

**A NOVA ARQUITETURA DO ACESSO MULTICULTURAL À JUSTIÇA NO NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO
LA NUEVA ARQUITECTURA DEL ACCESO MULTICULTURAL A LA JUSTICIA EN EL
NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO**

*Jaime Leônidas Miranda Alves
Defensor Público do Estado de Rondônia. Ex-Defensor Público do Estado do Amapá
Especialista em Direito Público pela PUC-Minas e em Direito Constitucional pela
Universidade Cândido Mendes. Brasil
jaime_lmiranda@hotmail.com*

RESUMO

A pesquisa tem por objetivo analisar novas dimensões/características do acesso à justiça nos países que perpassam o novo constitucionalismo latino-americano. Esse movimento, de cunho descolonizador, surgiu com o objetivo de superação/reconstrução do Direito a partir de baixo (do Sul), escapando de valores europeus que não se coadunam com a realidade social da América do Sul. Nesse sentido, ocorreu verdadeiro processo de reorganização e rearquitetura constitucional de países como Bolívia, Venezuela, Equador e Colômbia, com modificações estruturais na separação dos Poderes e no sistema de Justiça. Nesse cotejo, impõe-se questionar se houve evolução no tocante à prestação do acesso à justiça enquanto direito público fundamental nesses países a partir do advento do novo constitucionalismo latino-americano. A metodologia adotada é a hermenêutica constitucional de caráter tópico-problemático.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Direitos fundamentais. Novo constitucionalismo latino-americano.

RESUMEN

El objetivo de la investigación es analizar nuevas dimensiones/características del acceso a la justicia en los países que atraviesan el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Este movimiento de descolonización surgió con el objetivo de superar/reconstruir la Ley desde abajo (desde el Sur), escapando de los valores europeos que no se ajustan a la realidad social de América del Sur. En este sentido, un verdadero proceso de reorganización y reconstitución constitucional de países

como Bolivia, Venezuela, Ecuador y Colombia, con modificaciones estructurales en la separación de los poderes y en el sistema de justicia. En esta comparación, es necesario cuestionar si hubo una evolución con respecto a la provisión del acceso a la justicia como un derecho público fundamental en estos países desde el advenimiento del nuevo constitucionalismo latinoamericano. La metodología adoptada es la hermenéutica constitucional de carácter tópico problemático.

Palabras clave: Acceso a la justicia. Derechos fundamentales. Nuevo constitucionalismo latinoamericano.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. O ACESSO À JUSTIÇA ENQUANTO METADIREITO FUNDAMENTAL
2. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: RECONSTRUÇÃO EPISTÊMICA DO DIREITO PARTINDO DE BAIXO 3. À NOVA ARQUITETURA DO ACESSO MULTICULTURAL À JUSTIÇA NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO. À GUIA DE CONSIDERAÇÕES.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é compreendido como metadireito: direito que, por meio da jurisdição, ou a despeito desta, possui o condão de garantir a eficácia dos demais direitos previstos na Constituição Federal. Em razão disso, necessário o contínuo estudo das dimensões do acesso à justiça, bem como a sua roupagem, especialmente quando do advento de movimentos de releitura e reconstrução constitucional, a exemplo da consolidação do novo constitucionalismo latino-americano.

Conquanto as teorias em torno da melhor interpretação/aplicação do Direito continuem se desenvolvendo, o problema da tutela jurídica da irradiação dos direitos fundamentais, especialmente dos grupos minoritários, ainda subsiste, o que exige, de certa forma, uma quebra com sistemas clássicos no sentido de impor à ciência jurídica um novo paradigma.

É nesse sentido que dialogam os defensores do novo constitucionalismo latino-americano, novo fenômeno de releitura constitucional que implica na superação do conceito europeu de Estado único (em valores culturais), e impõe uma nova arquitetura dos Estados ditos pluriculturais, justamente no sentido de assegurar,

em seus aspectos eficacionais, o axioma dos direitos e garantias fundamentais dos diversos grupos sociais.

O novo constitucionalismo pluralista latino-americano consiste em fenômeno de reconstrução constitucional por qual vêm passando alguns Estados da América do Sul, a exemplo de Bolívia, Venezuela, Equador e Colômbia, e tem como principal fundamento o reconhecimento de um longo processo de invisibilização do “outro” por meio do Direito.

É que, para além do genocídio promovido com a colonização, ocorreu também, nesses países, verdadeiro epistemicídio, na medida em que os saberes dos povos tradicionais foram regalados a segundo plano, levando, por vezes, no máximo a um patamar folclórico, mas esquecido quando da formação dos valores da sociedade e dos fundamentos do ordenamento jurídico.

O novo constitucionalismo pluralista latino-americano parte justamente da constatação desse processo de colonização cultural e da conseqüente necessidade de se descolonizar: ou seja, verifica-se o mister de se construir Estados pautados em valores próprios da realidade vivenciada (que é plural, múltipla e complexa), devendo ser afastados dogmas que se compatibilizam apenas com o modelo europeu de Estado (moderno), mas que, apesar disso, por muito tempo vem se perpetuando.

O movimento constitucional latino-americano, no âmbito dos países que o adota, representa verdadeira releitura de institutos constitucionais clássicos e, com isso, configura-se como uma tentativa de consagrar os direitos fundamentais dos diversos grupos sociais, especialmente minorias, como os povos tradicionais, inseridos em Estados pluriculturais.

Nesse diapasão, a pesquisa se concentra na análise das modificações promovidas, tanto a nível principiológico, como de reengenharia social e dos Poderes, no exercício do direito fundamental ao acesso à justiça, fazendo surgir (ou não) uma tutela constitucionalmente adequada no tocante ao reconhecimento e à efetivação dos direitos dos povos tradicionais.

1. O ACESSO À JUSTIÇA ENQUANTO METADIREITO FUNDAMENTAL

Um dos principais conceitos que perpassam o estudo dos direitos fundamentais em tempos de neoconstitucionalismo é o **acesso à justiça**. O conceito de acesso à justiça hoje é compreendido como mais amplo que o comando normativo

contido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal¹, na medida em que este se limita a estabelecer o acesso ao Poder Judiciário e está relacionado ao ideal de paz social. Nas palavras de Dinamarco², o acesso ao Poder Judiciário:

Saindo da extrema abstração consiste em afirmar que ela visa a realização da justiça em cada caso e, mediante a prática reiterada, a implantação do clima social de justiça, chega o momento de com mais precisão indicar os resultados que mediante o exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir na vida da sociedade.

O acesso à justiça é considerado um dos maiores – senão o maior – instrumento apto a garantir uma ordem jurídica justa, relevando sua intersecção com o exercício da cidadania plena.

É nesse cotejo que o acesso à justiça é compreendido como a ponte entre o processo e a justiça social na medida em que se configura como, talvez, o mais básico dos direitos fundamentais, visto que ostenta a característica de ser imprescindível nas sociedades contemporâneas, marcadas pela conflituosidade que denuncia o inadimplemento dos deveres jurídicos³. De fato, a proclamação da titularidade de direitos subjetivos seria inócua e destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação.

Por isso, a tutela jurisdicional a ser prestada por meio do processo judicial – ou para além dele – viabiliza a concretização dos direitos substantivos consagrados pela legislação e pela Constituição Federal.

Um dos principais marcos do desenvolvimento dos estudos acerca do acesso à justiça remonta à teoria das ondas renovatórias, que surgiu dos estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴, que posteriormente compuseram o denominado relatório ao Projeto Florença de Acesso à Justiça (*Florence Access-to-Justice Project*), obra produzida com o objetivo de analisar os diversos obstáculos que tornavam difícil ou impossível o acesso e utilização do sistema jurídico, além de averiguar os esforços envidados pelos vários países do mundo destinados a superar os mencionados obstáculos.

O relatório foi patrocinado pela Fundação Ford e até hoje é considerado referencial teórico no estudo do acesso à justiça, tendo sido traduzido pela Min. Ellen Gracie Northfleet e publicado em *terrae brasillis*, em 1998.

1 A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, 1998, p. 220.

3 COUTO; TEIXEIRA, 2013.

4 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet, 1988.

É a partir do relatório de Florência que o acesso à justiça é considerado direito humano – nas palavras de Cappelletti e Garth “o mais básico dos direitos humanos”⁵ –, na medida em que deve ser encarado como requisito fundamental de um sistema jurídico que se pretenda moderno e igualitário; que não se limite a proclamar direitos, mas que busque maneiras efetivas de assegurá-los.

No relatório consignou-se o direito ao acesso à justiça como de natureza diversa dos demais direitos, como moradia, educação, alimentação, dentre outros. Isso porque consiste o acesso à justiça em verdadeiro direito-garantia, instrumento para a realização dos demais direitos, imprescindível para o exercício da cidadania.

Com o foco na efetivação do acesso à Justiça, Cappelletti e Garth⁶, apontam três principais barreiras que dificultam o acesso daqueles que buscam a realização da justiça: i) a barreira financeira; ii) a barreira cultural, e iii) a barreira psicológica. A partir da análise desses obstáculos é que surgiu o conceito de ondas renovatórias de acesso à justiça, como soluções práticas aos problemas observados.

A esse respeito, Esteves e Roger⁷:

Em linhas gerais, a estrutura analítica da evolução do movimento mundial de acesso à justiça delineada pelo Projeto Florença foi desenvolvida em torno da metáfora de três ondas: (i) a primeira referente à assistência jurídica; (ii) a segunda traduzida pela tutela de interesses metaindividuais, com a articulação da representação de direitos coletivos mediante ações de classe e de interesse público; (iii) e, por fim, a terceira onda abordando os procedimentos judiciais, seus custos e o tempo de duração.

Nesse diapasão, a primeira onda de acesso à justiça encontra-se atrelada à capacidade postulatória individual das pessoas que têm problemas econômicos, de modo que o conceito de acesso estaria relacionado àqueles que comprovassem insuficiência de recursos econômicos.

A primeira onda da justiça, que traz o ideal de justiça para pobres, encontra intensa aproximação axiológica com os debates acerca da efetivação da Defensoria Pública.

É nesse cenário que se fala em justiça para pobres, existindo estudos recentes justamente com esse objeto, a exemplo do desenvolvido pela Comissão

5 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet, 1988, p. 67-68.

6 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., 67-68.

7 ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2017, p. 72.

do Empoderamento Legal do Pobre, denominado de “Fazendo a lei trabalhar para todos”. No relatório, há a apresentação do conceito de empoderamento legal do pobre, *in verbis*:

Empoderamento legal é o processo pelo qual o pobre torna-se protegido e é capaz de usar a lei para proteger seus direitos e seus interesses, tanto em relação ao Estado como em relação ao mercado. Ele inclui o pobre tornando expressos seus plenos direitos e consolidando as oportunidades que surgem a partir disso, por meio de apoio público e de seus próprios esforços, assim como de esforços de apoiadores e de redes mais amplas. Empoderamento legal é uma abordagem baseada no país e no contexto específico, que tem lugar tanto em níveis nacionais como locais⁸.

No Brasil, além da criação da Defensoria Pública, a primeira onda de acesso à justiça remonta à edição da Lei nº. 1.060/50, que regulamenta a assistência judiciária e, bem assim, a instituição dos juizados especiais, que possibilitam a propositura de ações independentemente da constituição de advogados, além de prever isenção das despesas de sucumbências.

A segunda onda de acesso à justiça, por sua vez, se preocupa com o problema cultural de acesso à justiça, protraindo-se pela necessidade de tratamento coletivo do processo. Com efeito, Cappelletti e Garth⁹ perceberam a necessidade de serem tuteladas três situações, que até então não eram protegidas pelo sistema: 1) a questão dos bens ou direitos de titularidade indeterminada; 2) bens ou direitos individuais cuja tutela não é aconselhável sob um ponto de vista economicamente, e 3) bens ou direitos cuja tutela coletiva é recomendável por uma questão de economia.

Em relação aos bens e direitos de titularidade indeterminada, a exemplo do meio ambiente e o patrimônio público, entendeu-se que, por via de regra, eram bens que frequentemente ficavam sem tutela, sendo necessária a criação de instrumentos (i.e., lei de ação civil pública) e legitimados coletivos (i.e., a defensoria pública) específicos para o processo coletivo.

No que concerne aos bens ou direitos individuais cuja tutela individual não é coletiva sob um ponto de vista econômico, Garth e Cappelletti¹⁰, apontam que, não obstante possível, no plano jurídico, o exercício da tutela, esta não ocorria em razão da inviabilidade econômica ou pouco recompensa do direito, devendo-se realçar,

8 ALMEIDA, Guilherme de. Acesso à justiça, direitos humanos e novas esferas da justiça. **Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar**, 2012, p. 83-102.

9 ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2017.

10 ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. Op. cit.

aqui, elementos como os custos psicológicos e financeiros.

Por fim, a terceira hipótese apontada refere-se aos bens ou direitos cuja tutela coletiva seja recomendável por questões de economia; trata-se de situações em que a tutela coletiva é recomendável, justamente em razão da molecularização dos conflitos. Aqui, a preocupação não é com a parte, mas com o sistema, que deve potencializar a solução de conflitos.

É nesse diapasão que se apresenta o processo coletivo brasileiro, iniciado com a Lei de Ação Popular, mas impulsionado com a promulgação da Lei de Ação Civil Pública e posterior edição do Código de Defesa do Consumidor. O que é característico dessa onda renovatória é a premente necessidade de representação em juízo dos direitos metaindividuais.

Quanto à terceira onda de acesso à justiça, esta está relacionada ao denominado novo enfoque do acesso à justiça, na perspectiva de identificação, elaboração e aplicação de técnicas extrajudiciais.

A terceira onda renovatória de acesso à justiça, por sua vez, compreende que o foco do processo deve estar na sua efetividade. Deve-se buscar, com efeito, um processo menos técnico e que produza mais resultados.

2. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: RECONSTRUÇÃO EPISTÊMICA DO DIREITO PARTINDO DE BAIXO

O novo constitucionalismo pluralista latino-americano pode ser compreendido como movimento de descolonização do Direito, propondo um redirecionamento jurídico em favor das populações até então desconsideradas em suas necessidades fundamentais e invisibilizadas por um discurso linear subalterno.¹¹

De forma similar ao neoconstitucionalismo, o novo constitucionalismo latino-americano encontra seu centro normativo nas Constituições dos Estados soberanos. Além disso, outro aspecto em comum diz respeito à posição dos princípios em uma interpretação do direito, tendo como centro normativo os direitos fundamentais e como proposta o reencontro entre a ética e a ciência jurídica.

A distinção entre os dois movimentos constitucionais parte do fato de que o constitucionalismo latino-americano busca fundamento não em correntes jusfilosóficas, mas na sociologia e na antropologia, apontando, assim, para as

11 DALMAU, Rúbem Martínez. **El nuevo constitucionalismo latino-americano y el proyecto de Constitución del Ecuador**. In: *Alter Justicia*, 2008, p. 17-27.

condições sociais e históricas concretas. Ademais, tem como objetivo a fundação de Estados pluriétnicos e democráticos, voltados à descolonização.

A releitura do direito constitucional na América Latina se destacou tendo em vista uma constância: a característica do pluralismo cultural de seus povos. Com a necessidade de redesenhar o modo como o direito constitucional projeta a irradiação de tutela sobre povos multiculturais, os saberes tradicionais, elevados à condição de princípios, ocuparam espaço de destaque.

Sobre o novo constitucionalismo pluralista latino-americano, impera a tese segundo a qual toda essa desconstrução/reconstrução político-constitucional veio no afã de descolonizar o Direito na América Latina.

Conforme entendimento de Quijano¹², a constituição da América Latina, num momento de formação de um emergente capitalismo, deu-se com base numa relação de sujeição de poder para com os centros hegemônicos localizados sobre o Atlântico. “Em pouco tempo, com a América Latina, o capitalismo torna-se mundial, concentrado, e a colonialidade e a modernidade instalando-se associadas como eixos constitutivos do seu específico padrão de poder, até hoje”, afirma Quijano¹³.

Dessa forma, o Direito na América Latina continuou a refletir o padrão de poder da sociedade europeia, ignorando a formação de novas identidades culturais típicas da colonialidade – índios, negros, mestiços.

É nesse cenário que Quijano¹⁴ aponta para a consolidação de um conhecimento tipicamente eurocêntrico, como característica cultural da modernidade, na medida em que era ignorada qualquer cosmovisão que não refletisse as linhas matrizes da perspectiva cognitiva europeia.

Trata-se do mito da modernidade: a verdadeira incrustação da linearidade histórica (falso linearismo europeu), que categoriza as sociedades em estados de civilização e que separa o indivíduo da natureza, sendo essa percebida apenas como recurso a ser explorado. Essa construção de conhecimento por meio do paulatino evoluir da experiência social é o que Boaventura de Sousa Santos (2009, p. 9) denomina de epistemologia.

Nesse cenário, os vários rostos da América Latina ficaram à margem da

12 QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. LANDER, Edgardo (org), 2005, p. 227-278.

13 QUIJANO, Anibal. Op. cit., 227-278.

14 QUIJANO, Anibal. Op. cit., p. 280.

consolidação das novas entidades culturais que surgiam, pelo sistema capitalista e pelo ordenamento jurídico e, nesse sentido, ensina Zaffaroni¹⁵ que:

A inferioridade da região marginal foi sintetizada com clareza por Hegel na versão germânica do etnocentrismo colonialista quando, na sua interpretação da história, deixou de lado, à medida que ascendia o Geist, todas as culturas convergentes em nossa região marginal.

O processo de institucionalização pelo qual passou o período da Modernidade é criticado, nessa toada, por Silva Filho¹⁶, uma vez que legitimou por meio da codificação do Direito e solidificação da ordem jurídica da época uma violação física e também cultural, na qual negava-se a identidade do “outro”.

Segundo ainda posicionamento defendido por Silva Filho¹⁷, “toda a violência derramada na América Latina era, na verdade, um ‘benefício’ ou, antes um ‘sacrifício necessário’”. Dessa forma, puniam-se os negros e índios por “serem inferiores” ou por recusarem “o modo civilizado de vida” sustentado pelo colonizador.

Há, portanto, com o novo constitucionalismo pluralista latino-americano, uma virada epistemológica, uma vez que foram negados os paradigmas constitucionais vigentes (epistemologia dominante) e buscou-se uma transformação desse hipercontexto científico que pretendeu-se universalista.

Nesse sentido é que o epistemicídio neoliberal foi refutado, partindo-se rumo à construção/reinvenção de uma epistemologia do Sul, que abarcasse as peculiaridades culturais comuns às diversas realidades sociais encontradas na América Latina¹⁸.

Com efeito, Nanni¹⁹ leciona que foi o processo de descolonização – embebido pela filosofia da libertação – aliado a outras transformações históricas, que conduziram a maioria dos povos anteriormente dominados a recuperar sua soberania, de forma que se passou a reconhecer, no plano jurídico, o direito de todos

15 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a parte de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição, 1991, p. 168.

16 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje**: o discurso da “inferioridade” da América Latina. *In*: Revista de Estudos Criminais 7 Doutrina, 2006, p. 107.

17 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje**: o discurso da “inferioridade” da América Latina. *In*: Revista de Estudos Criminais 7 Doutrina, 2010, p. 272.

18 SANTOS, Boaventura Sousa de. **Para além do Pensamento Abissal**: das linhas globais à uma ecologia de saberes. *In*: MENESES, Maria Paula; SANTOS, Boaventura de Sousa. Epistemologias do Sul, 2009, p. 10.

19 NANNI, Antonio. *L’educazione interculturale oggi in Italia*, 1998.

os grupos humanos à identidade cultural.

Trazendo esses conflitos epistêmicos para a América Latina, tem-se que a perspectiva racional eurocêntrica, hegemônica e universalizante conseguiu se estabelecer até o início da segunda metade do século XX, quando, então passou a ser questionada via movimentos sociais²⁰.

Está-se frente ao produto de uma antítese – a epistemologia emancipadora –, possível apenas quando se aceita a tese de superação de Estado uno, tal qual idealizado por Schmitt.

Nesse jaez, tem-se que o novo paradigma constitucional (antítese mencionada) ora em apressa, vem como uma resposta tardia para uma política de colonização e desconstrução de identidade, praticada desenfreadamente pelo **colonizador** europeu.

Essa tentativa de hegemônizar ou universalizar as diversas culturas existentes era, na verdade, parte de um plano maior de construir um modelo de Estado nos moldes do Estado europeu uno.

Com efeito, o Estado Constitucional Moderno de Schmitt, fundamentado no constitucionalismo eurocêntrico se institucionaliza quando cria barreiras, fecha suas fronteiras e separa, de modo analítico, amigos de inimigos. Nesse cenário, **inimigos** são todos aqueles que são diferentes. Tal teoria nunca poderia prosperar em se tratando dos Estados componentes da América Latina, visto que a diferença – de etnia, cultura etc. – é característica marcante desses povos.

E por isso mesmo é que se diz que no novo paradigma pretendido com as modificações nas cartas políticas da Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador buscou-se superar o antigo sistema colonial e, com isso, trazer à tona setores há séculos marginalizados.

Ilustra com clareza o quadro de descolonização o fato de que esses países incluíram em suas cartas constitucionais referências à refundação de Estados pluriétnicos ou pluriculturais.

A busca por se firmar como sociedades não mais homogeneizadas se vê latente nas Constituições da Venezuela: *“el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural em un Estado”* (preâmbulo da Constituição Bolivariana da Venezuela); do Equador: *“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social,*

20 LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Pluralismo jurídico, pós-colonialismo e resignificação hermenêutica.** In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza - CE, 2010, p. 573.

democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico” (artigo 1º da Constituição do Equador); da Bolívia: “*Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario*” (artigo 1º da Constituição Política do Estado de Bolívia); e da Colômbia: “*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista*” (artigo 1º da Constituição Política de Colômbia).

A menção ao caráter plurinacional representa a ideia de construção de nações identificadas com os interesses dos diversos grupos historicamente suprimidos, no sentido de que “*la plurinacionalidad es una demanda por el reconocimiento de otro concepto de nación, la nación concebida como pertinência común a una etnia, cultura o religión*”²¹.

Conforme lição de Santos²², o plurinacionalismo tem como epicentro o reconhecimento dos direitos coletivos dos diversos grupos sociais em situações as quais os direitos individuais positivados se manifestam ineficazes no que tange à tutela jurídica de sua identidade cultural. Nesse prisma, resta evidente que esse novo momento constitucional proposto tem como sustentáculo a releitura dos direitos fundamentais.

Com efeito, a reconstrução constitucional proposta nesses países é balizada especialmente na certeza de se consubstanciarem como países multiculturais e, justamente multiculturalismo, na lição de Touraine²³ representa a novidade de grupos definidos em termos de nação, etnia ou religião e que, até certo tempo, só tinham existência na esfera privada e que adquirem agora existência pública, às vezes forte o suficiente para que se passe a questionar o seu enquadramento em determinada sociedade nacional.

Nesse espeque, a descolonização emancipatória é elemento comum aos Estados refundados da Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador, fato que se comprova com a preocupação no período de elaboração das novas Cartas constitucionais com a tutela jurídica das cosmovisões indígenas e com as redefinições epistêmicas de soberania e democracia participativa.

21 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado em Latino America**: perspectivas desde una epistemología del Sur, 2010, p. 97.

22 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado em Latino America**: perspectivas desde una epistemología del Sur, 2010, p. 97.

23 TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Trad. Gentil Avelino Titton, 2006, p. 169.

Acerca do primeiro ponto, pode-se perceber que as novas Constituições estabeleceram extenso rol de direitos fundamentos às comunidades indígenas, com o fim de preservar sua identidade cultural, fato que sob a ótica internacional já vinha sendo reforçado com a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT – e, de forma mais recente, com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas em 2007.

Ademais, os saberes indígenas passaram a constituir parte relevante do conhecimento dessas nações, daí porque cabível pensar em um giro epistemológico rumo ao Sul²⁴.

3. A NOVA ARQUITETURA DO ACESSO MULTICULTURAL À JUSTIÇA NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Conforme se viu, as tradições indígenas foram respeitadas na medida em que são consideradas – nas constituições e em sedimentada jurisprudência – suficientes para inclusive fundamentar decisões judiciais.

No que concerne aos aspectos referentes à soberania, Buckhart²⁵ arvora o entendimento de que esta é transmitida para o povo por meio de contestação, ou seja, via revoluções, movimentos sociais, nos quais se discute a participação popular na política.

Tal como visto, é o que ocorreu nas últimas Constituições dos países objeto de análise e, como consequência dessa rediscussão em torno de exercício de soberania e legitimidade, superou-se a concepção montesquieana de tripartição de poderes, conferindo maior participação do povo nos atos do Estado.

Assim, surgiu na Venezuela o *poder ciudadano*, na Bolívia o controle social e no Equador o quinto poder, todos com o mister de contribuir com a fiscalização da atuação do Estado, bem como para a implementação de políticas públicas. Outra característica comum diz respeito à necessidade vista por vezes de, na produção legislativa, observar-se o procedimento de referendo, corolário da participação do

24 SANTOS, Boaventura Sousa de. **Refundación del Estado em Latino America**: perspectivas desde una epistemología del Sur, 2010.

25 BURCKHART, Thiago Rafael. **O 'novo' constitucionalismo latino-americano e a positivação de direitos pluralistas**: uma análise crítica acerca do direito indígena nas recentes constituições. *In*: Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, 2013.

povo no Estado contemporâneo²⁶.

As novas arquiteturas constitucionais e, principalmente, suas filosofias, compartilham de similitudes e pontos de convergência suficientes para que se possa admitir a existência de um novo momento constitucional, o qual seus defensores – Brandão²⁷, Santos²⁸, Wolkmer²⁹, dentre outros – denominam de novo constitucionalismo latino-americano.

Traço da proteção às cosmovisões indígenas se refere à previsão constitucional contida no artigo 246 da Constituição colombiana de 1991, *in verbis*:

ARTICULO 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Como se depreende da leitura do dispositivo supra, ficou instaurado na Colômbia que, paralelamente à Justiça comum ordinária, atuaria uma justiça indígena, norteadas pelos saberes tradicionais que não contrários à Carta constitucional.

Com efeito, faz-se mister o comentário de que não apenas a Constituição, mas os Tribunais colombianos vêm cada vez mais defendendo os direitos dos povos aborígenes.

Nesse sentido, a sentença T-921/13 proferida pela Corte Constitucional da Colômbia, veio no sentido de reconhecer a competência exclusiva da jurisdição penal indígena pelos crimes cometidos por seus membros, possibilitando ainda que as medidas de privação de liberdade sejam aplicadas na comunidade de origem do

26 BURCKHART, Thiago Rafael. **O 'novo' constitucionalismo latino-americano e a posituação de direitos pluralistas**: uma análise crítica acerca do direito indígena nas recentes constituições. *In*: Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, 2013.

27 BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista latinoamericano**: participação popular e cosmovisões indígenas (pachamama e sumak kawsay). Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre. Área de concentração: Sociedade, Democracia e Direitos Humanos Orientador: Prof. Bruno Galindo, 2013.

28 SANTOS, Boaventura Souza de. **Refundación del Estado em Latino America**: perspectivas desde una epistemología del Sur, 2010.

29 WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações. **Direito em Debate**, 2002, p. 19.

apenado, de modo a preservar seus costumes étnicos³⁰.

No que tange à administração da Justiça, o novo Estado pluricultural venezuelano instituiu instâncias de jurisdição indígena, parte integrante do Poder Judiciário com competência exclusiva para a solução de lides que tenha como partes os índios.

Sobre a justiça indígena, estabelece o artigo 260 da Constituição da República Bolivariana da Venezuela:

Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

De fato, essa nova roupagem conferida à tutela dos povos aborígenes, que passaram a possuir capítulo próprio na Carta Constitucional - *De los Derechos de los pueblos indígenas* - vem como consequência do pluriculturalismo jurídico, característica marcante na Venezuela pós-1999.

Na Bolívia, a modificação, no tocante ao acesso à justiça, foi de cunho de engenharia constitucional.

Deve-se mencionar que, não obstante o fato da Justiça boliviana ter como órgão central o Tribunal Constitucional Pluricultural, que inclusive possui composição mista, é estabelecida constitucionalmente a equivalência entre a justiça ordinária e as diversas formas de solução de conflitos de origem indígena.³¹

Dessa forma, cada comunidade indígena pode constituir seu próprio tribunal, com juízes eleitos entre os moradores e cuja decisão possui o condão de fazer coisa julgada material, vale dizer, a matéria não pode ser rediscutida na justiça comum.

30 *El fuero indígena es el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, a ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir, por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad. En este sentido, se constituye en un mecanismo de preservación étnica y cultural de la Nación colombiana en tanto se conservan las normas, costumbres, valores e instituciones de los grupos indígenas dentro de la órbita del territorio dentro del cual habitan, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-921/13).*

31 *Artículo 189 I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Agroambiental, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces. La jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades. II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.*

Mais recentemente, ao decidir uma questão de competência, o Tribunal Constitucional Pluricultural boliviano fundamentou o acórdão em critérios culturais e antropológicos, estabelecendo bases jurídicas distintas entre a Justiça Comum e a Justiça Indígena, de modo que se deu passo à frente na consolidação de um modelo de jurisdição multifacetado, comunitário, sem hierarquia e balizado na proteção aos direitos humanos e à plurinacionalidade dos povos.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Tercera; en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y el art. 12.7 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, en revisión, resuelve: APROBAR en parte la Resolución 01/2012 de 27 de enero, cursante a fs. 40 a 41, pronunciada por el Juez Segundo de Instrucción en lo Penal del departamento de Chuquisaca; y en consecuencia, determina: 1º CONCEDER la tutela solicitada, respecto a todos los derechos denunciados como lesivos, disponiendo el cese de todo acto contrario al paradigma del vivir bien desarrollado en la presente Sentencia. 2º ORDENAR a la Unidad de Descolonización del Tribunal Constitucional Plurinacional, en coordinación con Secretaría General, proceder a la traducción de la presente Sentencia al quechua y aymara, idiomas utilizados por el pueblo indígena originario campesino de Poroma de acuerdo al informe pericial cursante en antecedentes. 3º ORDENAR a la Unidad de Descolonización del Tribunal Constitucional Plurinacional, la socialización de la presente Sentencia en el pueblo indígena originario campesino de Poroma. 4º ORDENAR a Secretaría General del Tribunal Constitucional Plurinacional, la difusión del presente fallo por plasmar un entendimiento fundante en cuanto a los roles del control plural de constitucionalidad en relación a decisiones de la Justicia Indígena originario campesina (BOLÍVIA., Decisão: 1422/2012 do Tribunal Constitucional Plurinacional. Magistrada Relatora: Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños).

Avançando nas indagações epistemológicas, arvora-se o entendimento de que a Carta boliviana inaugurou o dito constitucionalismo plurinacional na medida em que “es claro que uno de los aportes centrales del proceso boliviano es haber colocado en primer plano la noción de plurinacionalidad”. Assim, tem-se uma verdadeira releitura e rearquitectura estatal com a superação do Estado nacional monocultural.

Essa nova epistemologia é sustentada em grandes duas dimensões: pela concessão de direitos aos povos indígenas autônomos ao território, à terra e aos recursos naturais, e o segundo aspecto, que se refere à representação direta da população nos poderes públicos (*cogobierno*).

Nesse afã, o refundado Estado boliviano consolidou-se na forma de um “régimen de autonomía y descentralización, en el cual caben las fórmulas tradicionales de departamentos y municipios junto con las territorialidades indígenas originario-campesino”.

Malgrado os desafios em implementar as políticas de inclusão contidas na Constituição boliviana, é certo que se trata de modificações consistentes no que concerne à busca pela construção de um Estado pluricultural e mais democrático, fundado no respeito às diferenças étnico-culturais.

Sobre o Equador, imperioso destacar a lição de Brandão³², para quem a Constituição do Equador mostra-se seriamente comprometida com o projeto de transformação da sociedade e, nesse processo, insere elementos novos à teoria constitucional.

Vem a lume a reconstrução que ocorreu no Equador com a incorporação das cosmovisões indígenas que, ao mesmo tempo, descontrói o ideal de Estado monocultural, tão presente no Direito e na sociedade moderna. Antes de mais nada, afirma o autor³³, as modificações que tomaram conta do Equador “acabam por simbolizar a força daqueles que foram invisibilizados pela história e pelo Direito”.

Santos³⁴ obtempera que representou a Constituição equatoriana importante passo rumo ao reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, mantendo sua identidade, inclusive no que diz respeito à conservação e ao desenvolvimento de seus saberes, aqui tratados como propriedade intelectual e, além disso, patrimônio cultural.

Ainda acerca dos princípios norteadores da refundação do Estado equatoriano, tem-se que tal recebe aporte na jurisprudência. Prova do exposto é a

32 BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista latinoamericano**: participação popular e cosmovisões indígenas (pachamama e sumak kawsay). Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre. Área de concentração: Sociedade, Democracia e Direitos Humanos Orientador: Prof. Bruno Galindo, 2013.

33 BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista latinoamericano**: participação popular e cosmovisões indígenas (pachamama e sumak kawsay). Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre. Área de concentração: Sociedade, Democracia e Direitos Humanos Orientador: Prof. Bruno Galindo, 2013.

34 SANTOS, Boaventura de Sousa. *De las dualidades a las ecologias*, 2012.

publicação do acórdão referente ao processo nº 0072-14 CN³⁵, no qual o Pleno do Tribunal Constitucional decidiu que, em se tratando de questões indígenas, o Código Penal merece uma interpretação intercultural. Vem a lume, aqui, o multiculturalismo não como simples mandado de otimização, mas como suporte hermenêutico.

À GUIA DE CONSIDERAÇÕES

O novo constitucionalismo latino-americano surgiu como proposta de novo paradigma de reconstrução do direito à luz dos valores multiculturais.

Nessa perspectiva, defende-se a tutela de direitos fundamentais dos grupos tradicionais a partir do desenvolvimento de uma nova arquitetura constitucional, complexa, não monódica, mas a voz coral de uma pluralidade diversificada mesmo se coligada.

Um dos destaques do novo constitucionalismo latino-americano refere-se ao acesso à justiça. Isso porque se observa a consolidação – ao menos em nível de previsão constitucional – de uma dimensão plural e diversificada do acesso à justiça, com recortes étnicos e de gênero, especialmente em países como Bolívia, Equador, Venezuela e Colômbia.

Pode-se citar, como exemplo do exposto, a instituição, na Bolívia de um Tribunal Constitucional Plurinacional, com composição mista, sendo estabelecida, constitucionalmente, a equivalência entre a justiça ordinária e as diversas formas de manifestação da justiça indígena, com a possibilidade de criação de tribunais indígenas, com juízes eleitos e utilizando-se do direito natural indígena.

No mesmo sentido, na Venezuela houve a instituição de instâncias de jurisdição indígena, como sendo parte integrante do Poder Judiciário, com competência exclusiva para a solução de lides que tenham como parte os índios.

O mesmo pode se observar na Colômbia e no Equador. Modificações estruturais com o fito de pluralizar o sistema de justiça, facilitando o acesso – não apenas ao Judiciário, mas ao modelo público de assistência jurídica gratuita – como forma de descolonização epistemológica em favor especialmente dos povos tradicionais.

35 *En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional expide la siguiente: SENTENCIA: 1. Aceptar la consulta de norma remitida por el juez segundo de garantías penales de Orellana. 2. Declarar que em el caso concreto la aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal merece una interpretación desde una perspectiva intercultural, con el fin de evitar vulneraciones a derechos constitucionales (EQUADOR. Caso nº. 0072-14-CN. Corte Constitucional del Ecuador).*

Se de um lado o acesso à justiça se conforma como metadireito, garantia fundamental essencial e indisponível no novo constitucionalismo latino-americano, a preocupação com a tutela dos direitos fundamentais – e por consequência, o acesso à justiça –, perde seu caráter monódico e passa a ser plural, abrindo-se os olhos do horizonte jurídico para os povos tradicionais.

Nessa toada, parte-se de previsões acerca da instituição de instâncias com composições plurais, de sorte a possibilitar a construção de decisões dialógicas e o desenvolvimento de um sistema público de acesso à justiça vocacionado às diferentes demandas multiculturais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme de. Acesso à justiça, direitos humanos e novas esferas da justiça. **Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar**. São Carlos, v. 2, n. 1, jan-jun 2012, p. 83-102.

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista latinoamericano**: participação popular e cosmovisões indígenas (pachamama e sumak kawsay). Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre. Área de concentração: Sociedade, Democracia e Direitos Humanos Orientador: Prof. Bruno Galindo. Recife, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/10796/Disserta%C3%A7ao%20pedro%20augusto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 mar. 2019.

BURCKHART, Thiago Rafael. **O ‘novo’ constitucionalismo latino-americano e a positivação de direitos pluralistas**: uma análise crítica acerca do direito indígena nas recentes constituições. *In*: Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

CANOTILHO, João José Joaquim. **O direito constitucional como ciência de direção - o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade** (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). *In*: CANOTILHO, João José Joaquim; CORREIA, Érica Paula Barcha; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (orgs). *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Metodología «fuzzy» y «camaleones normativos» en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales.** In: *Derechos y libertades - Revista del instituto Bartolomé de las casas*, p. 35-50, vol. Feb. 1998. Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1319?show=full#preview>. Acesso em: 02 out. 2016.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas. **Revista Forense (318)**. Rio de Janeiro, Forense, Abril/Maio/Junho, 1992, p. 120-128.

CRORIE, Benedita Mac. **Os Direitos Sociais em Crise?** In: CALVÃO, Filipa; GOMES, Carla Amado; GONÇALVES, Pedro; MELO, Helena. (orgs.) *A crise e o Direito Público: VI encontro de professores portugueses de Direito Público.* Instituto de Ciências Jurídico- Políticas: Lisboa, 2013.

DALMAU, Rúben Martínez. **El nuevo constitucionalismo latino-americano y el proyecto de Constitución del Ecuador.** In: *Alter Justicia*, n. 1. Guayaquil, oc. 2008, p. 17-27. Disponível em: <http://sites.google.com/site/martinezdalmau2/AlterJustitia1.doc>. Acesso em: 31 mar. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** São Paulo, Malheiros Editores, 6ª ed., 1998.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Pluralismo jurídico, pós-colonialismo e resignificação hermenêutica.** In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Fortaleza - CE, 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3228.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

NEGREIROS, Marcelo Costas Fernandes de; RODRIGUES, Rodolpho Penna Lima. **Assistência Jurídica Expansiva e as Facetas da Vulnerabilidade.** Disponível em: <https://www.defensoria.se.def.br/?p=8108>. Acesso em: 11 jun 2019.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rúben Martínez. **La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo.** In: *Debates constitucionales en nuestra America, El nuevo derecho*, nº. 48, 2013. Disponível em: http://www.academia.edu/9744793/_La_Constituci%C3%B3n_democr%C3%A1tica_entre_el_neoconstitucionalismo_y_el_nuevo_constitucionalismo_en_El_Otro_Derecho_no_48_2013_p%C3%A1gs._63-84._Con_

Roberto_Viciano_Pastor. Acesso em: 23 mar. 2015.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. LANDER, *Edgardo (org)*. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 227-278.

ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Boaventura Sousa de. **De las dualidades a las ecologías**. 1. ed. La Paz: Red Boliviana de mujeres transformando la Economía, 2012.

_____. **Refundación del Estado em Latino America: perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

_____. **Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais à uma ecologia de saberes**. In: MENESES, Maria Paula; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Epistemologias do Sul*. Almedina: Coimbra, 2009.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” da América Latina**. In: *Revista de Estudos Criminais 7 Doutrina*, 2006, p. 107.

STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje**. Trad. Gentil Avelino Titton. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações. **Direito em Debate**, Ijuí, n. 16/17, p. 9-32, jan-jun 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a parte de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.