

DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA ORIGEM MONOCULTURAL À RELEITURA CRÍTICA EM CONTEXTOS INTERCULTURAIIS

FUNDAMENTAL RIGHTS: FROM MONOCULTURAL ORIGIN TO CRITICAL RE- READING IN INTERCULTURAL CONTEXTS

Débora Ferrazzo¹
Daniel Raizer Fiamoncini²

Resumo: No curso da modernidade, a América Latina assistiu como mera espectadora o processo de construção dos direitos fundamentais, sem intervir de fato na formação de consensos acerca do tema. Entretanto, nos últimos anos, cresceram de modo significativo movimentos de crítica descolonial e movimentos de origem e protagonismo popular, especialmente os indígenas. Da ação conjunta destes movimentos têm emergido novas formas de institucionalidades que avançam sobre as instituições colonizadoras e as reinventam, redefinindo seus conteúdos através de processos mais democráticos e condizentes com a realidade latino-americana. Estes processos têm apresentado pontos controversos, pelo quê, objetiva-se refletir sobre a possibilidade de apropriação de instituições colonizadoras e sua subversão como arma de libertação popular, como vêm ocorrendo com a apropriação dos direitos fundamentais e sua ressignificação através das formas plurais e interculturais de interpretação.

Palavras-chave: direitos fundamentais; críticas descoloniais; interculturalidade.

Abstract: Throughout modern times, Latin America simply watched the construction of the fundamental rights process, without interfering on that matter. However, on the last few years, the decolonial criticism, the origin moment and popular protagonism have grown significantly, specially the indigenous one. From the collective action of these movements it has emerged new forms of institutionalities that comes from the colonizing institutions and reinvent them, redefining their contents through process that are more democratic and befitting with the Latin America reality. Theses process have presented controversial points that intend to show that is possible to take over the colonizing institutions and its subversion as a weapon of popular freedom, as it has occurred with the appropriation of fundamental rights and its reframing through the plural forms and intercultural of interpretation.

Keywords: fundamental rights; decolonial critical; interculturality.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais constituíram debate marginal desde a emergência do juspositivismo, passando a assumir força normativa somente com o processo de

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduado em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau. Professora no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). E-mail: debora@unescc.net.

² Mestrando em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Graduado em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau. Advogado. E-mail: daniel.fiamon@hotmail.com.

constitucionalização do direito, ocorrido nas últimas décadas e que causou profundo impacto na dogmática constitucional. Tanto que pode ser considerado o fator que permitiu o desenvolvimento de uma dogmática constitucional, mas as fontes de tal dogmática são precipuamente associadas às experiências europeias e norte-americanas, com pouca participação ou mesmo ausência de experiências e saberes periféricos.

Paralelamente a este processo, comunidades autóctones do continente seguiram desenvolvendo suas tradições e seus sistemas próprios e descoloniais, que, muitas vezes, chegaram a ser criminalizados, já que sua extinção nunca se fez possível ao longo de todo processo colonizador (um período que se delimita entre o ano de 1492 até os dias atuais).

Nas últimas décadas cresceu de modo significativo o movimento de crítica descolonial, que, de modo mais ou menos organizado, começou a interferir em debates públicos e também a se articular com movimentos de origem e protagonismo popular, especialmente os indígenas. Da ação conjunta destes movimentos – aliás, especialmente da ação destes movimentos – mas também da elaboração teórica de intelectuais engajados em construir um pensamento crítico e criativo desde a realidade latino-americana, têm emergido novas institucionalidades que partem das instituições colonizadoras e as reinventam, redefinindo seus conteúdos através de processos mais democráticos e condizentes com a realidade latino-americana.

Nesse contexto, o pluralismo jurídico assumiu posto no texto constitucional boliviano, após o processo constituinte deflagrado entre 2007 e 2009. Todavia, foi assumido no país, um mínimo inviolável, que nem mesmo a igualdade hierárquica garantida às jurisdições indígenas lhes permitiria vulnerar: as normas constitucionais, em especial, os direitos fundamentais. E este limite tem provocado debates questionadores sobre o real caráter do pluralismo jurídico no país. Aventa-se não ser possível falar em pluralismo numa sociedade em que a Constituição é o limite do direito, o que reconduziria os sistemas, por meio de uma relação de subordinação, ao monismo jurídico. Entretanto, na defesa da possibilidade de coexistência de um genuíno pluralismo jurídico de origem democrática e popular com uma Constituição, podem ser agregados diversos debates descoloniais e especialmente as práticas emancipatórias deflagradas no continente, que partem da reinvenção das instituições colonizadoras para dar-lhes novos sentidos e funções atendendo às aspirações e necessidades do povo.

Objetiva-se, portanto, demonstrar nesse estudo a trajetória monocultural de construção e consolidação dos direitos fundamentais e sua apropriação pelas práticas institucionais e também populares na luta pela distribuição de direitos. Tal intento será desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e documental, consultando além de doutrinas constitucionalistas

ocidentais, teorias críticas descoloniais, em especial latino-americanas, e legislações e sentenças judiciais que indicam a possibilidade de apropriação e subversão dos direitos fundamentais, colocando-os a serviço do povo, assumindo-os como arma de luta e libertação.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA TRAJETÓRIA MONOCULTURAL

Após uma trajetória bastante acidentada, pode-se dizer que os Direitos Fundamentais encontraram lugar nos ordenamentos jurídicos, seja nos sistemas ocidentais hegemônicos, seja nas pautas das instituições e representações políticas contemporâneas. Tal trajetória, entretanto, desenvolve-se em contextos e sobre bases bem definidas, ou seja, os processos políticos e históricos euro-norte-americanos dos últimos séculos com suas respectivas pautas de reivindicação, em especial, aquelas consagradas nas revoluções burguesas dos séculos XVII a XVIII, sendo principalmente essas as suas fontes materiais.

Sobre a origem dos direitos fundamentais, José Afonso da Silva (2012, p. 149-151) sustenta que nas sociedades primitivas, anteriormente ao desenvolvimento do sistema de apropriação privada, a comunhão de interesses era democrática, inexistindo opressão política, social ou econômica. Neste sentido, para o autor, a positivação de conteúdos fundamentais de direito – fenômeno recente – significa a reconquista de algo perdido quando a sociedade se dividiu em proprietários e não-proprietários, embora o próprio Estado, como expõe o autor, tenha se formado como aparato para sustentar as relações de dominação. E neste sentido, os antecedentes remotos dos direitos fundamentais são identificados em conquistas (ainda que limitadas) como o veto do tribuno da plebe enquanto limitação de injustiças promovidas pelos patrícios em Roma ou a lei de Valério Publícola (proibindo penas corporais contra cidadãos) que culminou no *Interdicto Libero Exhibendo* (origem remota do *habeas corpus* moderno). Já na Idade Média, podem ser identificados antecedentes mais diretos das declarações de direitos, como a **doutrina do direito natural** e princípios que se designaram em seu conjunto como **humanismo**.

Na Inglaterra, constam diversos documentos assecuratórios de direitos fundamentais: a *Magna Carta*, de 1215 (assinada em 1215, mas efetivada somente em 1225; ainda que fosse uma carta feudal, dirigida à proteção de barões e dos poucos homens livres, trazia as bases para a ordem jurídica democrática inglesa), a *Petition of Rights*, de 1628³, o *Habeas Corpus*

³ Documento apresentado pelo Parlamento ao monarca, exigindo o reconhecimento de direitos e liberdades aos súditos, direitos que já vinham consagrados na Carta Magna, como o devido processo legal, o que evidenciava o desrespeito do monarca a tal Carta. A aprovação deste documento se deu pela negociação entre o Parlamento, que

[*Amendment*] Act, de 1679 (que reforçava a reivindicação de liberdade e com as emendas posteriores, foi a mais sólida garantia da liberdade individual e limitação do despotismo), e a *Bill of Rights*, de 1688⁴, considerado o mais importante dos precedentes dos direitos fundamentais e que decorreu da Revolução de 1688, onde se afirmava a supremacia do Parlamento, originando a monarquia constitucional). Além destes documentos, as revoluções americana e francesa foram decisivas para a consolidação dos direitos fundamentais. A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia⁵, de 1776, foi a primeira declaração de direitos fundamentais no sentido moderno, e, inspirada nas ideias de Locke, Rousseau e Montesquieu, trazia as bases dos direitos do homem (igualdade, liberdade, soberania popular, separação de poderes, ampla defesa, liberdade de imprensa entre outros). Enquanto os textos ingleses se preocupavam com a limitação do poder do rei, o texto de Virgínia se empenhava no fortalecimento democrático e limitação de poderes (SILVA, 2012, p. 151-154).

No século XVII, começa a povoação da América do Norte pelos colonos ingleses, mas claro, num processo distinto daquele deflagrado nas demais colônias europeias, onde as vicissitudes da metrópole eram exportadas (absolutismo, intolerância religiosa e centralismo burocrático), mas cuja harmonia acaba sendo abalada, no século seguinte, por diversos conflitos decorrentes da tributação e restrição de atividades econômicas. A sucessão de conflitos culminou, em 4 de julho de 1776, na **Declaração de Independência**, cujo principal redator foi Thomas Jefferson. Foi a independência das treze colônias do norte, organizadas inicialmente em Confederação, para posteriormente culminar na República norte-americana, com aprovação, em 1788, da primeira Constituição escrita do mundo moderno, e também símbolo da Revolução Americana (BARROSO, 2010, p. 15-18).

Nota-se que os três principais processos históricos identificados entre os precedentes dos direitos fundamentais e do próprio constitucionalismo (revoluções inglesa, americana e francesa), têm em o comum o fato de serem processos protagonizados pelas classes burguesas em ascensão, cujas aspirações não poderiam ser contempladas nos limites dos antigos regimes políticos e respectivas formações sociais. Mas é possível regressar a bases mais longínquas para discutir a origem dos direitos fundamentais, como, por exemplo, defende Canotilho (1993, p. 501-505) ao identificar a primeira fase de tais direitos na Antiguidade, quando, não obstante predominassem ideias que naturalizavam a escravidão – pensamento de Aristóteles – também

detinha o poder econômico, e o rei, que dependia daquele. O documento pode ser acessado em: <http://www.legislation.gov.uk/aep/Cha1/3/1/contents>.

⁴ O documento pode ser acessado em: <http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/contents>.

⁵ Em 12 de junho de 1776, foi proclamada a *Bill Of Rights* (Declaração de Direitos) (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 12).

surgiram ideias de igualdade natural e humanidade, expressas no pensamento de alguns sofistas, bem como ideias de universalização ou planetarização dos direitos do homem.

E finalmente, a evolução dos direitos fundamentais pode ser descrita através da célebre classificação em gerações, ou dimensões⁶ de direitos, que segundo Paulo Bonavides (2012, p. 580 e ss.) seriam cinco das quais, as três primeiras assumem os postulados da revolução francesa (iluminismo): **Direitos de primeira geração:** liberdade – dominam o século XIX; são os direitos civis e políticos, relativos à fase inaugural do constitucionalismo ocidental. São de titularidade do indivíduo, oponíveis ao Estado. Tais direitos ostentam uma subjetividade, sua principal característica. Assumem *status* negativo, ressaltando uma nítida oposição entre sociedade e Estado. Também são direitos que valorizam o homem singular, de liberdades abstratas. **Direitos de segunda geração:** igualdade – dominam o século XX; são os direitos sociais, culturais, econômicos e direitos coletivos. Também derivam de formulações ideológicas no campo da filosofia e da política, tendo relação com as ideias marxistas e com a socialdemocracia, como a de Weimar. Foram remetidos à esfera programática (já que não tinham as mesmas garantias de efetivação que os direitos de liberdade), num ciclo que Bonavides crê estar perto do fim, em razão de que as constituições, inclusive a brasileira, têm determinado a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. **Direitos de terceira geração:** fraternidade – direitos com altíssimo teor de humanismo e universalidade; cristalizam-se no final do século XX, não visando interesses de um indivíduo específico ou de um grupo dentro de um Estado. Seu destinatário é o gênero humano, relacionando-se a temas como a paz, meio ambiente, patrimônios comuns da humanidade, direito ao desenvolvimento, direito de comunicação. **Direitos de quarta geração:** direitos introduzidos pelo processo de globalização política, que correspondem à última fase de institucionalização do Estado Social. Incluem-se nela o direito à democracia (**direta**), informação ao pluralismo. A democracia direta é atualmente materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, podendo mesmo ser isenta de contaminações da mídia manipuladora. Tais direitos culminam a objetividade dos direitos. Deles virá o futuro da cidadania e a liberdade de todos os povos. **Direitos de quinta geração:** direito à paz. Direito trasladado da terceira para a quinta geração. O direito a paz, é teorizado pelo jurista uruguaio Héctor Gross Espiell como direito complexo por ser de titularidade dos Estados, dos povos, dos indivíduos e da Humanidade.

Finalmente, o estágio atual onde os direitos fundamentais encontram abrigo nas constituições, assumindo força normativa e vinculante no sistema jurídico, é atribuído em

⁶ O autor prefere o termo “dimensão” ao termo “geração” em razão do risco desse ser entendido como sucessão cronológica e negação das etapas anteriores.

grande parte ao Tribunal Constitucional. Segundo Carlos Bernal Pulido (2007, p. XXVII-XXIX), em estudo introdutório apresentado na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, o desenvolvimento da Teoria dos Direitos Fundamentais se dá num contexto de aplicação da Lei Fundamental alemã, por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (TFC). À atuação desta Corte, em grande medida, é atribuído o alto grau de eficácia alcançado pelos direitos fundamentais e seu desenvolvimento dogmático, como se verifica, por exemplo, no princípio da proporcionalidade, que se difundiu por toda a cultura jurídica ocidental.

E não é por acaso que à Corte alemã se atribui tal feito: o marco histórico que evidencia a tomada de consciência acerca da importância de um conteúdo material além da validade formal do sistema de direitos situa-se no pós-guerra, onde os horrores do nazismo confrontaram a humanidade com o perigo de um legalismo acrítico. Segundo Barroso (2010, p. 242), obedecendo normas vigentes, tais regimes autoritários se estabeleceram e promoveram atrocidades e depois, defenderam-se no escudo da lei, sustentando que todos os atos foram realizados em cumprimento de deveres legais, emanados de normas válidas. Foi assim que a experiência da Segunda Guerra tornou insustentável a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos.

As linhas gerais acima expostas, ainda que incorrendo no risco de uma simplificação grosseira ou mesmo negligente, se prestam a demonstrar que a trajetória de construção do conceito e do sentido dos direitos fundamentais é uma trajetória monocultural, cujos protagonistas foram as sociedades europeias e norte-americana⁷, em especial, suas classes proprietárias, que em dado momento histórico, cumpriram papel revolucionário, mas após conquistar o poder político, assumiram postura conservadora frente aos sucessivos avanços sociais. O resultado deste processo, portanto, em termos de direitos fundamentais, reflete as proclamações de direitos humanos, que se pretendem universais, mas partem daquela trajetória monocultural e ainda que incorporando e reproduzindo direitos necessários, privilegia direitos relacionados ao individualismo e liberalismo econômico, próprios do modo capitalista de produção. Não são contempladas, no rol de direitos fundamentais em geral, as pautas de

⁷ Sobre a falta de “pioneirismo” nas constituições latino-americanas, há uma nota importante no âmbito do constitucionalismo contemporâneo que diz respeito à positivação de normas jurídicas referentes não somente aos direitos fundamentais que vinham se consolidando nas declarações, mas também de suas garantias de eficácia, as chamadas **garantias fundamentais**. Neste sentido, José Afonso da Silva (2012, p. 166-167) menciona a obra de Biscaretti di Ruffia, para quem a primeira Constituição a assegurar tal positivação teria sido a Belga de 1831, onde constam os direitos fundamentais dos belgas. O destaque que José Afonso da Silva faz é que, tal autor desconhecia a Constituição Brasileira de 1824, onde se verifica, em seu art. 179, a subjetivação e positivação de direitos e **também garantias** do homem, os quais tomam por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

sociedades periféricas, como as latino-americanas. E as contradições deste acordo vem sendo apontadas pelas teorias críticas, em especial, as descoloniais.

2 CRÍTICAS DESCOLONIAIS E “O DIREITO COMO ARMA DE LIBERTAÇÃO”

Na América Latina e noutras periferias ocidentais, tal como no centro, assumiu hegemonia um direito que, conforme avalia Jesus Antonio de La Torre Rangel, tem suas bases no início da modernidade, culminando num aparato governamental “incontrastável” em razão da centralização político-jurídica, seja na criação, seja na aplicação da legalidade. O pensamento jurídico moderno também se orientou pelas pretensões da ciência moderna quanto aos seus conceitos e métodos. Deste processo de consolidação, emergiu o racionalismo jurídico caracterizado, dentre outros aspectos, pela universalidade e imutabilidade. Independente das características de cada sociedade, o mesmo direito lhes seria aplicável (TORRE RANGEL, 2006, p. 65-66). Tal se observa na reprodução em inúmeras constituições no Ocidente de normas semelhantes ou idênticas, inclusive as denominadas “direitos fundamentais”, inspiradas nas declarações universais de direitos humanos. Mas em seu desenvolvimento histórico, os direitos humanos também coexistiram e mesmo dissimularam práticas desiguais e muitas vezes, intervenções internacionais opressivas.

Para Alejandro Médici, o discurso sobre Direitos Humanos e desenvolvimento opera sob a “regra da diferença colonial”, segundo a qual determinadas premissas, pretensamente universais, não se aplicam às colônias. Sob este fundamento, determinados processos produtivos proibidos nas metrópoles, como, por exemplo, uso de mercúrio pela indústria de extração mineral, são implementados nas colônias sob a égide do desenvolvimento sustentável, do progresso econômico. A ficção do “estado de natureza” tem o propósito de naturalizar as relações emergentes na Europa, como se estas fossem resultado de um desenvolvimento natural e racional daquela sociedade, que culminou na propriedade privada, no individualismo, na liberdade de contrato entre desiguais, no direito positivo. A emergência destas características criou um abismo separando as sociedades civilizadas das selvagens, que eram tidas como atrasadas ou inferiores por não partilharem das mesmas bases sociais. Por isto, aplicam-se a tais grupos regras próprias do trato com selvagens, ou, no melhor dos casos, a missão do homem branco, primeiro de evangelizar, depois de civilizar e finalmente, de desenvolver as zonas dos povos selvagens. Isto inverte os direitos, transformando-os em direitos de conquista, colonização e escravização (MÉDICI, 2012, p. 42-44).

Além das práticas contraditórias, os direitos humanos também foram fortemente atacados pelas teorias descoloniais por difundirem valores não partilhados

indiscriminadamente pelas comunidades periféricas. O próprio conceito de propriedade privada, sacralizado na modernidade, traduz muito bem esta questão, já que nas comunidades autóctones latino-americanas, a propriedade particular era um instituto inexistente, e a base das organizações sociais era precipuamente comunal.

Todavia, os direitos humanos assumem um caráter complexo à medida que podem ser utilizados tanto como estratégia hegemônica (quando globaliza um localismo – caso dos direitos humanos universais e abstratos), quanto, como estratégia contra hegemônica (quando é uma forma de cosmopolitismo subalterno insurgente – quando são reconceitualizados de modo intercultural). Para fundar uma política contra hegemônica de direitos humanos, Boaventura de Sousa Santos propõe então cinco premissas como ponto de partida: superar o debate universalismo *versus* relativismo, por meio da oposição do diálogo intercultural ao primeiro e o desenvolvimento de critério de distinção entre políticas progressistas e conservadoras, ou emancipatórias de regulatórias ao segundo; transformar de modo cosmopolita os direitos humanos, visto que todas as culturas têm concepções acerca do tema, entretanto, nem sempre com as mesmas designações, o que faz relevante identificar preocupações isomórficas; reconhecer a incompletude das culturas e a problematização do conceito de direitos humanos; reconhecer que as culturas não são monolíticas, comportando distintas visões em seu interior e assim, identificar seus círculos de reciprocidade mais amplos; aceitar que as culturas fundam-se em princípios de igualdade e diferença, aprendendo a distinguir a luta por igualdade da luta por reconhecimento igualitário (SANTOS, 2008, p. 441-442; 445-447).

Um baluarte da teoria crítica dos direitos humanos, Joaquín Herrera Flores (2002, p. 13-16), enfrenta o debate propondo uma “visão complexa” ao tema. Para tanto, o autor apresenta três distintas visões sobre os direitos humanos. Duas destas visões (racionalidades e práticas) protagonizam a polêmica no mundo, sendo elas: a **visão abstrata**, com racionalidade jurídico-formal e práticas universalistas, que é vazia de conteúdo e centrada na concepção ocidental de direitos e a **visão localista**⁸, com racionalidade material cultural e práticas particularistas, onde predomina o “próprio”, com respeito ao dos outros, centrado na ideia particular de cultura. Segundo o autor, cada qual tem seus êxitos e limites, sendo que os limites se sobressaem no momento em que cada uma das posições passa a defender seus princípios, tomando as posições divergentes como inferiores, colocando o direito acima da cultura ou o inverso. Assim como o direito não é neutro, a cultura não é algo fechado. Herrera Flores propõe então a **visão complexa** dos direitos, baseada em uma racionalidade de resistência e prática

⁸ Ou multicultural.

intercultural. Para tal visão, o contexto não é um problema, mas tão somente o ponto de partida, é seu conteúdo, pois incorpora diferentes contextos do mundo; supera o problema da aceitação acrítica dos discursos especializados, por parte das visões abstrata e localista, pois aceita a realidade e as múltiplas vozes que a compõe. Quando se adota um “centro” valorativo, como o fazem as visões abstrata e localista, este centro acaba por funcionar como padrão de medida e de exclusão. A visão complexa dos direitos, por sua vez, parte da periferia e ver o mundo a partir da perspectiva da periferia, implica em reconhecer-se como integrantes do conjunto de relações que atam a todos.

Considera-se descolonial a abordagem de Herrera Flores, especialmente por sua contribuição na rejeição a toda forma de subjugar ou negar racionalidades distintas e também porque é uma proposta que se afina com a perspectiva intercultural e pluralista do direito. no mesmo sentido, se pronuncia Wolkmer, condensando a relação entre os direitos humanos e o pluralismo jurídico:

É relevante [...] o processo de redefinir e de consolidar a afirmação de direitos humanos numa perspectiva integral, local e intercultural [...] é na perspectiva paradigmática do Pluralismo Jurídico de tipo comunitário-participativo e com base num diálogo intercultural que se deverá definir e interpretar os marcos de uma nova concepção de direitos humanos (WOLKMER, 2010, p. 46;47).

É que os direitos fundamentais se inserem no marco do monismo jurídico. São portanto definidos em um processo monocultural e mantidos por instituições jurídico-políticas igualmente definidas em processos monoculturais. Neste sentido, Antonio Carlos Wolkmer explica que o monismo jurídico emerge como projeto da modernidade burguês-capitalista, refletindo a formação social burguesa, atendendo às suas necessidades no campo dos modos de produção e moldando-se sob o signo do liberalismo individualista. O núcleo econômico deste liberalismo abrange a propriedade, o mercado e a livre iniciativa e o núcleo político se fundamenta na supremacia constitucional, na separação dos poderes, na representação e no Estado. Deve-se consignar também o núcleo ético-filosófico, que passa pela liberdade, tolerância e individualismo. Sobre estas bases é possível compreender a visão de mundo a ser assegurada pela estrutura político-institucional engendrada na modernidade (WOLKMER, 2001, p. 26-40).

Enquanto Wolkmer identifica e apresenta os principais elementos de contradição da cultura jurídica ocidental, outros teóricos vão se articulando de modo mais ou menos organizado e realizando o mesmo trabalho em distintas áreas. O traço comum que se identifica é o esforço por construir um pensamento genuinamente periférico, partindo das necessidades e especificidades das comunidades que não integram os centros históricos de “irradiação” de

paradigmas da modernidade. Trata-se de uma série de práticas de resistência que integram o que se tem designado por “Sul Global”, sendo que tal denominação transcende a mera percepção geográfica territorial, visto que na contemporaneidade, a dominação social nas suas diversas formas, fica cada vez mais complexa, convocando à luta libertadora não somente os povos oprimidos do “Sul geográfico” latino-americano, mas também outros povos periféricos, e todos aqueles, e todas aquelas que, ainda que vivendo nas “nações do centro”, sentem a angústia das exclusões da modernidade.

Ramon Grosfoguel (2010, p. 455-458) explica o surgimento deste grupo crítico identificado com o Sul Global. Relata o autor que no ano de 1998 reuniram-se o grupo Sul-asiático de Estudos Subalternos e o grupo latino-americano de Estudos Subalternos. O grupo latino-americano apresentava uma preferência por pensadores ocidentais, o que restringia a possibilidade de produzir estudos subalternos. Este grupo desagregou-se, dentre outras causas, pela divergência quanto ao que se considerava **subalterno**: para uns, uma crítica pós-moderna (crítica eurocêntrica ao eurocentrismo) e para outros, uma crítica descolonial (uma crítica ao eurocentrismo a partir de saberes silenciados e subalternizados). O grupo Sul-asiático insere-se no movimento intelectual chamado crítica pós-colonial, constituindo uma crítica da modernidade desde o Sul global. Os debates destes grupos despertaram uma consciência acerca da necessidade de descolonizar não somente os Estudos subalternos, mas também os Estudos pós-coloniais e tal possibilidade estrutura-se sobre três aspectos: a epistemologia descolonial exige um cânone mais amplo que o ocidental, mas incluindo o ocidental de esquerda; a perspectiva descolonial universal deve se construir, não só por abstrações, mas pelo diálogo crítico entre diversos projetos: um mundo pluriversal e não um mundo universal e para descolonizar o conhecimento e levar-se a sério as perspectivas dos pensadores críticos do Sul global, que em sua corporalidade sofrem e traduzem a subalternização. São identificadas, portanto, três tipos de críticas: **crítica pós-colonial**, que vem do Sul global, mas pode ser colonizada; **crítica pós-moderna**, que é feita pelo Norte global, pelo próprio grupo latino-americano de Estudos Subalternos e **crítica descolonial**, que é uma crítica contra o eurocentrismo desde os saberes silenciados.

Assim é que, enquanto diagnóstico da realidade, a crítica descolonial evidencia as principais bases da colonialidade e sua complexa articulação, onde o gênero, a raça e o trabalho se sobrepõem⁹. Perceber esta complexa articulação, desde uma observação e teorização da

⁹ A tese de que junto com a modernidade inicia-se um padrão global de poder, denominado “colonialidade”, é tributada ao peruano Aníbal Quijano. Segundo o autor, a colonialidade estrutura-se sobre três eixos de dominação:

realidade é importante, pois como sustenta Enrique Dussel (1986, p. 211), “O que o filósofo deve saber como é como des-truir os obstáculos que impedem a revelação do outro”. Denunciar as formas de negação do outro constitui uma etapa importante para a expansão da consciência crítica do povo.

E não se trata de uma negação absoluta dos acúmulos da modernidade, sob a justificativa de que serem acordos monoculturais e excludentes, mas a tomada de consciência crítica pode ser o caminho para afirmação de outros valores, conquista de novos direitos, como vêm se dando em certas experiências, como a boliviana de 2008-2009 e a equatoriana de 2008, ambas em seus processos constituintes. Sobre os riscos da negação indiscriminada, alerta Pablo González Casanova:

As contradições do humanismo das grandes potências ocidentais fizeram com que não apenas os filósofos da pós-modernidade mas muitos intelectuais terceiro-mundistas, ou revolucionários, renegassem o humanismo. Todos eles cometeram o erro de renegar o humanismo por este ter servido para justificar ou racionalizar um regime mundial de opressão e de exploração, quando o problema que realmente se coloca é o de um humanismo que venha da humanidade pobre ou empobrecida, e que supere toda versão paternalista, estatista e moralizante para forjar um humanismo político com os de baixo, um humanismo que inclua às quatro quintas partes da humanidade a quinta que agora as oprime e explora (CASANOVA, 1995, p. 171).

Se por um lado os direitos humanos cumpriram historicamente o papel instrumento de colonização de culturas jurídicas diversas, por outro, a consciência crítica do povo pode encontrar mesmo neles caminhos para sua apropriação e subversão, enquanto instrumentos de resistência e luta, confrontando totalidade e exterioridade¹⁰. Aliás, daí se evidencia a necessidade de superação da totalidade, a qual, em termos filosóficos se dá pela afirmação de uma ética da alteridade, pelo reconhecimento da **exterioridade**, que, conforme leciona Celso Ludwig (2010, p. 110), é a contra-imagem da totalidade. É na **exterioridade** que se situa o outro latino-americano. E o caminho para alcançar a exterioridade, é a ética da alteridade. Segundo Wolkmer (2012, p. 220):

gênero, raça e trabalho. O trabalho, no marco da modernidade (e do capitalismo, portanto) tem na sua essência a dominação/exploração.

¹⁰ Celso Ludwig explica o conceito. Para tanto, descreve como a racionalidade ocidental vai conduzindo o plural ao uno, reduzindo a diversidade à mesmidade/unidade, negando e oprimindo, a periferia latino-americana, em cada um dos três paradigmas: totalidade no paradigma do ser: que começa pelos pré-socráticos (Parmênides) que defende que o mundo e ser coincidem e o mundo é visto porque é iluminado pelo ser (o ser, conforme Dussel, é o ser grego, para além do qual está o não ser). Aristóteles e Platão seguem a mesma lógica; totalidade no paradigma da consciência: na modernidade, a totalização se repete, sob outra perspectiva: Descartes impregnou a racionalidade da modernidade com o ego cogito tendo sido precedido pelo ego conquiri (eu conquisto, eu escravizo etc. na leitura crítica de Dussel) e totalidade na razão comunicativa: aqui Ludwig critica a ética do discurso, contrapondo-a à ética da alteridade: as duas se distinguirão porque a comunidade concreta de comunicação sempre terá não participantes afetados, que serão excluídos, vítimas. É um outro, sofrendo efeitos de um consenso do qual não fez parte. A alteridade leva em conta as possibilidades de participação, poder efetivamente participar. (LUDWIG, 2010, p. 102-110).

ética da alteridade é uma ética antropológica da solidariedade, que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe a gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos.

A partir desta prática pedagógica libertadora, o Outro, periférico, que não participou dos consensos que definem as respostas às suas necessidades e aspirações, passa a interferir nas esferas institucionais, questionando e até transformando-as em instrumentos de luta. Inclusive os direitos humanos, ainda que monoculturalmente concebidos, podem ser subvertidos em instrumentos de luta, em especial, se seu conteúdo for determinado a partir de leituras interculturais. Acerca da abordagem intercultural nos direitos humanos, Herrera Flores propõe uma racionalidade de resistência, não negando a possibilidade de se chegar a uma síntese universal, bem como não descartando a virtude das lutas pelo reconhecimento de diferenças, mas sim, negando o universal como ponto de partida, propondo-o como ponto de chegada após o entrecruzamento (e não superposição) de propostas (HERRERA FLORES, 2002, p. 21). O autor propõe então o caminho inverso. Onde a superioridade ou inferioridade de uma das formas de racionalidade não seja presumida e imposta às demais. É uma proposta fortemente relacionada à proposta de diálogo intercultural de Fonet-Betancourt (1994, p. 20 e ss.), que reconhece e respeita genuinamente o valor de todas as culturas e para tanto, o autor propõe que seja assumido como um dos pressupostos básicos a criação de **condições para que os povos falem com voz própria**, ou seja, “deixar que o outro libere sua palavra” e tal pressuposto permitiria a extinção dos hábitos etnocêntricos de pensar e atuar, que bloqueiam a percepção do outro, bem como permitiria encontrar o outro a partir do seu próprio horizonte e não de um ponto de vista externo. Enfim, o Outro latino-americano irromperia a realidade como intérprete e não mais como interpretável. Aí, uma possibilidade de resgate de certas instituições colonizadoras, como o constitucionalismo e os direitos fundamentais.

A subversão do constitucionalismo precisaria implicar, inclusive, na superação do constitucionalismo multicultural, popularizado na América Latina entre os anos de 1987 e 2001, que chegou marcado pelo reconhecimento da diversidade cultural, mas não implicou em uma reforma institucional, bem como não superou a distância entre a realidade formal do Estado nacional homogêneo, e a realidade factual, da multiculturalidade e do pluralismo jurídico. Muitos estados latino-americanos reconhecem a diversidade cultural, todavia, verificar se tal reconhecimento é efetivo requer a análise dos textos constitucionais como um todo. Há alguns fatores que incidem sobre tal efetividade, quais sejam: os direitos reconhecidos constitucionalmente vêm condicionados ao desenvolvimento legislativo; tais direitos não se

relacionam com os demais artigos constitucionais; as possibilidades jurisdicionais e o próprio reconhecimento dos direitos é frágil e, finalmente, constam usualmente “cláusulas de freios” das mais variadas, e às vezes genéricas, como o princípio de não contradição com a lei ou a Constituição, que era justamente o caso da Constituição de 1998 do Equador (WILHELMI, 2008, p. 139-141).

Então, desde os debates críticos descoloniais, verifica-se uma distinção crucial entre multiculturalismo e interculturalidade: primeiro circunscreve-se no limite da totalidade, é um conceito eurocêntrico e não tem o poder de descolonizar a realidade latino-americana; reconhece a diversidade cultural como meio de reafirmar a superioridade de uma cultura específica. Portanto, o multiculturalismo, na prática, não consegue superar a racionalidade monocultural moderna. A segunda é um conceito construído desde a periferia, cujo teor político e filosófico é indissociável da descolonização do ser, do saber e do poder. Trata-se, inclusive, de uma tarefa de democratização real da vida política – o que exige democratizar o sistema de direitos –; as teorias críticas descoloniais são fundamentais, pois apontam problemas e apresentam proposições desde uma perspectiva que contempla as complexas sociedades latino-americanas ao colocar na pauta aspirações que transcendem as típicas da classe trabalhadora, alcançando o povo como um todo. Este processo exige novas formas de interpretar o direito e novas institucionalidades para contemplar o poder político que se forma dos novos consensos populares. Daí decorre, por exemplo, a constitucionalização do pluralismo jurídico, da descolonização enquanto princípio e do próprio Estado Plurinacional, cuja possibilidade efetivação se imbrica com a efetivação de princípios como os aqui citados.

É que o Estado plurinacional é um questionamento ao Estado nacional, que se baseia em elementos como igualdade formal (legal) ou cidadania culturalmente homogênea. O próprio Estado social, ao surgir e reconhecer a diversidade cultural, apresenta questionamentos ao Estado liberal clássico. E o Estado plurinacional, assim como os demais (Estado social e federalismo), não impõe a secessão estatal, mas sim sua transformação estrutural. O Estado multicultural tem certas limitações, ou mesmo contradições, uma vez que subvalora condições de existências dos povos que declara promover. Neste sentido, o Estado intercultural é mais avançado, pois pressupõe características que implicam nesta transformação estrutural, como, ser dialógico, ou seja, fundar-se na comunicação e familiarização com o outro; ser concretizante, ou seja, buscar soluções consistentes e generalizáveis em situações similares, fortalecendo a atividade do intérprete em termos interculturais e interdisciplinares, respeitando as peculiaridades culturais que não ofendam os mínimos éticos e ser garantista. Estas três

características se complementam e implicam-se reciprocamente (GRIJALVA, 2009, p. 117-120).

Tais reivindicações atacam a ideia de soberania única e absoluta do Estado sobre seu território. Abre espaço para o autogoverno e o co-governo. As demandas deste tipo de Estado, com governo assimétrico (de entidades territoriais organizadas sob o marco colonial e outras sob os costumes autóctones), requer o reconhecimento do **pluralismo jurídico**, o que implica na aceitação da existência de diversos sistemas jurídicos de igual valor. Este Estado Plurinacional não emerge como uma fórmula alcançada, mas sim como campo de disputa e o que importa no modelo, é que viabilize a construção de formas plurais de governo, para desestruturar a matriz liberal do sistema político. Tal cenário, requer cinco ordens de transformação: reconhecimento concreto do direito de autodeterminação (sabendo que é do direito ao território e à jurisdição que derivam todos os demais); inclusão com redistribuição (superando o reducionismo que vê nas lutas sociais ou uma questão só de classe, ou uma questão só étnico-cultural); que os direitos coletivos, ao menos, tenham igualdade hierárquica com os individuais; reconhecimento do pluralismo jurídico e redistribuição da propriedade da terra e do território (GARCÉS V., 2009, p. 176-181).

O Estado Plurinacional constitui uma transformação institucional que abre caminho para a superação dos monismos modernos, sem a negação absoluta dos acúmulos ocidentais hegemônicos. Portanto,

[...] é preciso distinguir o Estado-nação do Estado plurinacional ou pluriétnico. No tocante à presença de diversos grupos étnicos e nacionais existentes dentro de sua jurisdição, o Estado-nação é aquele que se configura como encarnação de uma só nacionalidade. Portanto, esse tipo de Estado é conformado a partir de uma cultura, uma economia, um direito e um sistema de valores congruentes com a classe dominante da nacionalidade dominante, enquanto nega a diversidade sociocultural existente no país. Também são considerados Estados-nações aqueles que, apesar de reconhecerem certos direitos e proteção aos diversos grupos étnicos-nacionais existentes em seu território, não consegue transformar a configuração monoétnica do Estado. Na atualidade muitos Estados têm se considerados multiculturalistas, mas isto não os torna necessariamente Estados pluriétnicos ou plurinacionais (SÁNCHEZ, 2009, p. 76-77).

Portanto, a manutenção de institucionalidades oficiais não contraria a marcha descolonizadora, como poderia apontar uma reflexão apressada. Note-se que Jesus Antonio de la Torre Rangel (2006, p. 49-50) identifica uma cultura jurídicista no povo latino-americano¹¹.

¹¹ Jesus Antonio de la Torre Rangel (2010, p. 7-8; 17-18) recorda do direito espanhol na América, o direito das Índias, que era protecionista dos indígenas, ainda que muitas vezes fosse letra morta e objeto de violações. Mas era um direito que tratava desigualmente os desiguais. A tal direito sucedeu o direito moderno, geral e abstrato, impessoal. Este direito vai incidir diretamente sobre as terras, produzindo efeitos desastrosos sobre as comunidades indígenas. E estas comunidades, em suas lutas, recorrerão às memórias ancestrais, desde o reconhecimento de sua propriedade pelos títulos conferidos pela Coroa espanhola no século XVIII. Recorrem a

Segundo o autor, conforme adquire consciência de seus direitos, o povo passa a exigí-los. Tal manejo de direitos, todavia, não se dá em termos estritamente normativistas, mas, muitas vezes, com base nos seus conhecimentos sobre direito e consciência acerca da justiça, esta, decorrente de suas experiências históricas enquanto oprimidos. Assim, transcende a o direito objetivo, articulando-se com base em direitos subjetivos, indo mais além da justiça conservadora. Neste sentido, os direitos humanos e o critério de “justo” são o princípio de uma consciência de luta, um caminho para a busca de melhores condições para a satisfação das necessidades humanas.

Por meio do “uso alternativo do direito”, Jesus Antonio de la Torre Rangel reflete acerca das possibilidades de uso do direito em favor dos pobres. Trata-se de empregar o direito de modo alternativo ao projeto capitalista. Para o autor, embora o Estado e o Direito modernos tenham sido facilmente convertidos pela classe burguesa em sua instância normativa, não é esta a realidade absoluta destes espaços. Segundo a tese marxista, o direito é a superestrutura que reflete a estrutura, como consequência desta, neste caso, o direito não pode ser convertido para uso em favor do povo. Todavia, segundo a tese de Gramsci, estrutura e superestrutura têm uma relação dialética, em que ambas se retroalimentam e formam o “bloco histórico”, já não sendo o direito mero reflexo das relações de produção. Na interação dialética, economia, direito e ideologia se inter-relacionam, de modo que o direito pode ser utilizado politicamente, inclusive em favor dos pobres, por meio de um uso alternativo, já que, na modernidade, não se produz somente direito objetivo para desenvolvimento capitalista, mas também se aplica democracia e direitos humanos e neste espaço, se percebe a contradição entre capitalismo e sua proposta de direitos humanos. Assim, o uso alternativo do direito é um espaço de luta dos pobres em oposição aos estragos do capitalismo. Jesus Antonio de la Torre Rangel defende que a América Latina tem desenvolvido uma **sociologia do direito militante** ao teorizar e sistematizar um uso alternativo do direito, bem como, ao elaborar a crítica jurídica. Esta sociologia entende o fenômeno jurídico como resultado de processos sociais e investiga como as condutas e relações sociais tem relação de causa e efeito com a normatividade e a motivação desta sociologia desenvolvida por juristas latino-americanos está na urgência de transformações sociais e na busca pela satisfação de necessidades humanas (TORRE RANGEL, 2006, p. 58-59; 99-105). Em nova oportunidade, afirma o autor:

um direito que reconhecia a desigualdade entre desiguais, em contraposição a um direito moderno que funda-se na igualdade abstrata. De fato, a história do direito traz alguns exemplos desta cultura jurídicista, como o famoso episódio onde o guarani Sepé Tiaraju confrontado pelos portugueses, e depois também pelos próprios espanhóis, defende seu direito às terras das missões com base na concessão do mesmo pela Coroa espanhola, ou seja, crendo fundar-se na legalidade.

Sustentamos que, apesar de a normatividade objetiva produzida nos Estados expressar a *legalidade da injustiça*, o Direito, a juridicidade, serve também para fazer justiça; e que a busca por essa justiça, implica em processos sociais de libertação (TORRE RANGEL, 2010, p. ix. Grifo no original. Tradução livre dos autores¹²).

Tal sentimento, a convicção na possibilidade de resgate da institucionalidade jurídica como instrumento para realização de direitos motivou foi o fermento da mobilização popular que consolidou na Bolívia, a despeito de muita resistência por parte das elites locais, a nova ordem Constitucional. Nessa nova ordem, pode-se verificar uma apropriação dos direitos fundamentais revelando novas potencialidades: não somente novas categorias são inseridas na ordem constitucional, como também as “velhas” categorias são ressignificadas a luz de princípios descolonizadores e práticas emancipatórias.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA DE 2009

Tanto uma análise pontual quanto uma análise sistemática dos dispositivos constitucionais consolidados no processo constituinte boliviano de 2007-2008 evidenciam que os direitos fundamentais assumem novos sentidos e abrigam novas categorias nessa etapa. Se tais transformações têm potencial genuinamente descolonizador, ainda não se pode afirmar, já que tudo que se analisa e percebe das novas ordens jurídico-políticas latino-americanas integra processos em curso e conclusões ou mesmo impressões dependem de muitas variáveis. De qualquer maneira, nos momentos seguintes serão apresentados alguns pontos específicos da Constituição boliviana que permitem – e agora sim seguramente – afirmar que, ao menos do ponto de vista formal, vigora uma nova institucionalidade no que diz respeito à positivação dos direitos humanos numa ordem constitucional.

Em termos principiológicos, já no primeiro artigo consta a enunciação da forma de Estado que, embora unitário, redefine-se como Plurinacional, em função das diversas nações, povos comunidades originárias que integram aquele território. Além disso, redefine-se também como Estado intercultural e fundado no pluralismo jurídico. E aqui se verificam categorias até então não contempladas na dogmática constitucional ocidental. A livre determinação vem enunciada no artigo seguinte, precedida e justificada pela expressão “dada a existência pré-colonial” e a escolha de palavras não foi vã: um dos pontos orientadores do processo constituinte foi a consciência de que não caberia ao Estado “reconhecer” a existência pré-

¹² Sostenemos que, a pesar de que la normatividad objetiva producida en los Estados expresa la *legalidad de la injusticia*, el Derecho, la juridicidad, sirve también para hacer justicia; y que la búsqueda por esa justicia, implica procesos sociales de liberación.

colonial, visto que essa já contava com milhares de anos quando o Estado moderno foi implantado no continente.

[...] a palavra *reconhecimento* não aparece neste artigo, determinante para interpretação dos direitos dos povos indígenas em todo o texto constitucional. Isto se deve ao fato de que as organizações do Pacto de Unidade, que foram as projetistas deste artigo, compreendiam que o Estado não deveria reconhecer nada. Sendo que a pré-existência dos povos indígenas com relação à Colônia e ao Estado era uma realidade histórica inquestionável, o Estado plurinacional que nasciam deveria garantir os aspectos relativos à livre determinação e suas implicações legais (TAMBURINI, 2013, p. 254. Grifo no original. Tradução livre dos autores¹³).

Ainda em termos de leitura sistemática, importante frisar o artigo 3 que enuncia expressamente “as nações e povos indígenas” e também as comunidades interculturais e afrobolivianas e de modo conexo, no artigo 5, reconhece, além do castelhano, mais trinta e seis idiomas oficiais. Também insere no texto constitucional, artigo 8, “novos” princípios, que, embora estranhos à dogmática positivista, contam com transmissão milenar entre os povos bolivianos, como é o caso do *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (não ser preguiçoso, mentiroso nem ladrão) que prescrevem preceitos morais fundamentais para a comunidade, além do viver bem, vida harmoniosa, vida boa, terra sem mal e caminho ou vida nobre. E finalmente, no artigo 9, dispõe que um dos fundamentos da sociedade que deve ser construída pelo Estado, é a descolonização.

Ao definir o sistema de governo, no artigo 11, a Constituição inaugura ainda um importante direito político, relacionado à extensão do direito de autodeterminação. Trata-se da democracia comunitária e esse direito permite aos povos que elejam, designem ou nomeiem seus representantes por meio de seus procedimentos próprios.

Então, finalmente, no artigo 13 tem início a enumeração de direitos fundamentais e garantias, que vêm divididos nos sete capítulos que integram o Título II da Constituição. O Capítulo I trata das disposições gerais, tal como a determinação de que a interpretação dos direitos e deveres consagrados na Constituição seja feita em conformidade com Tratados internacionais de direitos humanos ratificados no país¹⁴ ou a determinação de que não há hierarquia decorrente da classificação de direitos adotada na Carta ou ainda a determinação de

¹³ [...] la palabra *reconocimiento* no aparece en este artículo determinante para interpretar los derechos de los pueblos indígenas en todo el texto constitucional. Esto se debe a que las organizaciones del Pacto de Unidad, que fueron proyectistas de este artículo, entendían que el Estado no debía reconocer nada. Siendo la preexistencia de los pueblos indígenas a la Colonia y al Estado boliviano una realidad histórica incuestionable, el Estado plurinacional naciente debía garantizar los aspectos relativos a la libre determinación y sus implicancias legales.

¹⁴ Em que pese o debate crítico que se lança sobre os direitos humanos, essa disposição Constitucional também enseja o fortalecimento normativo do Convenio 169 da OIT, o qual, sem dúvidas, foi um importante instrumento de resistência dentro do campo da institucionalidade jurídica.

que o Estado deve garantir aos indivíduos e **às coletividades**¹⁵ as condições de exercício de seus direitos. O Capítulo II enuncia os direitos fundamentais em espécie, mas definidos de modo mais restrito, já que os capítulos seguintes adotam uma classificação e distribuição de outros direitos fundamentais. Dentre os direitos contemplados nesse capítulo, chama atenção uma enunciação singela, mas carregada de sentidos, está no artigo 16, I: “Toda pessoa tem direito à água e à comida”. No artigo 18, define-se o direito à saúde, que, tal como no Brasil, é um sistema único universal e gratuito, mas mais que isso: também é intercultural, pois a Constituição reconhece a medicina ancestral¹⁶. O direito à habitação, constante no artigo 19, deve dignificar não somente a vida individual, mas também a comunitária.

O Capítulo III trata dos direitos civis e dentre esses, reconhece a autoidentificação cultural, no artigo 21, I, além de outros que são, de fato, bem comuns nas enunciações jurídico-formais, como a inviolabilidade de domicílio, o devido processo legal, direito de associação, expressão e outros. O Capítulo V¹⁷ trata de direitos sociais e econômicos, e inclui dentre os direitos fundamentais o direito **das pessoas** ao meio ambiente saudável e equilibrado, no artigo 33, denotando uma orientação antropocêntrica que só será formalmente superada com a edição da Lei n. 71, no ano de 2010, que trata dos “direitos da Mãe Terra” e com a Lei 300, de 2012, que trata do “marco da Mãe Terra e desenvolvimento integral para o viver bem”. Entretanto, mais adiante, no artigo 42, II, incluindo na seção dos direitos à saúde e seguridade social, prevê a promoção da medicina ancestral, contando com registro de medicamentos naturais e de seus princípios ativos, além da **proteção de seu conhecimento**, como patrimônio cultural e também patrimônio das comunidades indígenas. Mais adiante, ainda no mesmo capítulo, mas agora na Seção III, que trata dos direitos ao trabalho e emprego, o artigo 47 dispõe sobre o dever estatal de proteger, fomentar e fortalecer formas comunitárias de produção, o que, naturalmente, deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais, como interculturalidade e descolonização e, portanto, transcenderá as formas comunitárias concebidas no marco do sistema capitalista – notadamente associativas e cooperativas – pois há outras formas comunitárias concebidas na Bolívia que não se orientam pelas necessidades das relações capitalistas de consumo.¹⁸

¹⁵ Superar a orientação individualista do direito positivo é historicamente um grande óbice, mesmo para juristas engajados e comprometidos com lutas do povo. É que o direito positivo opera sob essa lógica individualista e, em geral, a dinâmica do ordenamento torna difícil, burocratizada e, às vezes, impossível a tutela de direitos de coletividades. Nesse sentido, a Constituição boliviana parece ser mais propícia a tal tutela.

¹⁶ Reconhece práticas que muitas vezes, no Brasil, são denominadas “curandeirismo” e criminalizadas nos termos do Código Penal brasileiro, artigo 284.

¹⁷ Propositamente o Capítulo IV será preterido nessa análise, pois trata dos direitos das nações e povos indígenas, sendo, portanto, o mais relevante a luz dos aspectos privilegiados nessa análise.

¹⁸ Por exemplo, muitas comunidades, vivendo de modo coerente com suas cosmovisões, não produzem mais que o necessário para a subsistência, e o fazem coletivamente. É que sua cosmovisão baseia-se na percepção de que o ser humano é parte da natureza e deve viver em harmonia com os demais seres vivos e elementos que integram

Os Capítulos VI e VII tratam respectivamente dos direitos à educação e à comunicação social. No que se refere à educação, esta é definida no artigo 78 como unitária, pública, universal, intra e intercultural¹⁹, portanto, plurilíngue, descolonizadora, dentre outras qualidades. No artigo 84 se inclui o dever de erradicar o analfabetismo, mas tal deve ser procedido sob critérios coerentes com a realidade cultural e linguística da população. Consta também no capítulo da educação, uma seção (III) que trata das “culturas” e reconhece, no artigo 98, a diversidade cultural como “base essencial do Estado Plurinacional Comunitário”, então, sob essa orientação, enuncia no mesmo artigo, inciso II: “O Estado assumirá como fortaleza a existência de culturas indígena-originário-campesinas, depositárias de saberes, conhecimentos, valores espiritualidades e cosmovisões.” E na seção seguinte, ao tratar da ciência, tecnologia e pesquisa, inclui as comunidades indígenas como atores nos processo de pesquisa e inovação científica.

Retornando agora ao Capítulo IV, verificam-se especificamente os direitos fundamentais das “nações e povos indígenas originário campesinos”²⁰. O que não exclui a aplicabilidade dos demais direitos enunciados no contexto das comunidades ancestrais ou interculturais. Então se reconhecem como direitos fundamentais a livre existência, proteção de lugares sagrados, territórios, identificação civil, se assim o desejar, seu saberes e conhecimentos ancestrais, inclusive sua medicina e seus rituais, participação, com suas instituições, das estruturas gerais do Estado (que se busca promover por meio da democracia comunitária), consulta previa antes da exploração de recursos naturais em seus territórios, em como, quando se prevejam processos legislativos ou administrativos que lhes possam afetar, direito à manutenção de seu isolamento ou não contato com sociedade ocidental entre outros. E todos esses direitos são assegurados também, no que lhes corresponder, aos povos afrobolivianos, por força do artigo 32.

Sobre essas bases normativas, a jurisdição constitucional boliviana desenvolveu novas tendências e propostas hermenêuticas, ainda que, em alguns casos, tenha reiterado as lógicas interpretativas próprias da racionalidade monista e liberal-burguesa, definidas por Ferrazzo e Lixa (2017) como “oscilações” que atravessam não apenas a jurisprudência, como também o sistema de direitos (Constituição, legislação infraconstitucional e instituições em geral). Mas

o meio ambiente em seu entorno. Obviamente, é uma percepção de mundo incompatível com a dinâmica de produção capitalista.

¹⁹ A interculturalidade é uma qualidade que se exige expressamente inclusive da educação de nível superior, como se vê nos artigos 91, II e 93, III.

²⁰ Sendo assim consideradas todas as coletividades que compartilhem idioma, tradição entre outros elementos e cuja existência seja anterior à invasão colonial espanhola. Destaca-se que “invasão colonial espanhola” é o conceito empregado no artigo 30 da Constituição.

dentre tais decisões, analisadas pelas autoras, nota-se a utilização da “ponderação intercultural” e, principalmente, da “interpretação plural”, por meio das quais, a Corte Constitucional boliviana legitimou e garantiu a efetividade dos sistemas de direitos indígenas, submetendo os próprios direitos fundamentais a uma interpretação a partir de outras práticas e de outros conteúdos, para além da racionalidade jurídica ocidental hegemônica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estágio atual do desenvolvimento constitucional é bastante polêmico, em função não apenas da originalidade do sistema – e, historicamente, as mudanças e inovações tendem a enfrentar resistência – mas também em função dos avanços e retrocessos que as potencialidades do sistema enfrentam. Dentre as inúmeras questões que essa conjuntura deixa em aberto, buscou-se discutir a questão dos direitos fundamentais e a forma como a mobilização popular se apropriou dessa pauta no último processo constituinte. Então, procurou-se destacar a origem monocultural dos direitos humanos e o caráter colonial que assumem, no sentido de determinar as mais importantes normas dos ordenamentos internos: os direitos fundamentais. Dessa forma, a primeira seção procurou apresentar uma breve síntese da dogmática constitucional, especificamente, a forma como a tende ser lecionada na academia e reproduzida nos tribunais, privilegiando as experiências históricas colonizadoras e dela extraíndo as enunciações e horizontes de sentido para os conteúdos desses direitos.

Nos últimos anos, não apenas o caráter colonizador do direito positivo tem sido questionado, como também se tem explorado teórica e politicamente a possibilidade de apropriação do sistema para sua transformação ou subversão em favor do povo. As críticas descoloniais tem prestigiado lutas populares, ao mesmo tempo em que buscam oferecer um aporte a tais lutas, e nesse sentido, a experiência boliviana tem sido muito significativa, porque no último processo constituinte, a institucionalização de sistemas e pautas jurídicas e políticas foi a estratégia adotada pelos movimentos populares no país para a conquista de direitos. Como resultado, emergiu um sistema de direitos fundado no pluralismo jurídico, na plurinacionalidade, na descolonização, interculturalidade e outros princípios alheios ao conjunto instrumental da dogmática juspositivista.

Nota-se então que certos dispositivos normativos constitucionalizados na nova ordem jurídico-política da Bolívia ultrapassam o desenvolvimento da dogmática ocidental. Além de alguns desses dispositivos se mostrarem inovadores diante da tradição constitucionalista moderna, não somente estes, mas os demais dispositivos eventualmente são apropriados por práticas emancipatórias e se convertem em objetos de uma interpretação intercultural, plural e

descolonizadora as quais redimensionam os sentidos dos direitos humanos, como demonstram precedentes da corte constitucional plurinacional. A tutela e aplicação de direitos fundamentais na Bolívia contam atualmente com precedentes importantes, como inovações no campo jurisdicional, especificamente da hermenêutica constitucional, por meio da “ponderação intercultural” e da “interpretação plural”, que, apesar integrarem um cenário controverso, com avanços e retrocessos, indicam que novos são caminhos possíveis.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2010. xxii, 453 p.

BERNAL PULIDO, Carlos. Estudio Introductorio. *In*: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. pp. XXV-LXXX.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2012. 863 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes (José Joaquim Gomes). **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. 1228 p.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. xvii, 320 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 68, de 22.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012. 928 p.

CASANOVA, Pablo González. **O colonialismo global e a democracia**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

DUSSEL, Enrique. **Método para uma filosofia da libertação: superação analética da dialética hegeliana**. São Paulo: Edições Loyola, 1986. 292 p.

FERRAZZO, Débora; LIXA, Ivone F. M. Pluralismo jurídico e interpretação plural na jurisdição constitucional boliviana. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 08 N. 04, 2017, p. 2629-2657. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/24649/21015> . Acesso em: 9 jan. 2020.

FORNET-BETANCOURT, Raúl. **Questões de método para uma filosofia intercultural a partir da Ibero-América**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1994.

GARCÉS V., Fernando. Os esforços de construção descolonizada de um Estado Plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó. *In*: VERDUM, Ricardo (org.) **Constituição e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: INESC, 2009. pp. 167-192.

GRIJALVA, Augustín. O Estado Plurinacional e intercultural na Constituição Equatoriana de 2008. *In*: VERDUM, Ricardo (org.) **Constituição e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: INESC, 2009. pp. 115-133.

GROSFOGUEL, Ramon. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa. MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: 2010. pp. 455-491.

HERRERA FLORES, Joaquín. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 23, n. 44, p. 9-30. 2002. Disponível em: < <http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921> >. Acesso em: 30 dez. 2014.

LUDWIG, Celso Luiz. **Filosofia e pluralismo**: uma justificação filosófica *transmoderna* ou *descolonial*. *in*: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (orgs.). **Pluralismo jurídico**: novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 99-124.

MÉDICI, Alejandro. **La constitución horizontal**: teoría constitucional y giro decolonial. Aguascalientes/San Luis Potosí/San Cristóbal de Las Casas: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, A.C., Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Educación para las Ciencias en Chiapas, A.C., 2012. 188 p.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade e Modernidade/Racionalidade**. 1992. Disponível em: < <http://www.scribd.com/doc/36091067/Anibal-Quijano-Colonialidade-e-Modernidade-Racionalidade> >. Acesso em: 17 out. 2014.

SÁNCHEZ, Consuelo. Autonomia, Estados Pluriétnicos e Plurinacionais. *In*: VERDUM, Ricardo (org.) **Constituição e Reformas Políticas na América Latina**.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008. 511 p.

TAMBURINI, Leonardo. La jurisdicción indígena y las autonomías indígenas. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (org.). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolívia**. 2 ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. pp. 249-274.

TORRE RANGEL, Jesus Antonio de la. **El derecho como arma de liberación en América Latina**: sociología jurídica y uso alternativo Del derecho. 3 ed. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, 2006. 201 p. Disponível em: < <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/torre.pdf> >. Acesso em 5 jan. 2015.

TORRE RANGEL, Jesus Antonio de la. **Derecho y liberación**: pluralismo jurídico y movimientos sociales. Bolívia, Cochabamba: Editorial Verbo Divino, 2010. 164 p.

WILHELMI, Marco Aparício. Possibilidades e limites do constitucionalismo pluralista. Direitos e sujeitos na constituição equatoriana de 2008. *In*: VERDUM, Ricardo (org.)

Constituição e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: INESC, 2009. pp. 137-150.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Omega. 2001. 403 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico:** um espaço de resistência na construção de direitos humanos. *in:* WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (orgs.). **Pluralismo jurídico:** novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 37-50.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Recebido em: 21/12/2019

Aceito em: 27/03/2020