino: Giuffrè, 2000.
- SCHLÖZER, August Ludwig von. *Vorstellung einer Universalgeschichte*. Göttingen: Johan Christian Dieterich, 1772.
- SCHMITT, Carl. *Der Nomos der Erde im Volkerecht des Jus Publicum Europeum*. 2 auf. Berlin: Dunker und Humblot, 1974.
- SEIGNOBOS, Charles. *Introduction aux études historiques*. Paris: Hachette, 1898.



STOLFI, Emanuele. *Introduzione allo studio dei diritti greci*. Torino: G. Giappichelli, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TEUBNER, Gunther. *Legal irritants: good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences*. In.: **The Modern Law Review**, v. 11, p. 11-32, 1998.

TOULMIN, Stephen. *The Uses of Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

VIEWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz*. München: C. H. Beck, 1953.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito*. In.: **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10., n. 4, p. 2711-2735, 2019.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Das Wesen des Rechts*. München: C. H. Beck, 1997.



The background is a solid black field with abstract, textured splatters. In the top right corner, there is a large, irregular splash of bright blue and cyan. In the bottom left corner, there is a large, irregular splash of bright orange and yellow. The overall effect is that of a dark, textured surface with vibrant, contrasting colors.

SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES

SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES

ALEX VALLE FRANCO

Dr. Jur. Universidad de Bremen-Alemania. Master en Derecho y Master en Sociología. Docente titular del Instituto de Altos Estudios Nacionales y Pontificia Universidad Católica del Ecuador-Quito, ORCID: 0000-0001-9992-9044. E-mail: alex.valle@iaen.edu.ec.

ANA TEREZA DUARTE LIMA DE BARROS

Doutoranda e Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de doutorado da Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco (Facepe). É Pesquisadora do UDATA - Laboratório de Pesquisas Empíricas em Direito (Unicap). É colaboradora da plataforma digital de Comunicação Política "Es de Politólogos" e Membro da rede de cientistas políticas "Red de Politólogas". ORCID: 0000-0001-6362-3692. E-mail: anaterzadlb@gmail.com.

CARLOS FEDERICO DOMÍNGUEZ AVILA

Doctor en Historia, postdoctorado en Ciencia Política, e investigador colaborador de la Universidad de Brasilia (UCB). Colunista de Latinoamérica21. Produtor do Crítica Republicana E-mail: cdominguez_unieuro@yahoo.com.br.

DIEGO NÚÑEZ SANTAMARÍA

Advogado pela *Pontificia Universidad Católica del Ecuador*, Mestre em *Derecho* com menção em Política Jurisdiccional pela *Pontificia Universidad del Perú*. Docente no *Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador*. E-mail: diego.nunez@pucp.pe.

DOUGLAS ZAIDAN

Doutor em Direito pela Universidade de Brasília/UnB e Professor da Universidade Católica do Salvador/UCSal. Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília/UnB, mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE e bacharel pela Universidade Católica de Pernambuco. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8366-9006>. E-mail: douglas.zaidan@pro.ucsal.br.

FERNANDA RAVAZZANO LOPES BAQUEIRO

Pós-doutoranda em Criminal Compliance pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-doutora em Relações Internacionais pela Universitat de Barcelona (Espanha). Doutora e Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBa). Professora do Doutorado e Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania e do Mestrado em Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSal). Professora da pós-graduação lato sensu da UCSal. CERS, Múltipla CEPED-UERJ e da Escola Superior da Advocacia de Minas Gerais (ESA OAB-MG). Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Criminologia Crítica na América Latina: Punitivismo, políticas sociais equivocadas e as violações aos Direitos Humanos". Conselheira estadual da OAB-Ba. ORCID: 0000-0002-2897-8794. E-mail: fernanda@thomasbacellar.adv.br.

GLADSTONE LEONEL DA SILVA JUNIOR

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional e da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-Doutor em Direitos Humanos e Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) com estágio doutoral na Universitat de València (Espanha). Mestre em Direito pela UNESP. Especialista em Sociologia Política pela UFPR. Bacharel em Direito pela UFV. Advogado. Pesquisador e membro do Instituto de Pesquisa, Direitos e



Movimentos Sociais (IPDMS). Membro do Grupo Direito Achado na Rua (UnB) e Coordenador do Crítica Jurídica Contemporânea (UFF). Autor do Livro “O Novo Constitucionalismo Latino-Americano: um estudo sobre a Bolívia” pela Lumen Juris. ORCID: 0000-0003-0069-9221. E-mail: gladstoneleonel@id.uff.br.

GUILHERME ROMAN BORGES

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP. Estágio pós-doutoral em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP e em Teoria do Direito e Direito Comparado na Universidade de Paris I – Panthéon Sorbonne. Estudos de Filosofia Clássica com bolsa anual da CAPES na Faculdade de Filosofia da Universidade de Patras/Grécia. Ex-Pesquisador visitante de Direito Grego e Direito Romano na Biblioteca Universitária de Bolonha e na Biblioteca Comunale dell’Archiginnasio/Itália. Ex-Bolsista no Max Planck de História do Direito de Frankfurt. Mestre em Sociologia do Direito e Bacharel em Direito na UFPR. Professor do Programa de Pós-Graduação s.s. da Universidade Católica de Brasília e da Escola da Magistratura Federal do Paraná. Juiz Federal Substituto. Membro da DECLEN – Decolonizing and Comparing Legal Experiences Network. E-mail: guilherme.borges@p.ucb.br.

GUSTAVO MENON

Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (USAL-Espanha). Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina na Universidade de São Paulo - PROLAM/USP. Graduado e Mestre em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Pesquisador do Núcleo de Estudos de Ideologias e Lutas Sociais (NEILS/PUC-SP) e no Grupo de Trabalho "China e o Mapa do Poder Mundial", do Conselho Latino-americano de Ciências Sociais - CLACSO, Argentina. Docente na Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo (EACH/USP) e professor credenciado no Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina (PROLAM-USP). Também é professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB). ORCID: 0000-0003-1057-027X. E-mail: gustavo.menon@usp.br.

HENRY DURANTE MACHADO

Professor de Pós-Graduação da Faculdade Santa Marcelina. Doutor em Integração da América Latina pelo Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (PROLAM-USP). Mestre em Mudança Social e Participação Política pela Escola de Artes, Ciência e Humanidades da Universidade de São Paulo (EACH-USP). Pesquisador de culturas populares de tradição oral, coordenador do Projeto Acervo das Tradições. E-mail: henrydurante@gmail.com.

HUGO CÁRDENAS VERA

Abogado, analista internacional, y Director de la Corporación Educacional Bernardo Leighton Guzman. Professor Universitário no Chile.

JAIR PINHEIRO

Mestre e Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor e Livre-Docente pela UNESP-Marília. Pesquisador do Núcleo de Estudos de Ideologias e Lutas Sociais – NEILS/PUC-SP. Membro do grupo de Pesquisa Cultura e Política do Mundo do Trabalho – CPMT. ORCID: 0000-0002-5520-4954. E-mail: pinheiroj@uol.com.br.

ISABEL DOS ANJOS

Socióloga, doutora em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, graduanda em Direito; professora substituta da PUC-Minas. E-mail: isabelanjosra@yahoo.com.br.



JOSÉ GERALDO DE SOUZA JÚNIOR

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), ex-decano e Reitor (2008-2012). Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Coordena o projeto O Direito Achado na Rua, com dez volumes editados. É autor de vários livros, dentre eles O Direito como Liberdade: O Direito Achado na Rua e O Direito Achado na Rua: Concepção e prática (coord.). Atuou no processo constituinte brasileiro no ano de 1988, na condição de assessor da universidade e também da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

JOSÉ MÁRIO WANDERLEY GOMES

Doutor em Ciência Política e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professor da disciplina Metodologia da Pesquisa Aplicada ao Direito no PPGD/UNICAP. Professor de Direito Processual Civil na graduação em Direito da UNICAP. Pesquisador Líder do U.DATA - Laboratório de Pesquisas Empíricas em Direito (UNICAP). Tem experiência nas áreas de Direito e Ciência Política, atuando principalmente nos seguintes temas: democracia, controle de constitucionalidade, instituições políticas, judicialização da política, comportamento judicial e acesso à justiça. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4003-856X>. E-mail: jose.gomes@unicap.br.

MAURÍCIO PALMA

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Realiza pós-doutorado junto à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, onde é docente visitante. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5985-5287>. E-mail para contato: mauricio.resende@fgv.br.

PALOMA PITRE

Advogada formada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre pelo Programa de Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (Prolam/USP), tendo estudado o novo constitucionalismo latino-americano e suas repercussões no processo constituinte chileno (2021 – 2022). Atualmente é consultora na União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN). E-mail: palomagpitre@gmail.com.

PRISCILA CANEPARO DOS ANJOS

Doutora em Direito Internacional (PUC-SP). Professora do Programa de Pós-Graduação em Governança, Tecnologia e Inovação (Universidade Católica de Brasília). Professora do Programa de Pós-Graduação do Ambra University. Coordenadora da Clínica de Direito Internacional (UNICURITIBA). Professora dos cursos de Direito e Relações Internacionais (UNICURITIBA). Ex-professora da Universidade Federal do Paraná. Membro e parecerista da Academia Brasileira de Direito Internacional. Delegada da Diplomacia Civil para a Organização Internacional do Comércio (OMC) e para o Conselho Econômico e Social (ONU). Advogada internacionalista. ORCID: 0000-0003-4816-7793. E-mail: priscilacanepero@gmail.com.

TASSIANA MOURA DE OLIVEIRA

Professora de direito público e ciência política no Brasil (Recife). Doutora em ciência política pela Universidade Federal de Pernambuco com período sanduíche na State University of New York at Albany e mestra em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Sua pesquisa foca em instituições políticas, comportamento judicial, direitos sociais e Cortes latino-americanas. Publicou diversos artigos sobre o tema. Hoje, é pesquisadora pós-doutoral do Cebrap (Centro Brasileiro de Análises e Planejamento) e ensina no Departamento de Estudos Latino-americanos da University at Albany (SUNY). ORCID: 0000-0002-7771-8411. E-mail: tassioliveira@gmail.com.



The background is a dark, textured composition. The top right corner features a bright, grainy blue and yellow area. The bottom left corner is dominated by a dense, glowing orange and red particle-like texture. The rest of the background is a deep, solid black.

SOBRE OS ORGANIZADORES

SOBRE OS ORGANIZADORES



GUSTAVO MENON

Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (USAL-Espanha). Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina na Universidade de São Paulo - PROLAM/USP. Graduado e Mestre em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Pesquisador do Núcleo de Estudos de Ideologias e Lutas Sociais (NEILS/PUC-SP) e no Grupo de Trabalho "China e o Mapa do Poder Mundial", do Conselho Latino-americano de Ciências Sociais - CLACSO, Argentina. Docente na Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo (EACH/USP) e professor credenciado no Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina (PROLAM-USP). Também é professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB). ORCID: 0000-0003-1057-027X. E-mail: gustavo.menon@usp.br.

MAURÍCIO PALMA



Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Realiza pós-doutorado junto à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, onde é docente visitante. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5985-5287>. E-mail para contato: mauricio.resende@fgv.br.



DOUGLAS ZAIDAN



Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Salvador/UCSal. Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília/UnB, mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE e bacharel pela Universidade Católica de Pernambuco. Foi bolsista no Programa de doutorado sanduíche da CAPES 2014/2015 (BEX 14818/13- 2) no Departamento de Direito Constitucional da Universitat Pompeu Fabra. É pesquisador do grupo de pesquisa em Política e Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Tem interesse de pesquisa na área do direito constitucional e da sociologia do direito, com enfoque na teoria da constituição, jurisdição constitucional e no funcionamento do sistema de justiça no Brasil. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8366-9006>. E-mail: douglas.zaidan@pro.ucsal.br.



The background is a dark, textured composition. It features a large, irregular shape in the upper right corner with a mottled blue and yellow-green color. In the lower left corner, there is a bright orange and yellow area with a grainy, particle-like texture. The rest of the background is a deep, dark black with subtle variations in tone and texture.

ÍNDICE

ÍNDICE REMISSIVO

- África do Sul, 19, 225, 226
- América Latina, 3, 6, 7, 9, 12, 13, 15, 16, 20, 21, 22, 23, 26, 27, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 68, 69, 70, 88, 104, 109, 118, 119, 121, 127, 129, 131, 134, 150, 151, 153, 155, 168, 213, 216, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 226, 232, 233, 235, 288, 289, 290, 292
- Argentina, 12, 53, 72, 73, 104, 155, 171, 195, 198, 202, 206, 207, 208, 209, 210, 213, 214, 234, 235, 280, 289, 292
- Bolívia, 6, 9, 11, 12, 15, 22, 28, 72, 73, 153, 155, 156, 157, 158, 160, 163, 164, 168, 171, 289
- Brasil, 8, 12, 14, 15, 16, 24, 25, 26, 28, 29, 43, 51, 53, 59, 60, 61, 65, 66, 72, 73, 75, 89, 116, 120, 123, 130, 153, 163, 168, 169, 199, 213, 217, 224, 225, 229, 230, 232, 234, 235, 242, 272, 273, 275, 277, 282, 290, 293
- Chile, 7, 12, 14, 15, 53, 62, 71, 121, 122, 123, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 147, 149, 150, 151, 152, 196, 203, 206, 207, 208, 209, 210, 213, 214, 259, 289
- Colômbia, 12, 22, 93, 134, 149, 202, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 213, 217, 225, 226, 227, 235
- Constitucionalismo, 6, 7, 9, 10, 13, 14, 15, 19, 21, 25, 27, 28, 73, 78, 85, 88, 92, 93, 94, 113, 118, 121, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 153, 158, 159, 163, 164, 167, 168, 217, 219, 225, 231, 290
- Constitucionalismo Latino-americano, 15, 18, 130, 131
- Decolonial, 9, 11, 58, 70, 154, 163, 166, 167, 168, 273, 276, 280, 284, 285
- Democracia, 7, 9, 10, 12, 13, 14, 19, 26, 31, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 101, 102, 120, 127, 131, 133, 144, 145, 148, 149, 150, 153, 157, 158, 159, 163, 171, 216, 217, 222, 235, 239, 240, 241, 261, 273, 290
- Direitos da natureza, 10, 104, 105, 107, 112, 14, 115, 116, 118, 163
- Equador, 6, 9, 10, 14, 15, 22, 72, 73, 104, 105, 109, 111, 114, 116, 130, 156, 157, 163, 168
- Estados Unidos, 14, 54, 56, 58, 61, 72, 106, 94, 104, 106, 138, 155, 156, 215, 225, 226, 233, 276
- Guatemala, 12, 22, 53, 203, 206, 207, 208, 209, 210
- México, 12, 22, 53, 63, 102
- Movimentos sociais, 6, 7, 10, 17, 111, 115, 156, 216, 217, 219, 222, 225, 226, 232, 233, 234, 280
- Paraguai, 20, 22, 168, 209
- Pátria Grande, 14
- Peru, 7, 12, 22, 170, 196, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 213
- Uruguai, 12, 53
- Venezuela, 6, 9, 12, 15, 22, 72, 73, 74, 75, 78, 85, 87, 89, 93, 134, 202, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 213

