

**TENSÕES E DIREITOS NAS CORTES CONSTITUCIONAIS LATINO-AMERICANAS \****TENSIONS AND RIGHTS IN LATIN AMERICAN CONSTITUTIONAL COURTS*Carlos Frederico Marés de Souza Filho<sup>1</sup>Aníbal Alejandro Rojas Hernández<sup>2</sup>Paula Harumi Kanno<sup>3</sup>

**Resumo:** Este artigo analisa a luta anticolonial da América Latina a partir da discussão constitucional. Nessa discussão se estabeleceu uma clara contradição, de um lado a tentativa de impor normas libertadoras que fossem cumpridas, e de outro, a colonialidade tergiversando as normas e negando-lhe eficácia quando não podiam ser evitadas. Neste sentido, serão tratadas as lutas pelas constituições e as formas para efetivá-la ou negá-la. Para isso foram analisados os antecedentes e os conceitos conflitivos do marco teórico colonial, muito especialmente em relação aos conceitos de liberdade, igualdade e neutralidade da justiça ou segurança jurídica. Essa contradição conceitual aparece claramente nas chamadas Cortes Constitucionais que deveriam aplicar a essência das constituições no que teria de avanço anticolonial. O estudo se limitou às Cortes do Chile, Bolívia, Equador, Colômbia, Brasil e México por necessidade de espaço, mas representam, a seu modo, essa contradição que tem a presença dos povos tradicionais não hegemônicos, das mulheres e da proteção da natureza, com mais intensidade a partir do final do século XX.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo Latino-americano; Cortes Constitucionais; Lutas anticoloniais.

**Abstract:** This article analyzes the anti-colonial struggle in Latin America based on the constitutional discussion. In this discussion, a clear contradiction was established, on the one hand the attempt to impose liberating norms that were complied with, and on the other, coloniality distorting the norms and denying them effectiveness when they could not be avoided. In this sense, the struggles for constitutions and the ways to make or deny them will

---

\* Artigo submetido em 15/06/2021 e aprovado para publicação em 16/11/2021.

<sup>1</sup> Professor Titular de Direito Socioambiental do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUCPR. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6529-6058>.

<sup>2</sup> Advogado. Mestre em Direito Socioambiental. Professor de Sociologia Jurídica da Universidade Nacional da Colômbia. Doutorando em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR e Doutorando em Ciências Sociais e Humanas pela Universidade Nacional da Colômbia. Integrante do CEPEDIS e E-ILUSOS. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3379-1932>.

<sup>3</sup> Mestranda em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Integrante do Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental – CEPEDIS. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1391-1631>.

be addressed. For this, the antecedents and conflicting concepts of the colonial theoretical framework were analyzed, especially in relation to the concepts of freedom, equality and neutrality of justice or legal security. This conceptual contradiction clearly appears in the so-called Constitutional Courts, which should apply the essence of constitutions in what would have to be an anti-colonial advance. The study was limited to the Courts of Chile, Bolivia, Ecuador Colombia, Brazil and Mexico, due to space requirements, but they represent, in their own way, this contradiction that has the presence of non-hegemonic traditional peoples, women and the protection of nature, especially from the end of the 20th century onwards.

**Keywords:** Latin American Constitutionalism; Constitutional Courts; Anti-colonial struggles.

### Antecedentes Introdutórios

As diferenças entre a Europa e as Américas são profundas e tão maiores quando nos aproximamos dos povos e dos modos de vida, produção e reprodução social das gentes que vivem à margem do sistema hegemônico, capitalista e colonial. E por ser colonial, na América Latina hegemônica os conceitos, instituições e modo de produção são reprodução dos modelos das metrópoles e, por isso, desencaixado, radicalizado e inflexível. Como a teoria é importada, não tem fundamento na realidade social e conceitos como liberdade, igualdade, constitucionalismo e neutralidade da justiça ganham cores e formas diferentes, acentuando os preconceitos racistas, machistas e classistas. Os Estados Nacionais, embora copiados das metrópoles, são arremedos de estruturas sociais servis e submissos aos capitais externos e falham na regulamentação e serviço às populações nacionais.

O colonialismo europeu aproximou a África subsaariana e a América Latina em uma irmandade histórica e uma complementaridade estabelecidas pela quantidade de gente sequestrada nos séculos XVI, XVII, XVIII e parte do XIX e removida para os centros de produção colonial americanos. Foram doze milhões de africanos aportados no continente americano e outro tanto de sequestrados que não chegaram ao destino, mortos na travessia. Os povos da América também foram escravizados e mortos. Abolida formalmente a escravidão e o tráfico de escravos, no século XIX, o colonialismo na África e na América Latina tomaram rumos diferentes.

A escravização, por si só, deixa claro que os conceitos de liberdade e igualdade construídos no século XVIII na Europa não poderiam ter o mesmo significado que nas

Américas coloniais e escravocratas. Esta diferença conceitual tem um reflexo profundo na formulação dos Estados Nacionais e suas constituições. O direito geral de liberdade pessoal, por exemplo, expresso nas Constituições, não poderia ter aplicação na América Latina escravocrata. A simples existência da escravidão frustrava qualquer ideia de liberdade nas sociedades colonizadas, mas mesmo sem ela a liberdade estava comprometida pela negação de direitos a povos indígenas e a destruição de organizações sociais independentes. A frustração da liberdade se soma à negação da igualdade e à violência cometida no processo colonizador.

Mas não só as pessoas sofreram a violência. O propósito da colonização de acumulação de riqueza impactou diretamente a natureza local, seja pela extração, à exaustão, de minérios preciosos, seja pela destruição das florestas e prados para a produção de monocultura do açúcar ou outros produtos exóticos que demandavam vastas extensões de terras e a barata mão de obra escrava. Com isso, ao lado da desfiguração social, o colonialismo também desconfigurou a natureza. Para os povos a defesa dos territórios passou a ser fundamental para a resistência, estabelecendo uma ambivalência entre sociedade e terra, ambas invadidas e destruídas. Essa ambivalência foi fundamental não só para os indígenas, mas para todas as gentes que, fugindo ou evitando a escravidão, foram reconstituindo a vida coletiva pelo interior do continente, sempre protegidos pela natureza, gerando consequências jurídicas evidentes.

Durante quatro séculos a resistência dos povos indígenas foi no sentido de impedir o avanço territorial da colonização, tentando manter-se afastada e distante do mundo colonial. A expansão do colonialismo é que sempre promoveu os confrontos, destruições e massacres, mesmo quando já não havia mais a intenção expressa de escravizar, mas somente a de ocupar os territórios. É claro que este processo se transferiu para os não indígenas, como quilombolas e tantos outros tradicionais que foram se formando ao longo da história.

No mundo colonial, por outro lado, sempre houve contradições internas, com lutas para transformações que limitassem os poderes econômicos das metrópoles e isso gerou propostas anticolonialistas, reproduzindo as formas, instituições e ideias centrais das disputas e contradições existentes nas metrópoles. Estas lutas adquiriram vários matizes anticolonialistas e independentistas, nem sempre em apoio aos indígenas e aos outros povos que sobreviviam à margem, mas gerando contradições no sistema.

Estas lutas internas do mundo colonial marcaram, no começo do século XIX, as guerras de independência que, embora variadas, na maior parte das vezes estabeleceram uma aliança entre as elites anticolonialistas e as elites neocolonialistas caracterizadas principalmente pelas

vinculações ao colonialismo inglês. Essas diferenças nem sempre ficavam claras em função da sutileza da diplomacia inglesa que, em geral, utilizava aventureiros e piratas para prestar apoio às guerras de independência e só depois aparecia oficialmente com empréstimos e gentilezas.

Em alguns lugares essa diferença foi clara e ostensiva, como no Paraguai e no Haiti. Era impossível a qualquer pessoa imaginar que a liberdade como direito pudesse conviver com a escravidão e esse foi o pensamento presente em toda a guerra do Haiti. Esse grito de independência e liberdade não agradou nem as velhas nem as novas metrópoles, que se uniram para destruir o país até a última possibilidade de sobrevivência. Não foi diferente no Paraguai. A construção de um mundo não colonial, baseado numa visão comunitária guarani modernizada, rechaçava até mesmo a língua europeia, foi punido com uma guerra de extermínio que, como no Haiti, diminuiu o território e destruiu a possibilidade de desenvolvimento das forças produtivas independentes, comprometendo o futuro do país em impagáveis dívidas. Ambas independências foram essencialmente anticoloniais, libertárias e anticapitalistas no sentido de não se organizarem a partir do mercado e da dependência econômica. Ambas foram destruídas pelas novas metrópoles ainda no século XIX (SOUZA FILHO, 2021).

A utilização dos postulados de liberdade, igualdade e constitucionalismo como império das leis teve acepção libertadora na pena e voz de independentistas anticoloniais, mas era diferente do que a apregoada e imposta na prática pelas novas metrópoles e as elites locais a elas associadas. Os libertadores, com algumas diferenças, entenderam a liberdade em seu sentido amplo antiescravista. Isso se pode observar em Toussaint L’Overture, Miranda, Francia, Simón Bolívar, San Martin, Hidalgo, Morelos e, já avançado século XIX, José Martí. Nenhum deles pode construir com liberdade a nação independente que sonharam porque a liberdade não foi o valor imposto pela nova colonialidade estabelecida. Todos foram afastados do poder ou nunca o assumiram, com exceção de Francia, no Paraguai.

## 1. A liberdade necessária

A modernidade reinventou a liberdade no século XVIII. Mas essa liberdade europeia, que resultou em profundas e sangrentas transformações sociais, teve um sentido individualista e se refletiu com grande intensidade nas artes, nas festas e na opulência, era necessário gastar

a riqueza acumulada, apropriada, roubada de outras partes do mundo, era o terceiro século de colonialismo europeu. O ouro sangrado da América, as mercadorias a que foram transformados o açúcar e outras especiarias, as terras férteis e gratuitas e a mão de obra escravizada já tinham gerado uma tremenda acumulação de riquezas não necessariamente nas mãos dos reis. Era necessário liberar as amarras do velho regime, e a liberdade se inventou. A liberdade, assim, passou a ser um atributo burguês, elegante, extravagante, liberdade que significava livre disposição de bens, como atributo da propriedade (SOUZA FILHO, 2011).

No precioso e belo livro de Jean Starobinski (1994) “A invenção da liberdade” fica claro não só o que era essa riqueza acumulada na Europa, como em mãos de quem estava. As velhas amarras da nobreza precisavam ser quebradas para libertar quem já era livre, se tratava apenas de diminuir privilégios e permitir o livre pensar. Nada mais distante do que a liberdade negada na América Latina. No escravismo colonial (GORENDER, 2016) latino-americano a liberdade tinha um sentido muito prático e dizia respeito à vida das pessoas. Ao contrário da Europa, a liberdade nas Américas era exercida em comunidades, isto é, no mundo coletivo não colonial, seja nas aldeias de povos indígenas, seja nos recantos escondidos dos resistentes negros da escravidão. A reivindicação da liberdade nas Américas não era o direito de usar a riqueza acumulada, servida em baixelas de prata entre cortinas aveludadas, era tão somente ter direito ao produto de seu próprio esforço, ter direito à vida, rir, chorar e cantar entre os seus. Por isso San Martin dizia de seus soldados que os mais aguerridos, disciplinados e valentes eram os negros, porque tinham a exata noção do sentido da palavra liberdade pela qual lutavam (LYNCH, 2009).

A liberdade artística, poética, de pensamento e religiosidade de que fala Starobinski já era presente nas Américas escondidas do colonialismo, exercidas nas aldeias e senzalas. Não era aquela a liberdade pela qual lutavam os povos, nem os escravizados e libertários do mundo colonial, mas a liberdade simples de escolher a direção que dariam a seus passos e até o direito de comer menos e amar mais.

A liberdade era o maior valor da guerra de independência do Haiti. Qualquer acordo que o exército negro de Toussaint fosse fazer tinha como premissa a negação da escravidão. Quando a Inglaterra propôs aliança contra a França, o Haiti exigiu que antes libertasse todos os escravos de suas colônias e promulgasse uma lei contra qualquer escravismo ou tráfico de escravos. Não houve acordo e o exército livre teve que se bater contra ingleses, franceses e espanhóis (JAMES, 2013). Foi no Haiti, também, que Simón Bolívar aprendeu que a

independência anticolonial tinha que ser necessariamente antiescravocrata. O Haiti independente ajudou a financiar a campanha de Bolívar e lhe ofereceu retaguarda efetiva desde que, é claro, o fim da escravidão estivesse nos programas revolucionários. Isso explica o conteúdo antiescravocrata do pronunciamento de Bolívar na instauração da constituinte de Angustura (BOLÍVAR, 2007). Também explica em grande medida a contradição dele com a chamada elite crioula do norte da América do Sul que o impediu de assumir qualquer governo e somente o cultuou após a morte.

A liberdade, portanto, na América Latina é mais do que uma consigna de direitos individuais, é um princípio contra a opressão. Todas as lutas de 150 anos ou mais, que ocorreram na Bolívia antes da Revolução de 1952, tiveram a marca da liberdade. Mas não de uma liberdade formal, inscrita e esquecida em algum artigo da Constituição e regulamentada no Código Civil como expressão do direito individual de propriedade e do contrato, a liberdade de usufruir a riqueza acumulada. A liberdade para estas lutas significava a possibilidade de existir segundo sua cultura e decidir seu futuro coletiva e efetivamente. A liberdade coletiva do povo foi a base da chamada insurreição de Tapac Katari, nos idos de 1780, que ocupou La Paz (LEWIN, 1967).

O conceito de liberdade, ainda que a palavra tenha uma forte conotação moderna e europeia, sempre foi sentida como antiescravagista e pelo direito dos povos de se formarem segundo suas culturas, tradições e história. Por isso foi possível a união, que só veio se concretizar no século XX, entre os povos indígenas, quilombolas e outros tradicionais, todos foram colonizados e tolhidos em sua liberdade, todos se uniram pela liberdade anticolonial.

O caso mais emblemático desta disfunção do conceito de liberdade provavelmente é o brasileiro, um dos países mais agressivamente escravocrata. A Constituição outorgada de 1824, que constitui o estado brasileiro independente, consagrava a liberdade como direito de todos e omitia a existência da escravidão. Mas se a liberdade é um direito de todos os cidadãos, ninguém pode ser escravizado, corolário natural do postulado. Coube, então, ao jurista Perdigão Malheiro explicar juridicamente essa contradição. Argumentava ele que quem era escravo não era cidadão, portanto não se enquadrava no “todos” da Constituição (MALHEIROS, 1866). Afirmava que a liberdade só é direito de quem for livre. Em outras palavras, limitava a liberdade a um direito individual ao que for livre, de tal forma que o direito é de não perder a liberdade. Nesta liberdade não estavam incluídos nem os que se mantinham escravizados, nem os indígenas. Em relação aos escravizados, diz o autor: “Desde que o homem

é reduzido à condição de cousa, sujeito ao poder e domínio ou propriedade de um outro, é havido por morto, privado de todos os direitos..." (MALHEIROS, 1866, p. 2). Apesar dessa afirmação, era reconhecido o direito dos mantidos sob escravidão a um pecúlio, isto é, à propriedade, que estava garantida na mesma norma constitucional. Esta peculiaridade dá bem a dimensão da diferença entre a liberdade, objeto da luta anticolonial e a liberdade moderna e colonial, visivelmente inferior ao direito de propriedade instituído nas constituições das metrópoles e copiado pelos países da América Latina em suas independências. A pessoa objeto do direito de propriedade não pode ser livre.

Continua a existir juristas como Perdigão Malheiros, prontos a interpretar normas, princípios e garantias contra trabalhadores, indígenas, escravizados, mulheres sem se importar com as consequências da análise para a vida de cada um, como se as normas existissem por conta própria, sem relação direta com o sofrimento, com a injustiça ou com a liberdade material.

## 2. Igualdade e racismo

As constituições nascidas pela inspiração francesa e lidas em espanhol pela Constituição de Cádis de 1812 arrolam como direitos a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. O conceito de igualdade para os países europeus constituídos na revolução industrial e saídos do processo de acumulação de riquezas colonial, é fundamentalmente associado à negação de diferenças de condição. Quer dizer, o que importava era que na aquisição, manutenção e livre disposição da propriedade não houvesse diferenças entre nobres e plebeus. Igualdade, nesta perspectiva, quer dizer partes iguais, iguais direitos no contrato. Os burgueses não desejavam necessariamente ser nobres, apenas proprietários absolutos de seus bens e negociar com os nobres sem diferenças. Voltaire (1978) afirmava no dicionário filosófico que nem todos serão ricos, mas todos serão felizes porque terão direito de adquirir propriedade e mantê-la.

Nas Américas escravocratas não era só a condição que estabelecia a desigualdade. Para que a existência da escravidão fosse aceita e para que a matança e extinção dos povos indígenas não ferisse os princípios éticos da modernidade, foi essencial a invenção do racismo, da supremacia europeia e, portanto, da inferioridade dos povos africanos e americanos

(QUIJANO, 2011). A igualdade não era apenas por uma questão contratual, era, e ainda é, a diminuição, o ocultamento, a anulação do outro, um cancro social que marca todas as instituições, não é um direito associado à propriedade, mas uma distorção social que funciona como marca colonial. O racismo não é superado pela liberdade contratual e o fim formal da escravidão não o redime. Ao contrário, as sociedades modernas continuaram racistas não por necessidade de escravizar mão de obra, mas para manutenção de uma cultura de exploração, seja das terras dos povos, seja pela máxima exploração da mão de obra contratada. O racismo na América Latina e na África causa danos muito maiores que as diferenças de condição da Europa.

Essa grave distorção social foi de tal forma naturalizada que persiste apesar de mais de duzentos anos de igualdade contratual e muito mais de cem do fim da escravidão. Como a desigualdade na América Latina tem uma raiz no racismo é ainda mais difícil de superar do que a desigualdade estabelecida pela modernidade às mulheres. Ambos, o racismo e o sexism, dão às sociedades coloniais modernas, uma dimensão conceitual muita diversa do que seja igualdade constitucional estabelecida desde o final do século XVIII.

O racismo cruza os textos constitucionais e encobre conceitos e direitos formando uma espécie de couraça nas interpretações e aplicação das leis, revelando aos dois outros direitos, segurança e propriedade, uma radicalidade especial. De fato, ao ser corroída pelo racismo, a segurança é transformada em repressão contra os oprimidos e a propriedade absoluta é radicalizada para afastar o acesso dos “inferiores”. Assim, para ter acesso à propriedade, as vítimas do racismo devem utilizar máscaras que omitam sua origem. Na interpretação do direito à segurança fica entendido que a palavra do Estado, através de seus atos formais, vale mais do que a realidade ou necessidade de povos em relação a seus territórios. E porque a contradição da nova colonialidade, que repete a velha, é a usurpação de terras de gentes racialmente inferiores, o direito de propriedade da terra passa a ser o valor absoluto de todo o direito civil e o contrato a quase única condição de sua legitimidade. A partir do contrato a igualdade ficou estabelecida e, portanto, a segurança e a propriedade são mantidas pela força do Estado constituído, em prejuízo dos não iguais.

Os povos que vivem na terra, com a terra e da terra, que aprenderam seus segredos e convivem com os demais seres do ecossistema, não têm contratos formais com as plantas, nem com os animais, nem com as pedras, rios ou montanhas. Como não têm contratos e a pele revela origens tropicais, o sistema colonial os afasta dos direitos à liberdade, a igualdade, a segurança,

e, corolário lógico, à propriedade. Este é o arranjo colonial que, baseado no racismo, desvirtua e descaracteriza os direitos que a modernidade tão detalhada e orgulhosamente construiu. O segredo do sistema é não reconhecer direitos coletivos, então não existe nem liberdade, nem igualdade, nem propriedade coletiva, e os coletivos, povos, comunidades e organizações sociais, se o desejarem, podem adquirir individualmente direitos, para isso, porém, têm que deixar de ser coletivos (SOUZA FILHO, 1989, p. 71 e seg.).

A luta anticolonial da América Latina se assenta em conceito de liberdade e igualdade muito diferentes do moderno e juridicamente normatizado pelas constituições e códigos civis europeus. A abolição formal da escravidão no final do século XIX não alterou a necessidade da luta pela liberdade ou, dito de outra forma, a falta absoluta da liberdade imposta pelo escravismo não foi superada pela abolição do trabalho escravizado, a estrutura do Estado, marcado pelo racismo estrutural continuou negando liberdade a quem não se parecesse com a classe hegemônica dominante. O aparato repressor do Estado, desde o guarda da esquina até as penitenciárias, revela essa permanente e estrutural falta de liberdade e de igualdade (MOURA, 2014). A relação entre igualdade, liberdade e racismo se manifesta também na ascensão e conquista dos movimentos de mulheres. O final do século XX é marcado por um persistente avanço das mulheres em funções e cargos assim como no ingresso nas universidades, mas não da mulher negra, as tentativas de quebras do machismo estrutural não acompanham a quebra do racismo estrutural (GONZALEZ, 2020, p. 158-172).

A lei genérica não abrange povos, negros, coletivos e mulheres. Por isso a insistência em fazer consignar, escrever na lei, que os direitos devem ser reconhecidos embora pareçam óbvios. Mas não é assim na interpretação. Quando se escreveu todos são livres se interpretou que só alguns, quando se dispôs que o voto seria universal, as mulheres foram excluídas, quando se estabeleceu que os indígenas tinham direito à sua organização social e ao território, surgiram interpretações de que o direito dependia de quando seria exercido e assim sucessivamente.

### **3. Constitucionalismo e neutralidade da justiça**

Embora a ideia de organizar a sociedade por meio de um Estado que garantisse a liberdade, igualdade e propriedade tivesse raízes no início da modernidade, foi só no final do século XVIII, começo do XIX, que o constitucionalismo se configurou como ideia de

organização do aparelho do Estado e de garantia de direitos através de uma lei básica, hierarquicamente superior a todas outras. Esse constitucionalismo liberal tinha como fundamento a cidadania de todos os membros da sociedade, com leis iguais para todos. É bem verdade que nos seus inícios a participação na administração do Estado não era matéria de interesse a quem não tivesse patrimônio suficiente a defender com o direito de propriedade e nem às mulheres protegidas por seus pais ou maridos.

A partir da Constituição o edifício jurídico haveria de ser construído com códigos civis, penais e comerciais que pudessem prover as relações civis e a ação punitiva do Estado. O edifício seria completo com um sistema de Justiça em que funcionários decidessem as controvérsias e a punibilidade de infratores às regras do sistema. Como os direitos estatuídos eram individuais, as controvérsias também seriam individuais e a neutralidade dos juízes deveria impedir que se preocupassem com as consequências sociais das decisões.

A ideia do século XIX de que o juiz neutro deve apenas conhecer os documentos e aplicar as leis em vigência servia à Europa e à burguesia, ficavam abstraídas as injustiças, pois se o contrato fosse legítimo, legítima seria a relação, independente da injustiça de origem. Nem ética, nem mazelas sociais seriam analisadas. A legitimidade do contrato se verifica no acordo com as leis vigentes. Na sociedade escravocrata os contratos de compra e venda de gente não são éticos nem suportam uma análise de legitimidade de origem. A ilegitimidade do contrato de compra e venda, que transferiu a propriedade do servo de um senhor a outro, exige a análise da origem e na origem está um sequestro. Sobre o objeto humano não poderia recair um direito de propriedade. Isto significa que na sociedade escravocrata a neutralidade do Estado juiz é falaciosa, existe apenas como garantidor da injustiça.

Os relatos, crônicas e desabafos de Luiz Gama não deixam dúvidas sobre a ausência de neutralidade do Estado (GAMA, 2020) e de seu aparato de justiça. Já naquele tempo, Luiz Gama, que faleceu seis anos antes da abolição e dedicou sua vida a retirar pessoas da condição de escravizadas, reconhecia a importância de ter leis que garantissem direitos de liberdade e a imensa dificuldade de fazê-las cumprir. Das lições do grande advogado negro se pode apreender não apenas a injustiça da escravidão, que é tema óbvio, mas como era necessário utilizar o Direito e as leis para minimizar a Estado colonial. Algumas vezes, como advogado, teve que defender seus clientes os acusando de crimes porque a condição de condenado era menos penosa e degradante do que a de escravizado. Conta, então, que os juízes se negavam a condenar para não libertar. Eis o conceito de liberdade.

Exatamente por isso, Simon Bolívar dizia que a Constituição libertadora tinha não somente que afastar o colonialismo criando um estado independente, mas afastar também as elites locais associadas (BOLÍVAR, 2007). O constitucionalismo latino-americano, embora de matriz europeia, tinha um conteúdo anticolonial. É certo, porém, que apesar de Bolívar, acabou predominando nas Américas as distorções do colonialismo porque os libertadores foram impedidos de chegar ao poder na Grã-Colômbia, Argentina, Uruguai e Bolívia, ou destruídos por guerras injustas, como no Paraguai e Haiti. As raízes do direito anticolonial estavam implantadas e a ideia de uma constituição que de fato e de direito regesse a vida nacional aparecia com frequência no discurso constitucional e na esperança dos movimentos sociais e revolucionários (SOUZA FILHO, 2021).

Duas ideias centrais presentes desde os libertadores marcam as lutas de independência do avançado século XIX no Caribe. A primeira é inscrever nas constituições como deve ser organizada a sociedade, não de uma forma geral, mas claramente, descriptivamente como finalmente ocorreu na Constituição Mexicana de 1917 e a segunda é de fazer valer as constituições pelo que dizem e não pelo que interpreta o saber jurídico estruturalmente racista, cego diante das desigualdades e ideologicamente distante das reclamações e apelos de liberdades coletivas. Desde o Haiti, essas duas ideias, escrever e cumprir o escrito, estiveram presentes nas lutas dos movimentos sociais latino-americanos.

As lutas pela independência de Cuba, a última das grandes independências do século XIX, deixa pelo menos dois grandes legados, uma substancial teoria revolucionária latino-americana cujo principal expoente é José Martí e formulações de uma teoria constitucional pela insistência em organizar uma Constituição para garantir a independência (LÓPEZ CIVEIRA, 2020). A breve Constituição de Guáimaro de 1869, em plena guerra de independência, apesar de apenas 29 artigos, disponha que todos os habitantes da República eram inteiramente livres. À liberdade correspondia uma igualdade, o artigo 26 negava dignidades, honras especiais ou qualquer privilégio. Nessa lógica o exército libertador conquistou primeiro a abolição da escravatura, em 1886 e apenas 12 anos depois a independência, 1898 (GUERRA VILABOY, 2012).

As constituições da América Latina são fruto dessa surda luta anticolonial, mas a colonialidade tem conseguido ao longo destes 200 anos recuperar os espaços perdidos com violência militar, imposições institucionais, recriações de sistemas, criminalização de movimentos sociais, no exercício dos poderes de estado, o executivo que não cumpre as leis, o

legislativo faz leis diminuindo ou descartando direitos e o judiciário usa a mão pesada da criminalização ou interpretações que favorecem o direito colonial.

#### **4. A força normativa das constituições**

Desde a Constituição do Haiti, passando pelas bolivarianas, mambisas, mexicana até as do século XXI, a vontade dos povos foi de que, escritas, as constituições fossem cumpridas, tivessem força de lei e impusessem aos dirigentes o caminho a seguir. Essa tem sido a permanente disputa em torno das constituições. As elites pro coloniais sempre pensaram na constituição como um roteiro distante, discurso de futuro possível e sempre postergado. Foi assim que Santander governou com a Constituição pensada por Bolívar, que as mulheres demoraram 20 anos para ter direito a voto no México, que apesar da constituição de 1938 e da regulamentação da reforma agrária em 1952 os povos e camponeses não conseguiram concretizar seus direitos na Bolívia e que Fulgêncio Batista se manteve no poder servil ao EEUU por 19 anos mantendo a avançada Constituição Cubana de 1940.

A conferência “A Força Normativa da Constituição”, proferida em 1962 em Berlim por Konrad Hesse (1991), fazia muito sentido para os povos tradicionais da América latina que reivindicavam que as constituições fossem aplicadas. Foi por essa época que os povos indígenas passaram a esboçar organizações federativas para alterações legais internas nos países e no ordenamento internacional contra a legislação de cunho racista e colonialista da OIT. Os povos indígenas da América Latina já haviam iniciado um movimento logo após a Constituição de 1938 da Bolívia. Sentindo-se pressionados, os Estados Nacionais organizaram, em resposta, uma Conferência Indigenista Interamericana que resultou na criação do Instituto Indigenista Interamericano, em 1940, em Pátzcuaro, Michoacán, México. A resposta dos povos indígenas foi a luta por uma conferência indianista interamericana, formada por povos e não por estados nacionais. Era o início de uma exitosa aliança continental.

Embora nunca tenha sido realizada a Conferência Indianista, os povos acabaram formando organizações para pressionar os governos e ver reconhecidos seus direitos coletivos à existência com organização social, cultura, autodeterminação e regras internas próprias, além do lugar de existência dessa sociedade coletiva, o território em que possam exercer e manter sua cultura e modos de vida. Esses direitos haveriam de estar nas constituições dos estados

nacionais e ter reconhecimento supra estatal especialmente com a alteração da convenção das normas de trabalho indígena da OIT e com declarações de direitos da ONU e da OEA. Tudo isso ocorreu ao longo dos 70 anos seguintes. Os direitos dos povos indígenas foram sendo introduzidos nas constituições dos estados nacionais a partir de 1988, com a brasileira, a OIT editou a Convenção 169, em 1989, em 2007 a ONU e 2016 a OEA aprovaram declarações de direitos.

O direito estava mudado, se fazia necessário aplicá-lo. A disputa mudava de eixo, mas estava em terreno mais propício. Toda a legislação anterior apostava e incentivava o fim dos povos, a negação do direito coletivo ou, pelo menos, a sua provisoriação. A partir desta nova normatividade ficou claro o direito coletivo à existência do povo e sua territorialidade. A concepção de direito coletivo dos povos foi facilitada pelo entendimento dos direitos difusos de toda sociedade ao meio ambiente e ao patrimônio cultural, o direito como um todo teve que se curvar ante a impotência dos direitos individuais. Ocorreu, então, uma aliança entre os povos, os defensores dos direitos da natureza, ambientalistas, mulheres e movimentos sociais. Cada um a seu modo passou a exigir o cumprimento das regras coletivas das constituições.

## 5. Os Tribunais Constitucionais

As regras internalizadas no sistema teriam que ser cumpridas. As constituições tinham que assumir um forte e expressivo caráter normativo, mesmo assim sua aplicação não era consenso na colonialidade. Para que as constituições fossem cumpridas limitando o poder do executivo leniente e do legislativo pronto para minorar as normas constitucionais protetoras foi necessária a criação de Tribunais Constitucionais. Estas Cortes deveriam funcionar como garantidora e inovadora do sistema já que a Constituição havia rompido paradigmas individualistas, mas as leis anteriores se mantinham. Havia necessidade de inovar, repensar o direito, analisar as consequências sociais, ambientais, culturais de cada decisão, pensando nos princípios, nas futuras gerações, na vida dos seres, no planeta.

Analizando alguns países da América Latina, podemos ver que a Corte colombiana, com todas as dificuldades, assumiu esse papel enquanto as outras vacilaram. No Chile foi o contrário, a ditadura fez uma constituição radicalmente colonial e neoliberal e criou uma Corte para mantê-la distante das mudanças sociais exigidas. Bolívia e Equador, os países que mais

avançaram em suas constituições continuam com dificuldades em alterar de forma significativa o sistema judiciário apesar das tentativas.

### 5.1. *Colômbia*

A Colômbia mantém contradições e ambiguidades desde sua independência. A disputa pela Constituição revelou de forma clara essas tensões. Em 1990, em meio a mais uma crise institucional, o país em estado de sítio, pressionado, foi expedido o Dec. 927 convocando o povo a um plebiscito para responder se era a favor da convocação de uma Assembleia Constituinte para reformar a Constituição Política da Colômbia.

A Corte Suprema de Justiça foi chamada a analisar a constitucionalidade do Decreto 927 e se iniciava aí a discussão sobre a necessidade de uma Corte Constitucional para atuar ao lado da Corte Suprema de Justiça para análise dos princípios constitucionais. O Decreto foi declarado constitucional. O princípio escolhido para declarar a constitucionalidade foi a “soberania popular” ainda que inexistente Constituição em vigor. Com isso a decisão garantiu o poder transformador da Assembleia Constituinte, a Assembleia Constituinte deveria ser superior ao Congresso e ao Executivo e teria o direito e o dever de criar suas próprias regras e decidir o que seria adequado para o povo que representava.

Esse início encaminhou uma séria discussão sobre a futura Corte Constitucional como garantidora da constituição sem contaminação de interesses econômicos ou políticos. Dessas discussões ficou claro o protagonismo que a Corte Constitucional da Colômbia desempenharia para a evolução constitucional do país e, sobretudo, para as transformações que lhe dariam sentido. Aprovada a Constituição em 1991 tratou-se de organização a primeira composição da Corte que acabou sendo formada por constitucionalistas sem vínculos diretos com os poderes de Estado, sendo seu primeiro presidente Ciro Angarita Barón.

Ao aplicar a Constituição, a Corte Constitucional ampliou o reconhecimento e a proteção de direitos para grupos com insuficiente representação no Estado, criando condições para que, a partir de um ativismo judicial, a interpretação do constitucionalismo latino-americano fosse marcadamente diferente, abandonando o individualismo e anticoletivismo favorecedores das elites estabelecidas.

O ativismo da Corte, realizando os direitos na prática, evidenciou várias contradições da sociedade hegemônica colonial. A primeira foi a polêmica inconclusa sobre a natureza de

um órgão que precisa se adequar ao contexto político-social para tomar decisões, o que levou à dúvida formal de saber em qual ramo do poder público deve ser localizado, já que não pode ser dependente de nenhum deles. A Corte colombiana tem agido de forma que em cada decisão altera, revisa e complementa a Constituição, o que faz com que seja uma das Cortes com decisões mais originais e avançadas do continente em relação a povos, natureza e correção de injustiças históricas.

Magistrados como Ciro Angarita e Carlos Gaviria Díaz (TAMAYO; CASTAÑO, 2019), tornaram-se autores e defensores de teses inéditas e polêmicas em defesa das opções que a Assembleia Constituinte havia tomado. Os magistrados, de forma pioneira, trilharam os caminhos abertos pela Constituição para encontrar seus mais profundos sentidos e não hesitaram em aplicar a Constituição como norma em si mesma. A Corte passou a ser mais do que uma intérprete autorizada da norma fundamental, assumiu o compromisso da Constituição Política de fazer com que os permanentemente excluídos pelo Estado moderno pudessem exercer seus direitos. Emprestou seu poder para o cidadão equilibrar a disputa contra os privilégios da elite perpetuada no poder.

A Assembleia Constituinte de 1991 havia adotado a Carta Política de teses jurídicas que, como norma fundamental, não eram apenas princípios a serem alcançados na articulação da vida jurídica, mas, ao contrário, eram normas para serem cumpridas. Mas, para isso, precisavam da necessária tradução, superando controvérsias, para favorecer os cidadãos frente aos limites que o aparelho jurídico sempre impôs. Não eram decisões simples. O Congresso, como era costumeiro, deixava de cumprir a função idealizada pela Constituição de legislar para as transformações sociais e, então, a Corte era chamada, por meio de petição provocadora, a transformar, suprir e colmatar as lacunas do sistema e assim tem feito.

Talvez o melhor exemplo disso esteja na forma como a Corte, por meio de suas decisões, criou os termos da chamada ação de tutela, que é uma espécie de mistura entre mandado de segurança, ação civil pública e ação popular, de ampla iniciativa. Com ela reconheceu direitos que não se encontravam claros na Constituição. Declarou inconstitucionalidades, como a do Código de Minas, por falta de consulta prévia e fez prevalecer princípios democráticos essenciais que haviam sido violados com a tentativa de reeleição presidencial. Além disso garantiu direito à vida do Rio Atrato (Sentença T-622). Com estas decisões passou a ser evidente que o papel da Corte Constitucional era de protagonista na

garantia e exercício da liberdade de um Estado de Direito social e democrático latino-americano.

Esse protagonismo ficou claro na sentença C-83 de 1995 que significou avanço para camponeses, mulheres, indígenas, negros e em geral para o Direito em si mesmo, colocando a Corte como espaço dinamizador do sistema jurídico: “...la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria” (COLOMBIA, 1995).

A garantia para o exercício pleno de direitos próprios aos indivíduos e aos coletivos marcam o caráter perigoso da Corte Constitucional para as elites. Recordando as palavras de Carlos Gaviria Díaz em uma de suas mais marcantes decisões: “proceder de manera neutral ante la realidad social entrañaría el desconocimiento de valores, principios y fines que la Constitución consagra” (COLOMBIA, 1994).

A Corte Constitucional colombiana pode ser considerada uma exceção na América Latina por sua independência e consistência. A sua formação original com grandes professores de Direito Constitucional, como Ciro Angarita e Carlos Gaviria, marcaram sua continuidade e posicionamento marcante nas decisões e complementações da Constituição. Se por um lado é um exemplo, e por isso mesmo é reiteradamente citada como fonte de decisões favoráveis aos povos e direitos coletivos, as elites locais cuidaram para que não se reproduzisse nos outros países que criaram Cortes Constitucionais independentes.

## 5.2. Chile

Embora tenha uma história anterior, a Corte Constitucional chilena foi criada por Eduardo Frei Montalva, por meio da Lei nº 17.284, em 1970, e que funcionaria até 1973, com a queda do governo Allende e o início da ditadura militar.

Segundo Atria e Salgado (2018) o Tribunal nasceu muito mais para suprir divergências entre poderes do que para exercer efetivamente uma instância de reconhecimento de direitos constitucionalmente estabelecidos e negados pelo sistema. Na realidade não estava em sua competência resolver conflitos, mas apenas competências, diz os autores. Como não havia modo de destravar certas competências como o poder de veto do presidente ou questões de

iniciativa exclusiva, o processo político ficava bloqueado. “*Es con el objeto de destrabar este impasse político-constitucional que se crea el Tribunal Constitucional*” (ATRIA; SALGADO, 2018)

Apesar de ter sido criado com órgão independente, sua composição era dependente do Poder Executivo. O fim da Corte Constitucional no início da ditadura e sua posterior recomposição sob a Constituição de 1980, no fim, revela a intenção, poderosa no início, a ditadura não queria uma Corte Constitucional. A ditadura debilitada nos anos 80 precisava de uma Constituição que garantisse a continuidade de suas políticas neoliberais e de uma Corte Constitucional que ajudasse a mantê-la. Para esse fim necessitava de uma composição o mais dirigida possível, e assim foi feito.

As transformações que o plebiscito de 1980 exigia eram claras, mas a sociedade chilena deveria se adaptar às regras da ditadura e sua Constituição formal que iria impor um regime burocrático-legal de difícil alteração (TIRONI BARRIOS, 1998). É aí que surge a especificidade substancial da Corte Chilena, a substituição da ditadura por um sistema com aparência democrática precisava de uma Constituição detalhada nos direitos, ou na ausência deles, e amarrada na economia neoliberal. Essa Constituição não deveria ser alterada e, portanto, o papel da Corte Constitucional, por meio de suas decisões, era de dificultar mudanças e garantir os direitos empresariais gerados pela proposta neoliberal.

Exemplo claro dessa função era o artigo 8º da Constituição, revogado no plebiscito de 1989, que dava competência para a Corte Constitucional conhecer e julgar os crimes definidos como “defender uma concepção da sociedade, do Estado ou da ordem jurídica, de natureza totalitária ou baseada na luta de classes, e contrário à ordem institucional da República”.

De fato, a significativa alteração que a ditadura conseguiu diante do poder e das funções da Corte Constitucional facilitou o controle das elites nas esferas de poder (PÉREZ, 2014). Houve a construção de um critério próprio de justiça, versátil e dependente, baseado na nomeação de pessoas escolhidas para a finalidade de manutenção do *status quo*. A arbitrária composição, até membros das Forças Armadas foram nomeados, dificultou os processos de mudança que até a reforma de 2005 eram impossíveis. Portanto, em 24 anos os governos eleitos não puderam senão manter a ausência de direitos cidadãos e um Estado pouco diligente frente ao poder econômico. Depois disso, os movimentos e ações da população ainda levaram mais de quinze anos para conseguir o compromisso de reformar integralmente a Constituição, como se propõe no processo constituinte atual.

A reforma de 2005 significou duas mudanças relevantes. A primeira estabeleceu um aumento das atribuições da Corte, cabendo-lhe o poder de declarar a constitucionalidade de despachos dos Tribunais Superiores. A segunda, mais uma vez, alterou o mecanismo de nomeação para a composição do Tribunal, deixando nas mãos do Congresso chileno e do poder executivo a nomeação dos 10 ministros. O nível de subordinação para com o governo diminuiu, mas é difícil interpretar esse movimento como uma mudança na orientação política da Corte. Mesmo quando as coisas pareciam melhorar, no governo da Presidenta Bachelet, que tinha maior número de aliados na Corte, as tentativas de reformas encontraram resistência absoluta e seus projetos de educação pública foram anulados. Bachelet sofreu tão forte resistência que não conseguiu fazer avançar as mudanças exigidas nas ruas contra o estabelecido na Constituição. Embora a Corte tenha aumentado seu ativismo em casos emblemáticos, a alteração do velho sistema continuou travada. (PARDOW; VERDUGO, 2015, p. 141)

Esta discussão voltou com muita força no Chile na Assembleia Constituinte. Com razão os chilenos têm desconfiança das Cortes Constitucionais.

### 5.3. México

A história mexicana das Cortes Constitucionais é emblemática. Atualmente a Suprema Corte da Nação no México cumpre duas funções ao mesmo tempo: chefe do poder judiciário federal e Corte Constitucional, com certa semelhança com a brasileira.

A revolução do início do século XX, que culminou com a Constituição de 1917, não promoveu grandes alterações no consolidado Tribunal Supremo, que já existia desde a primeira república federal, em 1824. Porém, o desafio que impunha a nova Constituição era enorme já que havia estabelecido mudanças radicais no sistema jurídico invertendo a hierarquia de direitos, elevando o interesse geral a categoria que deveria se sobrepor aos direitos e benefícios individuais e privados.

Pablo Mijangos (2019) ao contar esta história relata que as maiores dificuldades surgiram na aplicação concreta dos arts. 27º e 123º, ambos de grande caráter inovador. O art. 27º altera o conteúdo da propriedade da terra e a submete ao interesse geral, reconhecendo sua função social e tratando-a como provedora das necessidades sociais, incluindo um

reconhecimento de terras coletivas às comunidades indígenas. O art. 123 estabelece as regras para o trabalho.

A Constituição de 1917 é uma das mais importantes e inovadoras constituições do mundo e mudou não só a estrutura das sociedades constituídas como estabeleceu novas bases para o direito constitucional. É um exemplo de constituição latino-americana e estes dois artigos são impositivamente autoaplicáveis. Não só isso, estabelece princípios de democracia e poder popular bastante seguros de que as elites locais neocolonias sempre tiveram grande dificuldade de aplicar. Para manter em equilíbrio esta contradição, que era a aplicação de uma Constituição que se baseava na igualdade material antes da igualdade formal, e uma prática atrelada aos interesses econômicos e políticos impostos pelo forte vizinho do norte, o papel dos Tribunais passou a ser muito mais de freio do que de expansão dos direitos da Constituição de 1917.

Na análise de Arturo Zaldívar, o passar do tempo e a não aplicação completa da Constituição revolucionária foi fazendo com que o poder político, apoiado no poder judiciário, promovesse mudanças que davam a impressão de manutenção das conquistas revolucionárias e aproximavam os governos de um poder de partido único, autoritário internamente e dependente do capitalismo central externamente. (ZALDÍVAR LELO DE LARREA , 2002, p. 423).

Em relação ao que poderia se chamar de Corte Constitucional, reformas foram introduzidas para reduzir o poder de análise e aplicação dos princípios constitucionais para a manutenção da dependência econômica antes de atender o interesse social. Com as limitações impostas, as decisões mais importantes ficaram afetas à Justiça Estadual, retirando quase que completamente o caráter constitucional da Corte.

A gritante diferença entre as primeiras Cortes Supremas e as que se consolidaram a partir de 1940 reflete a chamada reconstrução institucional do México que aproximou de forma perigosa o poder executivo do judiciário. Com o aumento do poder do executivo e a proibição de reeleições foi se impondo um sistema de partido único com a hegemonia do Partido Revolucionário Institucional (PRI) que passou a ter os controles constitucionais submetidos a seus interesses (LÓPEZ, 2006), especialmente a partir da reforma constitucional de 1946, com controles constitucionais frouxos se tornaria possível a reconstituição da propriedade privada da terra sem mudanças constitucionais severas. (MIJANGOS, 2019, p. 118)

Em 1987 houve uma espécie de reconstrução da Corte Constitucional com a reforma constitucional sendo transferido para o Colegiado parte das atribuições do foro federal e a instauração da Ação de Inconstitucionalidade. A Corte passou a ser não um órgão para recompor o ideário constitucional de 1917, mas a garantia do formalismo jurídico e da aplicação irrestrita da norma sem questionamentos, com a finalidade de manter o *status quo* injusto (URIBE, 2002).

Esta renovação da Corte constitucional se deu exatamente no enfraquecimento do sistema de partido único e, portanto, do fortalecimento do poder legislativo que se descolava do executivo e iniciava, ainda que timidamente, a legislar a contragosto do governo central. A criação naquele momento foi vista como uma forma de esticar um pouco mais a manutenção do poder do PRI que ainda tinha nas mãos a nomeação dos integrantes da Corte. A elite dominante sempre encontra meios de manter o poder e evitar que as constituições definidoras e garantidoras de direitos fundamentais e coletivos sejam efetivamente postas em prática, ao contrário da situação chilena, onde a Corte tinha a função de manter a ordem constitucional oligárquica contra os arroubos dos governos democraticamente eleitos, no México evitava que o legislativo pusesse em prática o caráter revolucionário da Constituição.

A Suprema Corte mexicana teve pouca relevância histórica para a consolidação dos direitos dos povos indígenas, das mulheres ou da natureza, apesar da pioneira Constituição de 1917.

#### 5.4. Brasil

A Constituição Brasileira de 1988, ao reestruturar o poder judiciário, estabeleceu atribuições de corte constitucional ao Supremo Tribunal Federal, sem lhe incluir no nome e, sem independência, atribuiu-lhe funções administrativas de cúpula do Poder Judiciário, mantendo os integrantes oriundos da Ditadura. Com isso criou uma Corte híbrida com inúmeras atribuições e com grande dificuldade de fazer aplicar o ideário político popular da Constituição de 1988. A elite mantinha e aperfeiçoava o seu poder judicial.

A previsão constitucional para o processamento de ações judiciais de controle constitucional ficou estabelecida nas Ações de Declaração de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade de leis e atos normativos, na chamada Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental e no Mandado de Injunção, os dois últimos para aplicar e colmatar os direitos fundamentais. Em relação ao Mandado de Injunção, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não servia colmatar o sistema diretamente, mas apenas para indicar a necessidade ao Poder Legislativo, inviabilizando a providência processual constitucional e revelando a Corte como coadjuvante e não protagonista na luta por direitos. (SOUZA FILHO, 1995). As arguições de descumprimento não foram sequer conhecidas até 1999 sob o argumento de inexistência de lei que regulamentasse. Muito distante da postura da Corte Constitucional colombiana, a brasileira preferiu manter-se na tradição formalista do sistema judiciário moderno.

Com a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Lei 9.882/99 a Corte começou timidamente a decidir pelos princípios da Constituição. Em 2020, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), que é uma organização indígena, sem formalização pelas leis brasileiras, ingressou como uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental contra o Estado Brasileiro pedindo um conjunto de providências para enfrentar a pandemia que se alastrava ferozmente nas terras indígenas. A sua legitimização, por analogia à confederação sindical ou entidade de classe a no âmbito nacional, se ancorava no artigo 232 da Constituição que reconhece legitimidade processual aos índios, suas organizações e comunidades, foi reconhecida de forma criativa e inovadora.

Os indígenas e suas organizações tinham dificuldades de serem reconhecidos como autores, réus ou litisconsortes nas ações em geral. O reconhecimento não inova em relação à Constituição, apenas admite que as organizações não necessitam estarem constituídas nos moldes da legislação das organizações civis.

Nos mais de trinta anos de vigência da Constituição a Corte não conseguiu se afirmar como instrumento da cidadania na defesa dos grandes princípios estabelecidos em 1988, ao contrário, tem reafirmado, com raras exceções, os velhos princípios da modernidade e das elites calcados nos direitos individuais de propriedade e do contrato, na ideia europeia da liberdade e igualdade que não leva em consideração o racismo e o machismo. Essa visão pode ser revelada em alguns exemplos. O artigo 192 da Constituição estipulava limites ao sistema financeiro nacional e determinava que lei complementar o organizasse. Entre os limites estava caracterização como crime de usura a cobrança de juros reais cobrados acima de 12% ao ano, textualmente. Apesar da clara intenção dos constituintes e a pedido dos Bancos, o Governo Federal emitiu ato normativo poucos dias depois da aprovação da Constituição declarando que

o dispositivo não seria aplicável enquanto não houvesse norma legislativa complementar que o regulamentasse. Foi imediato o pedido de declaração de constitucionalidade do ato governamental e a reafirmação da autoaplicabilidade da norma constitucional que limitava os juros. Em 1991, a Corte entendeu por maioria apertada que a norma constitucional não era autoaplicável e dependia, realmente, de lei complementar que a regulamentasse. Apesar de todos os pareceres favoráveis, a Corte preferiu garantir o costume dos bancos contra o interesse do povo expresso na Constituição. O capital financeiro, que tinha perdido na constituinte em 1988, restabeleceu sua primazia usurária com a ajuda da Corte Constitucional. Posteriormente a Constituição foi reformada em favor dos Bancos.

O segundo exemplo é a demarcação de terras indígenas. Embora seja claro na Constituição que a demarcação é um ato declaratório que apenas reconhece administrativamente os limites de uma terra a partir de laudos técnicos formulados segundo os princípios da Constituição, cada demarcação é motivo de controvérsia com interesses econômicos, de proprietários de terras, de supremacistas anti indígenas e setores governamentais interessados nas terras e seus recursos. Seguindo o longo e difícil processo legal, foi demarcada a Terra Indígena Raposa Serra do Sol que abriga sete povos em Roraima. Não havia nenhuma dúvida do caráter indígena daquela terra reconhecida desde o começo do século XX. Assim mesmo, por meios pouco ortodoxos, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal e foi decidida em 2009 a favor da demarcação. Apesar de aceitar a demarcação tal como havia sido feita, a decisão gerou muitas dúvidas e acenou para soluções contrárias aos direitos indígenas dando a entender que eram exageradas as garantias constitucionais. Além de ter introduzido a tese do marco temporal sob o qual o direito indígena à terra estaria restrito à ocupação do dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, inseriu 19 condicionantes ou salvaguardas institucionais para a demarcação das terras indígenas sob a alegação de não excluir as terras da jurisdição brasileira. Nenhuma delas fora jamais discutida no Brasil e tiveram a função de gerar dificuldades e dúvidas nas demarcações. Imediatamente o poder executivo aderiu às dificuldades, criando conflitos, apreensões e negações de direitos. A decisão por inteiro, apesar de reconhecer a óbvia demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, representou um enorme retrocesso em relação à letra da Constituição.

Nos últimos dez anos, por força do protagonismo dos movimentos sociais na busca da concretização de direitos, a Corte tem decidido em alguns casos a favor dos direitos coletivos e de minorias, inclusive rediscutindo as maldosas teses do julgamento de Raposa Serra do Sol.

Foi assim que em 2011, decidindo uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, entendeu que era compatível com a Constituição a união estável geradora de direitos entre pessoas do mesmo sexo. Em 2018 negou a Ação de Inconstitucionalidade do Decreto n° 4.887/03, que regulamentava o reconhecimento das terras quilombolas, dando clara positiva para a daqueles direitos.

A forma de indicação e a vitaliciedade dos integrantes da Corte, porém, tende a manter um caráter conservador, mas que teve uma composição um pouco mais aberta, possibilitando estes tímidos avanços que podem retroceder com as nomeações do governo ultraconservador de Jair Bolsonaro.

### 5.5. *Equador*

As duas constituições latino-americanas da primeira década do século XXI da América Latina, Equador (2008) e Bolívia (2009), surpreenderam o mundo pela inovação em relação ao reconhecimento dos direitos dos povos e da natureza. Pareciam, cada uma a seu modo, completar o ciclo das constituições anticolonias e de fato organizarem uma sociedade plurinacional parecida com os povos da América Latina. Por isso precisaram rever em profundidade o sistema judicial e as Cortes Constitucionais.

O Equador adotou um modelo concentrado de controle constitucional logo depois da Segunda Guerra Mundial e de conflitos com o Peru. (PAVÓN TRUJILLO, 2014). Era uma reação ao governo liberal e autoritário nascido com o golpe de estado que levou ao poder Arroyo del Río (GRIJALVA JIMÉNEZ, 2012). Não competia, contudo, ao chamado Tribunal de Garantias a declaração de inconstitucionalidade, restringindo-se apenas a funções consultivas destinadas ao poder legislativo. Embora tivesse o nome de Tribunal nunca teve função jurisdicional e teve vida efêmera e com pouca efetividade.

A Reforma Constitucional de 1992 criou uma Sala Constitucional em paralelo, dentro da Corte Suprema de Justiça, que seria a última instância em matérias constitucionais, mas somente as reformas de 1995 e 1996 pacificaram os conflitos entre o Tribunal de Garantia e a Corte Suprema, com a criação do Tribunal Constitucional (GRIJALVA JIMÉNEZ, 2007, p.82).

O momento era conturbado e havia necessidade de reestruturar o Estado, como vinha acontecendo em outros países da América Latina. A Assembleia Constituinte de 1997-1998 reconheceu os direitos políticos, econômicos e sociais e conseguiu avançar em muitos aspectos no que diz respeito à inclusão dos direitos indígenas. No entanto, a Constituição Política de 1998, por sua marcada orientação neoliberal, representou uma desilusão para o povo equatoriano, mantendo a crise política há muito instalada (ACOSTA, 2014).

Desde a década de 70 do século XX havia um consolidado movimento unitário indígena em torno da Confederação da Nacionalidade Indígenas do Equador (CONAIE) que somado aos movimentos sindicais, ambientalistas e outros setores populares reclamavam por mudanças que ocorrem com a eleição de Rafael Correa, que chamou uma constituinte.

A nova Constituição de 2008, que garantiu direito aos povos e à natureza, criou uma Corte Constitucional. No Regime de Transição o extinto Tribunal Constitucional, aproveitando-se do vazio normativo, instaurou a Corte Constitucional em seu lugar, mantendo os antigos juízes. Foi uma Corte autoproclamada (URIBE TERÁN, 2012, p.16).

A experiência jurídica do Equador, como proposta, era mais avançada do que a da Colômbia, mas na formação da Corte Constitucional pelo fato da autoproclamação viu-se debilitada, exatamente ao contrário da Colômbia que se fortaleceu pela forma de criação.

Não se pode debitar todas as dificuldades do Equador em pôr em prática a Constituição Plurinacional, que inunda as Escolas de Direito com estudos sobre os direitos da Natureza, à sua Corte Constitucional mal nascida, mas o fato é que, apesar de algumas decisões em concretização aos direitos da natureza, a Corte não tem avançado suficientemente em relação aos direitos dos povos, gerando desconfiança e insatisfação dos setores populares.

A instabilidade política do Equador continua e os interesses econômicos estrangeiros têm se mantido no controle do Estado. A Constituição está escrita, garantindo direitos, mas seguramente ainda falta um longo percurso a percorrer até que os movimentos indígenas e sociais consigam reestruturar, de fato, o Estado equatoriano.

### 5.6. *Bolívia*

A história do atual Estado Plurinacional da Bolívia é marcada por avanços institucionais a partir da pressão social gerada por uma sociedade heterogênea e pela ineficiência proposital

dos sistemas de justiça latino-americanos a serviço de um autoritarismo que sustentou as elites políticas em todo o continente, e de forma aterradora na Bolívia.

Por isso, não é coincidência que tanto a criação do Tribunal Plurinacional, como a do Tribunal Constitucional, coincida com uma Bolívia profundamente convulsionada. Desde antes da independência as contradições entre as elites locais e os povos indígenas, camponeses e mineiros, são marcadas por avanços e retrocessos. Em geral os avanços são de soluções brilhantes e os retrocessos de violência indescritível. Assim foram a Constituição de 1938, como uma das mais avançadas da América, e a Lei de Reforma Agrária de 1952, com uma redefinição complexa dos direitos de uso da terra. Ambas aplacadas em sangue.

A reforma constitucional de 1994 criou o Tribunal Constitucional como resposta aos movimentos sociais que, a partir de grandes marchas e mobilizações, lograram a aprovação da Convenção 169 da OIT, promoveram modificações no sistema eleitoral, impuseram a vigência dos direitos humanos e a segurança jurídica de tais reformas com o fortalecimento da ordem constitucional.

Demorou mais de dez anos de lutas continuadas para que, em 2009, uma nova Constituição fosse aprovada. A Constituição do Estado Plurinacional de Bolívia organizou o Tribunal Constitucional Plurinacional. Era necessário repensar todo o sistema de justiça para adequá-lo às instituições comunitárias e fazer respeitar as normas vigentes não apenas no chamado direito positivo estatal, mas às regras de convivência e solução de conflitos dos povos.

A experiência negativa anterior ajudou a pensar uma Corte que defendesse os direitos não como garantias individuais de propriedade, mas como forma de organizar, viver e escolher caminhos. Por isso, a particularidade mais sensível deste Tribunal foi o sistema de seleção e escolha de seus magistrados para que realmente houvesse pluralidade étnica e de gênero (BALDIVIESO, 2012, p. 352).

Mais uma vez a Bolívia tomaria uma decisão jurídica inovadora. Questionou as antigas noções sobre o judiciário e subverteu a relação e existência dos poderes públicos. A Constituição de 2009 criou um Tribunal Constitucional Plurinacional como órgão autônomo no comando de salvaguardar a constitucionalidade do exercício do poder público e fora do poder judicial.

Não se pode esperar, porém, que estas soluções sejam magicamente transformadoras. As contradições do mundo boliviano são profundas e os donos de terras, minérios e gentes ainda têm poder. Há problemas ainda sem solução e se o poder político não consegue resolvê-

los tampouco o fará o Tribunal Constitucional Plurinacional. São caminhos tentados e experiências concretas de cujos erros e acertos há de se tirar lições importantes, sem romantismos, mas com esperança. O exercício da reciprocidade cultural está diretamente relacionado com os instrumentos de poder que permitem a aplicação da lei.

### **Considerações finais**

As elites locais associadas e dependentes ao neocolonialismo para se manter necessitam do arcabouço jurídico do Estado, mas enfrentam a reação permanente de ideias e propostas libertadoras latino-americanas que, a partir do final do século XX, se apresentaram como direitos coletivos de vários matizes, incluindo povos e natureza. Os sistemas judiciários e, em especial, as Cortes Constitucionais têm sido o último bastião de garantia da força das elites locais porque a composição pessoal e a forma de ingresso em uma instituição é vital para estabelecer as orientações políticas dos juízes e sua real independência, daí a real preocupação das elites.

Embora a disputa não seja exclusivamente para a formação das Cortes, sua composição está cada vez mais em jogo, então, as lutas por uma nova normatividade desaguam na composição dessas Cortes que acabam sofrendo o peso das tensões sociais.

O papel político das Cortes Constitucionais na América Latina para a descolonização deve ser o de promover a cada momento a revitalização dos direitos fundamentais estabelecidos nas constituições, dando a eles eficácia e aplicabilidade direta, ajustando o universo normativo através da jurisprudência e garantindo os direitos dos povos, da natureza e das pessoas mais reprimidas e com menor acesso às políticas públicas de garantia. Para isso precisa ser independente e com membros qualificados.

## Referências

- ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza (Compiladores). *Plurinacionalidad: democracia en la diversidad*. Quito: Abya-Yala, 2014.
- ATRIA, Fernando; SALGADO, Constanza. El tribunal Constitucional desatado: Un poder insoportable. *El mostrador*. 2018. Disponível em: <<https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2018/01/23/el-tribunal-constitucional-desatado-1-un-poder-insopportable/>>. Acesso em: 20 out. 2021.
- BALDIVIESO JINÉS, Marco Antonio. La independencia en la administración de justicia. Elección de autoridades judiciales en Bolivia. In: C. Steiner (Ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (18th ed.). Konrad Adenauer Stiftung, 2012.
- BOLÍVAR, Simón. *Obra política y constitucional*. Prólogo, antología y notas de Eduardo Rozo Acuña. Madrid: Tecnos. 2007. p.203.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-168/95. Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Díaz. 20 de abril. Disponível em: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36034>>. Acesso em: 27 out. 2021.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-083/95. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm>>. Acesso em: 20 out. 2021.
- GAMA, Luiz. *Lições da resistência: artigos de Luiz Gama na imprensa de São Paulo e Rio de Janeiro*. Organização, introdução e notas de Lígia Fonseca Ferreira. São Paulo : Edição SESC. 2020.
- GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos*. Org. Flávia Rios e Marcia Lima. 1ª ed. Rio de Janeiro : Zahar. 2020.
- GORENDER, Jacob. *Escravismo Colonial*. São Paulo: Expressão Popular. 2016.
- GRIJALVA JIMÉNEZ, A. (2017). ¿Constitución sin constitucionalismo?. Urgencia de un Tribunal Constitucional independiente. Foro, Revista De Derecho, v.7, p. 75-95. Disponível em: <<https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/329>>. Acesso em: 27 out. 2021.
- GRIJALVA JIMÉNEZ, A. *Costitucionalismo em Ecuador*. 1º reimpr. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- GUERRA VILABOY, Sergio. *Cuba: uma história*. México: Ocean Sur, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991.

JAMES, Cyril Lionel Robert. *Los jacobinos negros: Toussaint L’Overture y la Revolución de Haití*. Traducción de Rosa López Oceguera. Buenos Ayres: RyR, 2013.

LEWIN, Boleslao. *La rebelión de Tupac Amaru y los orígenes de la independencia de Hispanoamérica*. Buenos Aires: SELA. 1967.

LOPEZ CIVEIRA, Francisca. *La Constitución de Jimaguayú, una Constitución mambisa*. In: Trabajadores. Havana: 2020. Disponível em: <<http://www.trabajadores.cu/20200915/la-constitucion-de-jimaguayu-una-constitucion-mambisa/>>. Acesso em: 23 de ago. de 2021.

LÓPEZ RUBÍ CALDERON, José. Ramón. El artículo 59 constitucional y el autoritarismo mexicano vigesimal. Una síntesis explicativa. *Confines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política*, v. 2, n. 4, 2006.

LYNCH, John. *San Martín*: soldado argentino, héroe americano. Traducción Alejandra Chaparro. Barcelona: Crítica. 2009.

MALHEIROS, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil*: ensaio histórico-jurídico-social [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 1866, vol.1. O escravo ante a lei política e administrativa.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Pablo (2019). *Historia mínima de la Suprema Corte de Justicia de México*. El colegio de México.

MOURA, Clóvis. *Dialética radical do Brasil negro*. 2<sup>a</sup>ed. São Paulo: Editora Anita Garibaldi. 2014.

PAVÓN TRUJILLO, Martha. *La Corte Constitucional en Ecuador comparada con el Tribunal Constitucional Federal de la República Federal Alemana como órganos de control de constitucionalidad*. Quito: Facultad de Jurisprudencia (Dissertación previa a la obtención del título de abogada) na Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/6993>>. Acesso em: 20 out. 2021.

PARDOW LORENZO, Diego G; VERDUGO RAMÍREZ, Sergio. El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005: Un enroque entre jueces de carrera y académicos. *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. 28, n. 1, 2015. p. 123–144. Disponível em: <<https://doi.org/10.4067/S0718-09502015000100006>>. Acesso em: 20 out. 2021.

PÉREZ SOLARI, Felipe. *El Tribunal Constitucional*: Observaciones sobre su procesamiento de riesgo en relación a casos de alta connotación pública en el Chile actual. Universidad de Chile. 2014.

QUIJANO Anibal (2011). La colonialidad del poder. In: LANDER, Edgardo (compilador). *La colonialidad del saber: eucentrismo y ciencias sociales*. Buenos Aires: CLACSO. 2011. p. 219-264.

RESTREPO TAMAYO, John Fernando, CASTAÑO ZAPATA, Daniel. CIRO ANGARITA BARÓN Y EL NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 24, n. 1, 26, 2019. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1316>>. Acesso em 20 out. 2021.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *A liberdade e outros direitos: ensaios socioambientais*. Curitiba : IBAP/Letra de Lei. 2011.

SOUZA FILHO. Carlos Frederico Marés de Souza Filho. O Direito Constitucional e as Lacunas da Lei. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba*. v. 29, p. 149-171, 1995.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Gênese Anticolonial do Constitucionalismo Latino-American. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1,p. 16-47, 2021

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá. 1989.

STAROBINSKI, Jean. *A invenção da liberdade, 1700-1789*. Tradução de Fúlvia Maria Luiza Moretto. Original *L'invention de la liberté*. São Paulo : Edusp. 1994.

TIRONI BARRIOS, Eugenio. *El régimen autoritario*. Para una sociología de Pinochet (1st ed.). El Régimen Autoritario. Para una sociología de Pinochet. 1998.

VARGAS LIMA, Alan E. La evolución histórica del control de constitucionalidade en Bolivia y su proyección hacia um modelo plural. In: *Precedentes*, vol.13, p. 81-118. Julio-Deciembre. Cali-Colombia, 2018. Disponível em: <<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/3021>>. Acesso em: 20 out. 2021.

URIBE ARZATE, E. (2002). El Tribunal Constitucional en México perspectiva y posibilidad. In: J. Vega Gómez & E. Corzo Sosa (Eds.), *Tribunales y justicia constitucional* (1st ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas.

URIBE TERÁN, Daniel Fernando. *Derecho jurisprudencial en ecuador*: el caso de la jurisprudencia vinculante de la corte constitucional ecuatoriana en perspectiva al derecho comparado. Quito: Facultad de jurisprudencia (Dissertacion previa a la obtencion del título de licenciado) em Ciencia Jurídicas na Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2012.

Disponível em: <<http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/6949?show=full>>. Acesso em: 20 out. 2021.

VOLTAIRE, François Marie Arouet de. *Cartas Inglesas; tratado de metafísica; dicionário filosófico*. Seleção e tradução de Marilena de Souza Chauí. São Paulo : Abril Cultural, 1978.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo. La justicia constitucional en México. Balance y retos. In: J. Vega Gómez & E. Corzo Sosa (Eds.), *Tribunales y justicia constitucional* (1st ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.