

RECEBIDO EM: 27/09/2015

APROVADO EM: 27/11/2015

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: PARTICIPAÇÃO POPULAR E AUTONOMIA INDÍGENA COMO EXPRESSÃO DO PLURALISMO JURÍDICO NA COLÔMBIA

NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM: POPULAR PARTICIPATION AND INDIGENOUS AUTONOMY AS LEGAL PLURALISM EXPRESSION IN COLOMBIA

Luiz Rogério da Silva Damasceno

Procurador Federal

Procuradoria Seccional Federal Mossoró-RN - AGU

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Monismo Estatal ao Pluralismo Jurídico Latino-Americano; 2 Ciclos do Novo Constitucionalismo da América Latina; 3 A Constituição Colombiana de 1991: Participação Popular e Jurisdição Autônoma Indígena como Expressão do Pluralismo; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo aborda o Novo Constitucionalismo Latino-Americano como proposta de um novo paradigma da teoria constitucional surgido enquanto contraponto ao modelo constitucional tradicional de matriz europeia ou norte-americana. O texto aborda a questão do pluralismo jurídico a partir da perspectiva da participação popular e da autonomia das comunidades indígenas na Colômbia, analisando os principais aspectos pluralistas da Constituição de 1991 daquele país.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Teoria Constitucional. Mudança de Paradigma. Pluralismo Jurídico. Participação Popular e Autonomia Indígena na Colômbia. Constituição de 1991.

ABSTRACT: This article discusses the New Latin American Constitutionalism as a proposal for a new paradigm of constitutional theory emerged as a counterpoint to the traditional constitutional model of European or North American headquarters. The text addresses the question of legal pluralism from the perspective of popular participation and empowerment of indigenous communities in Colombia, analyzing the main pluralistic aspects of the 1991 Constitution of that country.

KEYWORDS: New Latin American Constitutionalism. Constitutional Theory. Paradigm Shift. Legal Pluralism. Popular Participation and Indigenous Autonomy in Colombia. 1991 Constitution.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar de maneira sucinta as principais características do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, seus ciclos evolutivos e sua repercussão na Constituição colombiana de 1991 através de uma análise voltada primordialmente para os aspectos da participação popular e do reconhecimento dos direitos e da autonomia das comunidades indígenas.

A Constituição de 1991 estabelece que a Colômbia é uma república socialista, democrática, participativa e pluralista (art. 1º), bem como que a soberania reside exclusivamente no povo, do qual decorre todo poder público (art. 3º), dando a entender que reconhece como verdadeiro e único titular do poder constituinte a figura do povo. No entanto, a história política recente desse país revela que esse é uma ideal ainda longe de ser atingido, mas que ganhou um importante instrumento com o advento do novo texto magno.

Dessa forma, com o intuito de mostrar o giro paradigmático provocado pelo influxo pluralista que tomou de conta de várias nações latino-americanas, notadamente na Colômbia, país para onde o presente estudo está dirigido, será analisada a evolução e o desenvolvimento histórico que ocasionou o desgaste do monismo jurídico estatista e a consequente adoção do pluralismo como alternativa mais condizente com os anseios e necessidades da sociedade complexa e contingente da modernidade pós-industrial.

Por fim, será analisada de forma específica a realidade constitucional da Colômbia, abordando alguns aspectos históricos de seu constitucionalismo, perscrutando alguns dispositivos que tratam da participação popular e do reconhecimento dos direitos indígenas, para então verificar de que modo e em que medida a Constituição de 1991 pode ser considerada parte integrante do Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

1 DO MONISMO ESTATAL AO PLURALISMO JURÍDICO LATINO-AMERICANO

O paradigma epistemológico da Modernidade, com sua racionalidade instrumental, impôs aos povos do Ocidente uma forma unidimensional de vida e pensamento. O mundo governado por leis de causa e efeito poderia ser fragmentado e estudado em partes como um relógio pode ser desmanchado e consertado por um relojoeiro. Sendo assim, era possível, através única e exclusivamente da razão, descobrir as leis físicas que regem a vida e os corpos celestes como pretendeu Isaac Newton.

Esse modo de pensar migrou para ciências sociais¹ e, por sua vez, para o campo da Política e do Direito Constitucional, onde o ponto culminante dessa ideologia monista ocorreu com o advento do Estado-Nação e da democracia constitucional representativa de cunho liberal-burguês. No campo do Direito, o advento do Código Civil Napoleônico (1804) representou o momento de apogeu do predomínio do monismo jurídico, onde todos os aspectos da vida em sociedade poderiam ser disciplinados em um único código legal².

Se na Idade Média, a sociedade era plural, com vários centros autônomos de poder e de produção jurídica (clero, monarquias, corporações, senhorios, etc), o advento do Estado Moderno solapou essas formas autênticas de modo de vida, integrando-as ao Estado-Nação ou, simplesmente, eliminando-as quando incompatíveis com o regime estatal. Um só Estado, uma só Nação, um só Direito, era este, podemos assim dizer, o lema do monismo político-jurídico.

Ocorre que com o advento do capitalismo industrial, o modelo monista estatal mostrou-se insuficiente para abarcar toda a complexidade e contingência da sociedade em suas múltiplas faces e vivências. Surge, então, o pluralismo como uma espécie de contraponto ao monismo. As teses pluralistas denunciam o caráter classista das instituições estatais e a sua insuficiência em atender a novas demandas coletivas da sociedade de massa. Acerca da crise do modelo estatista, vale transcrever a lição de Wolkmer³:

Entretanto, esta supremacia representada pelo estatismo jurídico moderno, que funcionou corretamente com sua racionalidade formal, e serviu adequadamente às prioridades institucionais por mais de dois séculos, começa, com a crise do Capitalismo monopolista e a consequente globalização e concentração do capital atual, bem como o colapso da cultura liberal-individualista, a não mais atender o universo complexo dos sistemas organizacionais e dos novos sujeitos sociais.

1 Por exemplo: o positivismo sociológico de Auguste Comte.

2 Segundo Carvalho, como reflexo disso, tem-se que somente o direito estatal, a ciência positiva e a dominação (forma do poder estatal) são reconhecidos de modo oficial, respectivamente, como as únicas e exclusivas formas de direito, saber e poder, sufocando um vasto campo social no qual vivem relações de poder, práticas jurídicas e conhecimentos alternativos. CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: *O pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*/ Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto, Ivone M. Lixa (orgs.), 2. ed. São Paulo: Saraviva, 2013. p. 23.

3 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001. p. 69/70.

Evidencia-se o descompasso de uma estrutura normativista, gerada em função de valores e de interesses, que se sofre incisivas modificações paradigmáticas e não mais retrata os inteiros objetivos das condições presentes.

Dessa forma, a insuficiência do monismo jurídico estatal para regulamentar uma sociedade complexa e, atualmente, a crise da democracia representativa tem servido de mote para fazer surgir e ressurgir formas de pluralismo como meio de questionamento e superação ao modelo normativo estatizante. Nesse sentido, é lição de Wolkmer⁴ quanto aos efeitos decorrentes do desgaste do monismo:

Percebe-se, assim, que a crise do modelo normativo estatizante propicia, gradualmente, amplas possibilidades para o surgimento de orientações “prático-teóricas” insurgentes e paralelas que questionam e superam o positivismo dogmático-positivista representado pela ideologia monista centralizadora.

Em outro texto, mas tratando do mesmo tema (pluralismo jurídico), Wolkmer⁵ esclarece os motivos que levaram à derrocada do monismo:

Diante do declínio das práticas tradicionais de representação política, da escassa eficácia das estruturas judiciais e estatais em responder à pluralidade de demandas e conflitos, do crescente aumento dos bolsões de miséria e das novas relações colonizadoras de países ricos com nações em desenvolvimento, abre-se a discussão sobre a consciente busca de alternativas capazes de desencadear diretrizes, práticas e regulações voltadas para o reconhecimento à diferença (singular e coletiva) de uma vida humana com maior identidade, autonomia e dignidade.

Assim, a insuficiência do monismo propiciou o reaparecimento do pluralismo jurídico como alternativa à falta de legitimidade e ao esgotamento do modelo jurídico estatal. A propósito, é importante demarcar que, por pluralismo jurídico, pode-se entender, juntamente com Wolkmer⁶, como sendo “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-

4 WOLKMER, 2001, op. cit., p. 170.

5 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção dos direitos humanos. In: *O pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*/ Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto, Ivone M. Lixa (orgs.), 2. ed. São Paulo: Saraviva, 2013. p. 41.

6 WOLKMER, 2001, op. cit., p. 219.

político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”.

Por sua vez, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano surge dentro desse contexto de reaparecimento das formas plurais de mundividência, representando um contraponto a nova doutrina econômica instalada com o advento do Capitalismo pós-industrial, o chamado neoliberalismo.

Com efeito, em virtude do advento daquele modelo econômico, várias reformas políticas e econômicas promoveram a livre circulação de capitais, bens e serviços, a desregulamentação da economia e a privatização de recursos naturais nacionais, aumentando os processos de desigualdade e exclusão⁷, propiciando e instalando novas formas de dominação.

Como resposta a esse processo de dominação imposto pelo capitalismo globalizante, vários movimentos sociais e revoltas populares eclodiram na América-Latina contra políticas regidas pela cartilha neoliberal, tais como as privatizações do gás e da água na Bolívia, os acordos militares entre a Colômbia e os Estados Unidos e as medidas de austeridade promovidas pelo governo argentino⁸. Outro exemplo de contraponto às práticas econômicas neoliberais foi o surgimento do movimento indígena no México, com a criação do Exército Zapatista de Libertação Nacional (EZNL).

Tal movimentação política e social levou a diversas nações latino-americanas a promover uma verdadeira refundação do Estado através da promulgação de novas cartas constitucionais que garantissem fundamentalmente uma maior participação popular na gestão dos interesses coletivos e o reconhecimento da diversidade étnica e cultural das comunidades tradicionais. É justamente sob esse binômio (participação popular/pluralismo) que se funda o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. A forma e a gradação da evolução deste movimento serão vistas no tópico seguinte.

2 CICLOS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA

O movimento constitucional na América Latina costuma ser classificado em três ciclos evolutivos de acordo com a menor ou maior

7 BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. *O novo constitucionalismo pluralista Latino-Americano: participação popular e cosmovisões indígenas* (Sumak Kawsay e Pachamama). Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

8 *Ibidem*, p. 52.

quantidade de novidades incluídas por ocasião das ondas renovatórias dos textos constitucionais desse período, notadamente no campo da participação popular⁹ e no reconhecimento da autonomia e pluralismo das comunidades indígenas.

Raquel Farjado¹⁰ entende que esse Novo Constitucionalismo, considerado como tal o movimento constitucional de caráter questionador da monoculturalidade e do colonialismo eurocêntrico, somente teve início na América Latina no final do século passado (1980), constituindo-se essencialmente em três ciclos, os quais analisaremos a seguir.

O primeiro ciclo (1982 a 1988), denominado de “Constitucionalismo Multicultural”, caracteriza-se com a abertura das Constituições para a diversidade cultural e o reconhecimento de várias línguas oficiais. As constituições introduzem o conceito de diversidade cultural, reconhecimento da configuração multicultural e multilíngue da sociedade, o direito à identidade cultural e alguns direitos indígenas específicos. São Exemplos desse ciclo: a Constituição da Guatemala (1985), a da Nicarágua (1987) e a do Brasil¹¹ (1988).

O segundo ciclo (1989 a 2005), denominado “Constitucionalismo Pluricultural”, coincidiu com o advento da *Convenção n.º 169 da OIT*, que teve forte influência na caracterização desse período, ao trazer em seu texto a necessidade de consulta prévia às comunidades indígenas e a inclusão de fórmulas de pluralismo jurídico consistente no reconhecimento das tradições, dos costumes e das autoridades indígenas. As constituições deste período pluralizam as fontes da produção legal do direito e da violência legítima, no entanto estas formas autônomas de pluralismo são exercidas sob forte controle constitucional. São exemplos desse ciclo: as Constituições da Colômbia (1991), México e Paraguai (1992), Peru (1993), Equador (1998) e a da Venezuela (1999).

9 Uma análise mais pormenorizada sob o enfoque da participação popular pode ser vista em Viciano e Dalmau, 2010.

10 Optamos por essa classificação de Raquel Farjado, tendo em vista o enfoque deste trabalho dado à questão da autonomia da jurisdição indígena na Colômbia, no entanto não ignoramos a existência de outras classificações de autores, os quais apresentam divergências acerca da inclusão, ou não, de algumas constituições nesses ciclos, bem como acerca da própria quantidade e nome dos ciclos. FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización GARAVITO, César Roberto (org.). *El Derecho em América Latina*. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 141.

11 Para Viciano e Dalmau, a Constituição brasileira não se insere dentro do Novo Constitucionalismo pelos seguintes motivos: i) a participação de representantes da ditadura militar que macularam a composição do processo constituinte; ii) a ausência de consulta popular para ativação do poder constituinte; iii) ausência de ratificação popular do projeto final da Constituição.

Apesar desse ciclo ter representado um acréscimo significativo na autonomia e no reconhecimento do pluralismo das comunidades indígenas e tradicionais, ocorre, por outro lado, uma limitação desses direitos ao que for estabelecido na Constituição e na Lei, criando, com esta vinculação, uma espécie de “pluralismo jurídico subordinado colonial”¹² ou “cláusulas de freio” como limite dos direitos indígenas¹³. Não há efetivamente um pluralismo, mas uma autonomia “vigiada” pela lei.

Por último, o *terceiro ciclo* (2006-2009), denominado “Constitucionalismo Plurinacional”, representou uma quebra de paradigma em relação a teoria constitucional de matriz europeia e norteamericana – antropocêntrica e centralizadora do poder – ao internalizar os conhecimentos tradicionais e a cosmovisão indígena no processo de formação da Constituição. Os principais exemplos são as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), que buscam a refundação do Estado com base na plurinacionalidade e no protagonismo indígena.

Este terceiro ciclo surge como uma forma de contraponto ao avanço de políticas neoliberais que dominaram a pauta político-econômica da América Latina, notadamente a partir do início da década de 1990. Representou uma proposta de um novo modelo de sociedade, fundada na centralidade da vida e na integração do binômio ser humano/natureza. Como resultado disso, foram positivados nessas constituições o direito à água e à segurança alimentar, além dos direitos indígenas e reconhecimento de sua cosmovisão (Buen vivir e Pachamama).

A Constituição de 1991 da Colômbia é primeira do segundo ciclo de reformas das constituições da América Latina na classificação proposta por Farjado, sendo pioneira no reconhecimento da jurisdição autônoma indígena. Como fruto de amplo movimento de participação popular, a Constituição colombiana tem papel de destaque para o surgimento do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. No tópico seguinte, analisaremos as principais inovações desse texto e em que medida ele contribuiu para o desenvolvimento dessa nova visão constitucional.

12 FARJADO, op. cit. 147.

13 WILHELMI, Marco Aparício. Possibilidades e limites do constitucionalismo pluralista. Direitos e sujeitos da Constituição equatoriana de 2008. VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES, 2009. p. 141.

3 A CONSTITUIÇÃO COLOMBIANA DE 1991: PARTICIPAÇÃO POPULAR E JURISDIÇÃO AUTÔNOMA INDÍGENA COMO EXPRESSÃO DO PLURALISMO

A Colômbia é um país de colonização espanhola e formava, juntamente com a Venezuela, o Equador e o Panamá, o denominado Vice-Reinado de Nova Granada. A independência do jugo espanhol somente viria em 1819 com a Batalha de Boyacá¹⁴ e a separação do Equador e da Venezuela apenas em 1830.

Apesar da independência, pode-se dizer que a colonização continuou de outras formas, principalmente através da manutenção da estrutura jurídica colonial e da tradição monista estatal. Várias tradições e culturas originais dos povos colombianos foram suplantadas com a implantação do modelo político do Estado-Nação.

Até chegar ao atual texto constitucional (1991), a Colômbia teve uma das constituições mais duradouras da história do constitucionalismo mundial, ficando atrás em termos de longevidade apenas para a Constituição americana de 1787. Trata-se da Constituição de 1886 que foi resultante de uma coalizão entre conservadores e liberais moderados, coalizão esta que por meio de sucessivos pactos¹⁵ permitiu essa durabilidade da carta constitucional.

Ocorre que a centenária constituição começou a passar por um déficit de efetividade, mostrando-se obsoleta para enfrentar os novos desafios dos direitos fundamentais e assegurar a paz na Colômbia¹⁶. O distanciamento cada vez maior da vontade popular ensejou o surgimento de movimentos sociais de contestação, dentre eles o de maior destaque foi o movimento estudantil conhecido por “Séptima Papeleta”, através do

14 Boyacá é um dos 32 departamentos da Colômbia e sediou a histórica batalha que recebeu seu nome em 07 de agosto de 1819, quando Simón Bolívar derrotou as tropas espanholas.

15 Segundo Zuluaga Gil, dentre esses pactos vale ressaltar aquele que ficou conhecido por Frente Nacional que vigorou entre 1958 e 1974. A principal característica deste período foi o acordo de igualdade entre conservadores e liberais que se comprometeram em alternar a presidência durante os seus 16 anos de vigência, terminando, assim, uma guerra fratricida pelo poder entre esses partidos. Tal pacto deu mais uma sobrevida à Constituição de 1886. ZULUAGA GIL, Ricardo. *Historia del constitucionalismo en Colombia*. Uma Introducción. Estudios de Derecho -Estud. Derecho, v. LXXI. N° 157, junio 2014. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia.

16 A Colômbia, como se sabe, é um país acometido pela violência, tendo sérios problemas com grupos guerrilheiros paramilitares (v.g. FARC) e com cartéis de narcotraficantes. Para se ter uma ideia da dimensão da violência, no período que antecedeu as eleições gerais de 1990, nada menos que três candidatos à presidência da república foram assassinados.

qual os estudantes pretendiam incluir nas eleições gerais que ocorreriam em março de 1990 uma sétima opção de voto em que o povo solicitaria uma reforma constitucional mediante a convocação de uma Assembleia Constituinte¹⁷.

Por conta disso, a Constituição colombiana de 1991, apesar de não ter sido ratificada pela vontade popular, já que não houve referendo confirmatório, alcançou alto grau de legitimidade em razão do procedimento democrático de ativação do Poder Constituinte. Nesse sentido, Viciano e Dalmau¹⁸:

Aunque, como se ha hecho mención con anterioridad, han podido existir experiencias paralelas em el ámbito regional, parece claro que la primera manifestación constiynte que define um punto y aparte em la evolución constitucional latino-americana fue el proceso constiynte colombiano, que dio fruto a la Constitución Política de Colombia de 1991, donde, aun de una forma imperfecta pero claramente reconocible, aparecen algunos de los rasgos que impregnarán los procesos constituyentes sucesivos: se da comienzo así al que hemos denominado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Existe una diferenciación real de origen, y por lo tanto legitimadora, entre la Constitución colombiana de 1991 y sus precedentes em el mismo país: la activación directa del poder constituyente por el pueblo colombiano, fruto de la necesidad social, aunque sus propulsores fueran, principalmente, docentes y estudiantes universitarios.

Como corolário disso, a Constituição colombiana de 1991 possui vários dispositivos normativos que a insere dentro do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, tanto do ponto de vista da democracia participativa como do pluralismo jurídico indigenista. Vejamos.

O artigo 1º estabelece que a Colômbia é um Estado Social de Direito, organizado na forma de uma República unitária, descentralizada, com autonomia de suas entidades territoriais, democrática, participativa e pluralista, baseada na dignidade da pessoa humana, no trabalho e na solidariedade das pessoas.

17 ZULUAGA GIL, op. cit.

18 VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Los Procesos Constituyentes Latinoamericanos Y El Uevo Paradigma Constitucional Ius. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 25, 2010b. p. 16-17.

No Título II da Constituição, denominado “Das Garantias, direitos e deveres”, estabelece que todas as pessoas nascem livres e são iguais perante a lei, receberão a mesma proteção e tratamento das autoridades e gozarão dos mesmos direitos, liberdades e oportunidades sem nenhuma discriminação por razões de sexo, raça, origem nacional ou familiar, língua, religião, opinião política e filosófica.

Por sua vez, o art. 103 traz uma gama variada de “formas de participação democrática”, prevendo que são mecanismos de participação do povo no exercício de sua soberania, o voto, o plebiscito, o referendo, a consulta popular, os fóruns abertos, a iniciativa legislativa¹⁹ e a revocatória de mandato. Este último, notadamente, com grande repercussão em outras Constituições (v.g. Venezuela, Bolívia e Equador).

Percebe-se que a Constituição colombiana é bastante rica na quantidade de instrumentos de democracia direta insertos no texto constitucional, contudo, segundo Gaviria Diaz (2010b, p. 149-153), estes instrumentos estão praticamente reduzidos ao exercício do voto, ou seja, estão reconhecidos apenas no campo formal, o que acaba levando o país a caminhar rumo ao aumento das desigualdades sociais e da manutenção do *status quo*.

No campo da política partidária, o art. 107 estabelece o direito de todos de organizar, fundar partidos e movimentos políticos, e a liberdade de filiar-se ou retirar-se. Por sua vez, o texto constitucional, demonstrando nítido caráter pluralista e democrático, traz em seu art. 112 uma espécie de código de direitos da oposição, denominado “estatuto da oposição”, segundo o qual os partidos e movimentos políticos que se declarem de oposição ao Governo, poderão exercer livremente a função crítica frente a este, e planejar e desenvolver alternativas políticas, sendo, para tanto, garantidos os seguintes direitos: o acesso a informação e a documentação oficial, o uso dos meios de comunicação social do Estado de acordo com a representação obtida nas eleições imediatamente anteriores para o Congresso, a réplica nos meios de comunicação.

Outro ponto a ser abordado acerca da Constituição colombiana refere-se ao relevante papel destinado à Corte Constitucional na afirmação e implementação dos direitos fundamentais, sendo o principal órgão estatal responsável pela implementação de políticas públicas e proteção de direitos em favor das minorias.

19 Inclusive para efeito de reforma constitucional (art. 375).

A Corte Constitucional tem previsão no art. 239, sendo composta por membros sempre em quantidade ímpar a ser definida em lei e escolhidos pelo Senado, a partir de listas apresentadas pelo Presidente da República, pela Corte Suprema de Justiça e pelo Conselho de Estado. Os magistrados são eleitos para um mandato de oito anos e não podem ser reconduzidos. Tem ampla competência constitucional, da qual se destaca a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos governamentais (*Judicial Review*).

Apesar de no campo formal a Constituição colombiana ter aberto amplo espaço para a participação democrática popular, tem sido o protagonismo judicial da Corte Constitucional Colombiana o grande responsável pela efetivação dos direitos fundamentais e de políticas públicas ao propiciar uma interpretação intercultural dos direitos das minorias e das classes sociais historicamente excluídas²⁰.

Num país governado pelo medo, violência, corrupção e a falência da maior parte dos órgãos governamentais, onde até o direito a paz necessitou ser positivado (art. 22), a Corte Constitucional, apesar de seus limites institucionais e perfil conservador de alguns de seus membros²¹, termina por assumir o papel de protagonista na redução do forte descompasso entre a realidade social e a pretensão normativa constitucional, além de ter que atuar em favor das minorias excluídas.

Esse protagonismo judicial tem sido motivado em grande parte pela crise por que passa o modelo da democracia representativa nos países periféricos, bem como em razão do enfraquecimento dos movimentos sociais de base popular e dos partidos de oposição (Uprimny Yepes, 2015). Esse papel exercido pela Corte colombiana também foi impulsionado pela abertura da legitimidade conferida a qualquer cidadão para acionar a Corte, através de instrumentos processuais como a *acción pública*²² e a *acción de tutela*²³.

20 São exemplos desse esforço hermenêutico para efetivar direitos fundamentais: a descriminalização do uso de drogas (sentença C-221/94), permissão para prática de eutanásia ativa em determinadas circunstâncias (sentença C-239/97) e efetivação do direito à saúde por intermédio do Poder Judiciário.

21 Por outro lado, há várias decisões de perfil conservador na jurisprudência da Corte Constitucional, v.g., exclusão dos casais homossexuais da adoção (C-814/01) e a de que a lei não está obrigada a reconhecer efeitos jurídicos das uniões homossexuais (C-098/98).

22 Qualquer cidadão pode promover ação pública perante a Corte Constitucional, conforme art. 242, 1, da Constituição Colombiana, ativando o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos governamentais.

23 Art. 86. Toda pessoa terá ação de tutela para reclamar perante os juízes, em qualquer tempo e lugar, através de si mesmo ou qualquer pessoa agindo em seu nome, a proteção imediata de seus direitos constitucionais fundamentais, quando estes são violados ou ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública. A proteção consistirá em uma ordem para que, em relação às quais se busca proteção, agir ou abster-se de agir. A decisão, que será de cumprimento imediato, pode ser objeto de recurso para o tribunal competente e, em qualquer caso, ele irá recorrer ao Tribunal Constitucional para a eventual revisão. (Tradução livre).

Neste sentido, abordando o caso específico da Colômbia, Uprimny Yepes (2015) aponta como fatores “dinamizadores” do ativismo judicial no referido país, dentre outros:

Por outro lado, a Colômbia tem uma tradição histórica de movimentos sociais fracos, em comparação com outros países periféricos ou latino-americanos. E não apenas esses movimentos são pouco fortes, como, além disso, nos últimos anos, a violência aumentou consideravelmente os custos e os riscos de seu funcionamento, pois muitos líderes e ativistas foram assassinados. Esses dois fatores – debilidade histórica e riscos crescentes – tendem a fortalecer o protagonismo judicial e, em especial, o da justiça constitucional. Com efeito, se o acesso à justiça constitucional é relativamente fácil, como se explicará mais adiante, é natural que muitos grupos sociais se sintam tentados a preferir o emprego das sutilezas jurídicas, em vez de recorrer à mobilização social e política, que apresenta enorme riscos e custos na Colômbia.

Outro ponto importante a ser analisado na Constituição colombiana é que diz respeito ao reconhecimento dos direitos indígenas. Dada sua importância, foi justamente este aspecto que levou Farjado a incluir a Constituição de 1991 dentro do *segundo ciclo* do Novo Constitucionalismo Pluralista da América Latina.

Desse modo, no art. 7º, o Estado reconhece e protege a diversidade étnica e cultural da nação colombiana. Por sua vez, no art. 10º, estabelece o castelhano como língua oficial, contudo as línguas e os dialetos dos grupos étnicos são também oficiais em seus territórios e que o ensino ministrado nas comunidades com suas próprias tradições linguísticas será bilíngue.

Existe também previsão constitucional de participação de indígenas no senado (art. 171), no mínimo dois senadores, e de minorias étnicas – incluindo os indígenas - e colombianos no exterior na Câmara dos deputados (art. 176), sendo reservadas neste caso no mínimo cinco cadeiras para este seguimento.

A Constituição estabelece ainda a posse coletiva das terras comunais (art. 63) e a participação de representantes das comunidades indígenas no procedimento de estabelecimento (demarcação) de entidades territoriais indígenas (art. 329). Ademais, a exploração de recursos naturais em territórios indígenas deve ocorrer sem prejuízo da integridade cultural, social e econômica das suas comunidades, devendo o Governo incentivar a participação dessas comunidades nas tomadas de decisões acerca dessa exploração (art. 330).

Não obstante todos esses avanços em torno dos direitos indígenas, pode-se dizer que é no reconhecimento da jurisdição autônoma indígena que a Constituição colombiana mostra, de forma mais nítida, sua opção pelo pluralismo. Com efeito, o art. 246 reconhece o direito dos povos indígenas exercer funções jurisdicionais no seu território, de acordo com suas próprias regras e procedimentos, desde que não sejam contrárias à Constituição e às leis do país, sendo função da normatividade infraconstitucional criar formas de coordenação entre a jurisdição especial e o sistema jurídico nacional.

Segundo a organização judiciária da Colômbia, a jurisdição indígena compõe, ao lado dos juízes de paz, as chamadas Jurisdições Especiais, braço autônomo do Poder Judiciário, ao lado e no mesmo plano hierárquico da Jurisdição Ordinária, da Jurisdição Administrativa e do Conselho Superior da Judicatura. Suas decisões estão sujeitas apenas ao controle de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional, que está, nesse tocante, hierarquicamente acima de todas as outras espécies de jurisdição.

A autonomia da jurisdição indígena pode ser percebida também norma infraconstitucional que a regulamenta, qual seja, a Lei 270, de 1996, a qual em seu art. 12 dispõe que:

[...] Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones Jurisdiccionales *únicamente* dentro del *ámbito* de su territorio y

conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las Leyes. Estas últimas establecerán las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas [...]

A autoridade indígena tem autonomia para definir os crimes, a espécie de pena e a respectiva gravidade de acordo com os costumes e tradições locais, contudo vale ressaltar que a Corte Constitucional estabeleceu os seguintes limites para a jurisdição indígena: não pode incluir pena de morte, tortura, escravidão, trato cruel e deve respeitar o devido processo legal (Farjado, 2011, p. 148).

É verdade que essa autonomia encontra limites na própria Constituição e nas leis, estando, portanto, sob o controle e o julgo de instituições com formação monocultural. Apesar disso, não se pode deixar de vislumbrar a importância deste reconhecimento para o diálogo intercultural e para

o autogoverno das comunidades indígenas, promovendo uma abertura do sistema jurídico para a cosmovisão indígena através da hermenêutica e aplicação do direito, principalmente por intermédio da Corte Constitucional.

Por tudo que foi exposto, pode-se concluir que, embora a Constituição colombiana de 1991 apresente inúmeros limites e déficits de efetividade, pode sim ser incluída como parte integrante do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, ao prever mecanismos de ampla participação popular e reconhecer os direitos e a autonomia dos povos indígenas, contribuindo para o desenvolvimento de um pluralismo progressista (Wolkmer, 2011) e para um projeto descolonizador que proporcione maior igualdade e justiça para os povos e nações latino-americanos.

4 CONCLUSÃO

Procurou-se no presente artigo analisar a realidade constitucional da Colômbia à luz do novo paradigma jurídico instaurado com o advento da Constituição republicana de 1991, analisando seus principais aspectos pluralistas decorrentes da previsão de uma maior participação popular e do reconhecimento de direitos e autonomia às comunidades indígenas.

Verificou-se que a crise do monismo jurídico estatista deu-se fundamentalmente em razão da falta de legitimidade e eficácia do direito estatal em reger uma sociedade altamente complexa e contingente surgida em razão da evolução do capitalismo pós-industrial. A crise da democracia representativa e o aparecimento do neoliberalismo com sua doutrina econômica nefasta para a grande maioria da população dos países periféricos também contribuíram para a derrocada do sistema legalista.

Dessa forma, como contraponto ao paradigma monista, surge o pluralismo jurídico de cunho progressista que promove o reaparecimento de formas plurais de mundividência, reconhece a autonomia e a diferença das culturas e tradições locais, permitindo o surgimento de um novo paradigma em termos de teoria constitucional que se convencionou chamar de Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

Por fim, verificou-se que, embora com limites e déficits de efetividade, a Constituição colombiana de 1991 contribuiu de forma substancial para construção desse novo constitucionalismo notadamente em razão da ampliação dos instrumentos de participação popular e do reconhecimento dos direitos e da jurisdição autônoma das comunidades indígenas.

REFERÊNCIAS

- BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. *O novo constitucionalismo pluralista Latino-Americano: participação popular e cosmovisões indígenas* (Sumak Kawsay e Pachamama. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.
- CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: *O pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade/* Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto, Ivone M. Lixa (organizadores.). 2. ed. São Paulo: Saraviva, 2013.
- FAJARDO. Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización GARAVITO, César Roberto (organizadores.). *El Derecho em América Latina*. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-184.
- GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Los derechos económicos y sociales em el nuevo constitucionalismo. In: *Corte Constitucional do Equador para el período de transición El nuevo Constitucionalismo latinoamericano*. 1 ed. Quito, 2010. p. 9-44.
- _____. Construir la democracia em um contexto de amenaza permanente.
- LANG, Mirian, SANTILLANA, Alejandra (organizadores.) *Democracia, Participación y Socialismo: Bolivia, Equador e Venezuela*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg. 2010b. p.149-153.
- VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Corte Constitucional do Equador para el período de transición. El nuevo Constitucionalismo latinoamericano. Quito, 2010. p. 9-44.
- _____. Los Procesos Constituyentes Latinoamericanos Y El Uevo Paradigma Constitucional Ius. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 25, 2010b. p. 7-29
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo; VILLEGAS, Mauricio Garcia. *Corte Constitucional y Emancipación Social em Colombia*. SOUSA SANTOS, Boaventura (organizador.) Emancipacion social y violencia em Colombia, Bogota, Norma, 2004.
- _____. *A Judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos*. Disponível em: http://www.surjournal.org/conteudos/artigos6/port/artigo_yepes.htm. Acesso em: 12 jun. 2015.

ZULUAGA GIL, Ricardo. *Historia del constitucionalismo en Colombia*. Uma Introdução. Estudios de Derecho -Estud. Derecho - v. LXXI. n. 157, junio 2014. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia.

WILHELMI, Marco Aparício. Possibilidades e limites do constitucionalismo pluralista. Direitos e sujeitos da Constituição equatoriana de 2008. VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES, 2009. p. 135-150.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

_____. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção dos direitos humanos. In: *O pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*/ Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto, Ivone M. Lixa (organizadores.), 2. ed. São Paulo: Saraviva, 2013.

