

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**NEOCONSTITUCIONALISMO E NOVO CONSTITUCIONALISMO SUL-
AMERICANO: COTEJO ENTRE OS PARADIGMAS BRASILEIRO E BOLIVIANO
DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.**

NEYLLON RANGEL DE SOUZA

**Rio de Janeiro
2016/ 2º Semestre**

NEYLLON RANGEL DE SOUZA

NEOCONSTITUCIONALISMO E NOVO CONSTITUCIONALISMO SUL-AMERICANO: COTEJO ENTRE OS PARADIGMAS BRASILEIRO E BOLIVIANO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dr^a. Carolina Cyrillo.

Rio de Janeiro
2016/ 2º Semestre

Souza, Neyllon Rangel De.

Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Sul-americano: Cotejo entre os Paradigmas Brasileiro e Boliviano de Jurisdição Constitucional.

Neyllon Rangel de Souza – Rio de Janeiro, 2016.

82 f.

Orientadora: Carolina Machado Cyrillo da Silva

Trabalho de conclusão de curso (graduação) –
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Neoconstitucionalismo; 2. Novo Constitucionalismo Sul-americano; 3. Novo Constitucionalismo Latino-americano; 4. Jurisdição Constitucional; 5. Direito Constitucional; 6. Direito Comparado; 7. Brasil; 8. Bolívia. I. Da Silva, Carolina Machado Cyrillo orientadora. II. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Sul-americano: Cotejo entre o Paradigma Brasileiro e Boliviano de Jurisdição Constitucional.

CDD: 341.202

NEYLLON RANGEL DE SOUZA

NEOCONSTITUCIONALISMO E NOVO CONSTITUCIONALISMO SUL-AMERICANO: COTEJO ENTRE OS PARADIGMAS BRASILEIRO E BOLIVIANO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dr^a. Carolina Cyrillo.

Data de aprovação: ___/___/___

Banca examinadora:

Carolina Cyrillo

José Ribas Vieira

Leonardo Carrilho

Rio de Janeiro
2016/2º Semestre

Dedico este trabalho a minha avó Dona Dina, pelo seu amor incondicional e seu apoio sempre seguro para me fazer crescer e seguir em frente, e a minha mãe, Evilásia, por estar sempre ao meu lado em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

O maior aprendizado que tive após todos esses anos na Faculdade Nacional de Direito, além da sólida formação jurídica humanizada, foi a certeza de que jamais alcançarei nenhum dos meus objetivos sozinho. Amigos, mestres e familiares, meu muito obrigado!

Nessa longa caminhada tive a honra de fazer muitas amizades, as quais, sem dúvida alguma, levarei durante toda a difícil jornada que se inicia. Durante o caminho também houve tempo para alguns amores, muitas festas, loucuras e descobertas, as quais, devido a intensidade, para sempre ocuparão um espaço especial na memória.

Dizem que a vida universitária é a melhor época das nossas vidas, ainda não vivi o suficiente para ratificar empiricamente tal afirmação. Não obstante, posso afirmar que a transição da doce imputabilidade juvenil para a seriedade da vida de jovem adulto e as responsabilidades que implica, é muito mais rápida do que pensava e exige respostas.

Nas salas, corredores e salões da Faculdade Nacional de Direito pude encontrar algumas dessas respostas, as quais, hodiernamente, fazem parte indissociável da minha personalidade e construção identitária.

Nesse sentido, agradecer aos professores que tive é um ato necessário. Seja pelas suas cobranças, ou pelo conhecimento dispensado, pela generosidade intelectual e, sobretudo, pela vivência acadêmica, a qual revelou-se inspiradora, prospectando admiração e vontade de cada vez saber mais, para o constante aperfeiçoamento profissional e humano. Também não posso esquecer dos meus amigos mais próximos, pela ajuda, pelos sorrisos e por servirem de família que a gente escolhe, quando a distância nos coloca distante daquela que os laços de sangue pré-estabeleceram.

Por fim, agradeço ao CACO por minha formação política e registro todo meu amor as duas mulheres que sempre fizeram por mim, até quando desconfiei de mim mesmo. Obrigado vó Dina, obrigado, minha mãe, Evilásia. Amo muito vocês!

"O mapa-múndi que nos ensinaram dá dois terços para o norte e um terço para o sul. No mapa, a Europa é mais extensa do que a América Latina, embora, na verdade, a América Latina tenha o dobro da superfície da Europa. [...] O mapa mente. A geografia tradicional rouba o espaço, assim como a economia imperial rouba a riqueza, a história oficial rouba a memória e a cultura formal rouba a palavra." (2013, p. 323).

Eduardo Galeano

RESUMO

O presente trabalho almeja esclarecer o desenvolvimento dos institutos de jurisdição constitucional no âmbito do processo constitucional em países vizinhos, quais sejam, Brasil e Bolívia. Os quais, apesar de terem sofrido um intenso e cruel processo de colonização, apresentam atualmente o maior e menor desenvolvimento econômico e social da América do Sul, respectivamente. O que aqui se propõe, portanto, é um exercício de cotejo normativo entre seus paradigmas legais e teórico-filosóficos, representativos de dois fenômenos da moderna teoria constitucional entre países que filiam-se à família da tradição romano-germânica do Direito, quais sejam, o "Neoconstitucionalismo", no Brasil e o "Novo Constitucionalismo Latino-americano", na Bolívia. Outrossim, ao analisar o desenvolvimento da jurisdição constitucional no direito comparado busca-se contribuir para o aperfeiçoamento das instituições político-jurídicas de ambos os países e fortalece o desenvolvimento da dialética constitucional.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Novo Constitucionalismo Latino-americano; Jurisdição Constitucional; Direito Comparado; Brasil; Bolívia.

ABSTRACT

This monograph aims to clarify the development of judicial review institutes within the scope of the constitutional process in neighboring countries, namely Brazil and Bolivia, which, despite having undergone an intense and cruel process of colonization, currently face the highest and lowest level of economic development in South America, respectively. What is here proposed, therefore, is an exercise of normative comparison between their legal and theoretical-philosophical paradigms, representative of two phenomena of the modern constitutional theory, between countries linked to the civil law tradition, namely, Neoconstitutionalism in Brazil and the "New Latin American Constitutionalism" in Bolivia. In analyzing the development of constitutional jurisdiction in comparative law, the paper also aims to contribute to the improvement of the legal and Political institutions of both countries and to strengthen the development of constitutional dialectics.

Keywords: Neo-constitutionalism; New Latin American Constitutionalism; Judicial Review; Comparative Law; Brazil; Bolivia.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

- Figura 1.** Promulgação da Constituição brasileira de 1988, por um Congresso Nacional Constituinte majoritariamente composto por homens brancos e ricos 34
- Figura 2.** Guerra do Gás 47
- Foto 3:** Evo Morales rodeado por lideranças dos movimentos sociais na cerimônia de promulgação da Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009 52
- Foto 4:** Mulher com bandeira Aymara, simbolo da diversidade de culturas, povos, etnias e identidades que convivem no Estado Plurinacional da Bolívia..... 65

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPE	Constituição Política do Estado
CR	Constituição da República
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DI	Direito Indígena
DO	Direito Ordinário
EUA	Estados Unidos da América
JIOC	Justicia Indígena Originaria Campesina
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
TCP	Tribunal Constitucional Plurinacional
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UFRJ	Universidade Federal do Rio de Janeiro
UN	União Européia
UNASUL	União das Nações Sul-americanas

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. NEOCONSTITUCIONALISMO: DA CONSTITUIÇÃO COMO MERO CONTRATO SOCIAL À SUPREMACIA CONSTITUCIONAL:	13
2.1 A teoria constitucional que refunda o Direito.	13
2.2. Evolução da cultura constitucional brasileira e o desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil.	19
3. O NOVO CONSTITUCIONALISMO SUL-AMERICANO:.....	35
3.1 Debates terminológicos e semânticos acerca do “constitucionalismo sem pais”.....	35
3.2 Características Gerais do Novo Constitucionalismo Sul-americano.	38
4. A BOLÍVIA E O NOVO CONSTITUCIONALISMO SUL-AMERICANO.....	42
4.1 A luta por um Estado Plurinacional.....	42
4.3 O Tribunal Constitucional Plurinacional: organização, estrutura e sistema de eleição de magistrados.	66
4.4 Jurisdição Constitucional Boliviana: desenvolvimento e aspectos atuais.	70
5. CONCLUSÃO.....	78
6. REFERÊNCIAS	82

1. INTRODUÇÃO

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, temos vivido um período de forte crescimento do prestígio do Direito Constitucional, muito em decorrência da força normativa que o texto constitucional tem conquistado em praticamente todos os países ocidentais.

Mais recentemente, a América Latina, tem se destacado pelo desenvolvimento de uma teoria constitucional própria. O fenômeno desencadeado pela Colômbia, em 1991, Venezuela, em 1999, Equador, em 2008 e, a mais recentemente, Bolívia, em 2009, guarda estreita relação com os precedentes históricos e sociais desses países.

A análise do desenvolvimento normativo e das instituições garantidoras da prática e da efetividade da jurisdição constitucional é essencial para compreendermos a expressão latino-americana da Democracia.

Mais especificamente, ao analisarmos o exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos pelo poder Judiciário, no Brasil e na Bolívia - países paradigmáticos, pois, os quais, apesar de igualmente terem enfrentado um processo cruel de colonização, apresentam realidades sociais diferentes, tendo em vista tratarem-se do país mais rico (Brasil) e o mais pobre (Bolívia) da América do Sul - percebemos que há um evidente processo de distanciamento teórico e prático.

Nesse exercício de análise e cotejo, não se pode olvidar seus diferentes marcos teóricos-filosóficos constitucionais, quais sejam, a filiação Neoconstitucionalista brasileira e a experiência boliviana no bojo do Novo Constitucionalismo Sul-Americano. Portanto, resta-se evidente que o presente trabalho insere-se à luz da seara Constitucional.

Inicialmente, destaca-se que a escolha dos dois países no presente estudo, deve-se a critérios objetivos, capazes de permitir um profícuo exercício de cotejo teórico-normativo, no

estudo do direito comparado.

A constituição brasileira promulgada em 5 de outubro de 1988 foi a culminância de um intenso movimento em busca da redemocratização do país, que almejava a superação das agruras autoritárias impetradas pelo regime ditatorial militar, e do estabelecimento de direitos e garantias individuais.

A Carta Maior de 1988, segundo a doutrina do Ministro Gilmar Mendes:

Pela primeira vez na História do nosso constitucionalismo, apresentava o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana e o Título dos direitos fundamentais logo no início das suas disposições, antes das normas de organização do Estado, estava mesmo disposta a acolher o adjetivo *cidadã*. (MENDES, 2016, p. 100).

Ao seu turno, a Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia, ratificada por referendo realizado em 15 de janeiro de 2009 e promulgada pelo presidente Evo Morales em 7 de fevereiro de 2009, emergiu após um contexto de forte instabilidade política e social. Crises como a “Guerra da Água” em 2000, a “Guerra do Gás” em 2003, e a renúncia seguida de dois presidentes, após intensos protestos populares, e por fim, a eleição do ex-líder sindical cocaleiro indígena, Evo Morales, em 2005.

Com amplo apoio dos movimentos sociais sindicais, camponeses e indígenas, o novo texto da Carta Magna trouxe profundas transformações na estrutura social e administrativa do Estado Plurinacional Boliviano, dignas de nota, que serão futuramente aprofundadas.

Nesse sentido, a escolha dos específicos textos normativos constitucionais no presente trabalho deve-se, no caso brasileiro, a sua eminência política, econômica, geográfica e populacional no contexto constitucional Sul-americano. Outrossim, suas peculiaridades históricas e epistemológicas merecem o devido destaque.

Quanto à Bolívia, ressalta-se seu caráter neófilo diante dos demais textos constitucionais na América do Sul e o seu ineditismo e originalidade, ao trazer previsões nunca antes implementadas. Considerando também seu marco teórico-filosófico, inserido-o em um conjunto que também contempla a Colômbia, a Venezuela e o Equador. Portanto, ambos os países dignificam-se ao estudo.

Destarte, em busca de uma maior rigor terminológico, utiliza-se no presente trabalho o termo “Novo Constitucionalismo Sul-americano” ao invés das variações “Novo Constitucionalismo Andino” e ainda “Novo Constitucionalismo Latino Americano” encontradas na doutrina.

Por uma precisão metodológica prefere-se o uso do gentílico Sul-americano por não se confundir com a profusão semântica de caráter étnico, político, geográfico, histórico, antropológico, social e etcetera trazida pelo termo “Latino Americano”.

Isto posto, além de uma análise acerca dos diferentes fenômenos constitucionais existentes na região da América do Sul - notadamente aqueles observados no Brasil e na Bolívia - o presente trabalho reconhece a força normativa constitucional e também aborda elementos dos seus sistemas de revisão judicial das normas postas pelo legislativo.

Mormente pelo desenvolvimento de mecanismos capazes de assegurar a preponderância das previsões contidas na Carta Maior sobre as demais normas do ordenamento jurídico, através do instrumento do controle de constitucionalidade, visando à consecução e efetividade das normas, princípios e direitos contidos no texto constitucional

2. NEOCONSTITUCIONALISMO: DA CONSTITUIÇÃO COMO MERO CONTRATO SOCIAL À SUPREMACIA CONSTITUCIONAL:

2.1 A teoria constitucional que refunda o Direito.

Como lecionam os professores Sarlet (2012, p. 32) e Mendes (2016, p. 49) o surgimento da constituição como elemento abstrato é tão antiga quanto a própria civilização ocidental. Remetendo a Platão (428 a.C - 348 a.C) e suas elucubrações empíricas formuladas na obra “A Política”, sem olvidar as normas do Direito Medieval inglês (Magna Carta Inglesa de 1215), perpassando por Bodin (1530 - 1596) na França da Era Moderna, atingindo maior

destaque em Hobbes (1588-1679) e sua célebre obra pós-Revolução Gloriosa, o *Leviatã* (1651), inaugurando a fase contratualista.

Outrossim, destaca-se a pertinência das ideias de Locke (1632-1704) publicadas em seu “Segundo Tratado do Governo Civil” (1690), além de Montesquieu (1689-1755) e de Rousseau (1712-1778), que, com suas ideias derrubaram reis na Revolução Francesa (1789-1799) e encorajaram a Revolução de independência dos Estados Unidos da América (1776), com a publicação de suas obras “O Espírito das Leis” (1748) e “O contrato Social” (1762), respectivamente. Inaugurando o surgimento das primeiras constituições formais da contemporaneidade.

Os países ocidentais do continente europeu e os Estados Unidos da América passam pela consolidação da Revolução Industrial no século XIX, impõem-se como potências imperialistas no fim do mesmo século e guerreiam na Primeira Grande Guerra, travado em solo europeu.

Solo, o qual, estava completamente destruído ao fim da Segunda Guerra Mundial. Onde não apenas milhões de vidas haviam sido perdidas e sua infraestrutura gravemente destruída, mas também, no plano abstrato, suas instituições e normas haviam desmoronado.

A reconstitucionalização da Europa pós-guerra trouxe a superação do positivismo jurídico kelseniano, iniciando a era pós-positivista. A Itália inaugura essa nova geração ao promulgar sua nova constituição em 1947 e instaurando sua Corte Constitucional em 1956, superando o fantasma fascista.

Na sequência, destaque-se a experiência alemã e sua Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e a instalação do seu Tribunal Constitucional Federal em 1951, sem olvidar a reconstitucionalização portuguesa, 1976, e a da Espanha em 1978, como importantes marcos referenciais.

No Brasil, a Constituição que recebeu o epíteto de cidadã pelo presidente da Assembleia Constituinte, Ulysses Guimarães, quando da sua promulgação em 1988, serviu de supedâneo para nossa redemocratização, superando o autoritarismo e a violência estatal

institucionalizada do regime ditatorial militar, instituindo no país o respeito à dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a supremacia do Estado Democrático de Direito.

Sobre o tema, leciona a professora da UERJ, Ana Paula de Barcellos:

Com a superação desses regimes, diversos países decidiram introduzir em seus textos constitucionais elementos relacionados a valores e a opções políticas fundamentais, na esperança de que eles formassem um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias. Essa esperança era reforçada – e continua a ser – pelo fato de tais elementos gozarem do status de norma jurídica dotada de superioridade hierárquica sobre as demais iniciativas do Poder Público. Por esse mecanismo, então, o consenso mínimo a que se acaba de referir passa a estar fora da discricionariedade da política ordinária, de tal modo que qualquer grupo político deve estar a ele vinculado. (BARCELLOS, 2007, p. 5)

A esse novo fenômeno, de implicações diversas, que desenvolveu-se desde o fim da segunda grande guerra na europa continental e, posteriormente, na América Latina, com o fim das ditaduras civis-militares na segunda metade do século XX, deu-se o nome de neoconstitucionalismo.

Não obstante seus primeiros marcos textuais terem emergido a quase setenta anos, tal terminologia só foi cunhada na década de 1990, creditada à jusfilósofa genovesa Susanna Pozzolo, durante o “*XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social*”, realizado em Buenos Aires e La Plata, na Argentina, entre os dias 10 e 15 de agosto de 1997.

A grande divergência acerca da conceitualização do Neoconstitucionalismo levou a doutrina a asseverar a existência “(...) no de uno, sino de varios (neo)constitucionalismos (...)” (CARBONELL, 2011, p. 9). Apesar dessa polissemia, é possível identificar elementos sistêmicos capazes de estabelecer um paralelismo ideológico entre esses diversos autores. Sobre o tema escreveu a referenciada jusfilósofa italiana Susanna Pozzolo, com brilhantismo:

Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo. Me refiero, en particular, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y, sólo en parte, Carlos S. Nino. Probablemente estos iusfilósofos no se reconocen dentro de un movimiento unitario, pero, en favor de mi tesis, en sus argumentaciones es posible encontrar el uso de algunas nociones peculiares que posibilita que sean agrupados dentro de una única corriente iusfilosófica. (POZZOLO, 1998, p. 339).

Como explica o constitucionalista mexicano, Miguel Carbonell, são constituições:

Que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. (CARBONELL, 2007, p. 9).

Assim, malgrado encontrar farta definição teórica, o Neoconstitucionalismo traz um conjunto de características comuns, observadas nos diversos países que o desenvolveram como marco teórico-filosófico jurídico hegemônico. Sobre o tema, o ministro Luís Roberto Barroso, com autoridade, leciona:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2007, p.15).

O professor italiano, Luigi Ferrajoli (2010, p. 100), destaca um dos traços imanentes ao Neoconstitucionalismo, qual seja, a positivação de normas de natureza ética e moral, incorporando-as ao ordenamento jurídico posto, na forma de princípios ou de regras de direitos fundamentais.

Portanto, trata-se de um fenômeno pós-positivista, por tentar superar a eterna contenda jusfilosófica entre a ideia de uma abordagem do Direito por um prisma baseado no “governo das leis”, previsível e silogístico, ou, uma abordagem naturalista, onde se concede maior poder discricionário ao julgador na hora de produzir o Direito, sujeitando a coletividade ao “governo dos homens” e ao seu alvedrio volitivo ao interpretar as normas em cotejo com o caso concreto, exarando uma outra norma na espécie de decisão jurídica.

Nesse sentido, um dos traços fundamentais dos textos constitucionais identificados com a teoria Neoconstitucionalista é a introdução de juízos axiológicos por meio de princípios, segundo Ferrajoli (2010, p. 100), “através da positivação da *lei da razão* na forma dos princípios e dos direitos fundamentais neles estipulados, como limites e vínculos à lei da vontade, ou seja, à lei da maioria, expressa pela vontade de maiorias eventuais.”

Assim, a previsão de princípios e de normas de direitos fundamentais, permite as constituições garantistas capilarizar a incidência de juízos axiológicos em todos os ramos do Direito, seja de natureza de Direito Público, ou ainda, de Direito Privado. Afetando as

relações jurídicas como um todo, alterando profundamente os antigos axiomas liberais individualistas na seara do Direito Civil consumerista, por exemplo, promovendo a reformulação de procedimentos em respeito ao “princípio da dignidade da pessoa humana”.

Tal teoria também traz limites à atividade legislativa, ao estabelecer parâmetros e objetivos que condicionam a elaboração de leis, buscando otimizá-las para a formulação de políticas que busquem a consecução “de tais objetivos” (FERRAJOLI, 2010, p. 108). Esse fenômeno só é possível graças a outra característica fundamental da teoria neoconstitucionalista, qual seja, a supremacia e força normativa do texto contido na Carta Maior.

Contudo, a ideia de Constituição como vértice do ordenamento jurídico, formando a figura de uma pirâmide onde a Carta Maior ocupa o ápice hierárquico normativo, surge, originariamente, como teoria densa na obra do austríaco Hans Kelsen.

Em sua obra, “Teoria Pura do Direito”, publicada originariamente em 1934 e rapidamente alçada ao posto de cânone máximo da escola juspositivista, milita o austríaco pela existência de um Direito asséptico, puro em relação aos outros campos do conhecimento, sejam eles de lógica deôntica ou apofântica.

Esse raciocínio, como leciona o professor Ferraz Júnior (2011, p. 157), pressupõe que a norma fundamental seja mera expressão de um ato de poder, portanto, posta, sendo relevante apenas as questões acerca da sua efetividade e validade. Sem se ocupar com elementos extrajurídicos, como a legitimidade democrática da norma ou suas implicações éticas e morais.

Contudo, como escrito alhures, a Teoria Pura do Direito foi cooptada pelos regimes nazifascistas autoritários que surgiram na Europa continental a partir da década de 1930, por permitir a realização de atos humanamente deploráveis no campo moral e ético e por fundarem-se sem questionamentos de cunho democrático e de legitimidade, haja vista tratarem de temas “alheios” ao Direito posto.

O Neoconstitucionalismo assimila a ideia da hierarquia normativa, contudo, retoma questionamentos de caráter jusnaturalista, positivando elementos aprioristicamente alheios ao Direito, como as normas referentes aos Direitos Fundamentais e dos mecanismos do processo eleitoral e legislativo que garantam a consecução do princípio democrático.

O Neoconstitucionalismo, pretende, portanto, refundar o direito. Indo muito além de uma teoria da Constituição, pois busca reformular a maneira como são decididos os conflitos, priorizando uma teoria da argumentação jurídica calcada na racionalidade que cerca a justificação das decisões judiciais.

O jusfilósofo alemão, Robert Alexy, traz importante contribuição à teoria neoconstitucionalista com sua obra Teoria da Argumentação Jurídica (1976), onde busca elencar critérios para verificar a racionalidade de uma decisão valorativa exarada por juízo competente. Estabelecendo uma série de critérios lógico-normativos para fornecer ao julgador um sistema concatenado capaz de permitir uma decisão justa e racional, não meramente discricionária.

O sistema é definido como um “código de razão prática”, fornecendo “uma sinopse e uma formulação explícita de todas as regras e formas de argumentação prática racional” (ALEXY, 2001, p. 186).

Por esses elementos assinalados, e outras características próprias de cada sistema, o Neoconstitucionalismo alçou a Constituição ao posto de ápice normativo nos ordenamentos nacionais. Além da difusão lexical dos “direitos fundamentais” e a formulação de uma “teoria da argumentação” na tentativa de produzir uma justificação “racional” das decisões judiciais.

Nesse sentido, com a consolidação do Neoconstitucionalismo como teoria de Direito hegemônica, emerge a convolação do “Estado de Direito” positivista e silogístico em “Estado Constitucional de Direito” baseado na ponderação de princípios e regras e na supremacia da Constituição.

Sobre essa questão debruça-se o constitucionalista espanhol Dalmau (2009, p. 2), para quem “el neoconstitucionalismo pretende, sin ruptura, alejarse de los esquemas del positivismo teórico y convertir al Estado de Derecho en el Estado constitucional de Derecho.”

2.2. Evolução da cultura constitucional brasileira e o desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil.

Passamos a análise da evolução da cultura constitucional brasileira, desde a constituição imperial outorgada em 1824 até à imperatividade do texto constitucional democrático observada nos dias atuais.

A tradição constitucional brasileira revela, como será estudado doravante, desde as suas origens, um caráter pouco democrático no que tange à participação popular nos processos de elaboração dos textos constitucionais, como expressão do poder constituinte originário.

A Constituição de 1824, outorgada pelo próprio Imperador D. Pedro I, ao fim do longo período colonial português, inaugura um longo período de desprezo à força normativa do texto constitucional e às instituições democráticas.

Conquistada a independência de Portugal, é instituída a Assembleia Constituinte que seria responsável pela elaboração do primeira Constituição brasileira.

No entanto, alguns meses depois, D. Pedro I resolve dissolvê-la - com o apoio do Partido Português - composto por ricos comerciantes portugueses e altos funcionários públicos - e outorga seu próprio projeto constitucional em 1824.

O texto constitucional aprovado, bastante centralizado na figura do Imperador, destoava fortemente dos demais textos constitucionais latino-americanos da época, de caráter republicano e liberal.

Entre as principais características, destaca-se a previsão do “poder moderador”, superior aos demais poderes (legislativo, executivo e judiciário). Outrossim, concedia ao Imperador o poder de nomear os governantes das províncias além das eleições indiretas e do voto censitário. Os direitos políticos eram restritos aos homens livres e ricos e para serem eleitos deveriam comprovar uma renda pré-estabelecida proporcional ao cargo que seria ocupado. Sem olvidar a permissão da manutenção do sistema escravocrata que já vigia por mais de 300 anos no país.

Ao reproduzir o paradigma europeu majoritário dos princípios da supremacia da lei e do parlamento, delegando à Assembleia Geral, de acordo com seu artigo 15, VIII, a “tarefa de elaborar as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” (MARINONI, 2015, p. 885) a Constituição Imperial de 1824 proibia ao judiciário a interpretação da lei, devendo o magistrado, em caso de dúvidas na sua aplicação, recorrer ao legislativo.

Nesse contexto, o legislador possuía uma posição de supremacia em relação ao judiciário e sobre todos eles a onipotência do Poder Moderador. Portanto, se os juízes não podiam sequer interpretar as leis, tampouco haveria a mera hipótese de exercício do controle difuso, muito menos, do controle concentrado.

Por seu caráter autoritário e centralizador, a constituição de 1824 sobreviveu a várias crises e tentativas de revolução no Brasil imperial, ostenta a mais longa vigência da história constitucional do Brasil, com um total de 65 anos.

Após a promulgação da República, em 1889, o proclamador e Chefe do Governo provisório, Marechal Deodoro da Fonseca, e seu Vice, Rui Barbosa, nomearam uma comissão responsável por elaborar um projeto que posteriormente seria encaminhado à Assembleia Constituinte, tal projeto vigorou como Constituição provisória até 24 de fevereiro de 1891, quando foi promulgada a primeira Constituição da nossa história republicana.

Incorporando as transformações advindas do fim do regime escravocrata, a constituição da República Velha abandona o paradigma parlamentar franco-britânico e o substitui pelo presidencialismo federalista estadunidense.

Entre as principais inovações estão a separação entre o Estado e a Igreja, notadamente a religião católica, a federalização da forma de Estado, a forma de Governo republicana em detrimento da forma monárquica hereditária, e a substituição do sistema de governo parlamentarista pelo presidencialismo.

Ainda é relevante ressaltar a adoção da independência e harmonia entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, além da primeira previsão de um remédio constitucional, o “habeas corpus”, e a maior abertura ao voto, ainda restringindo-o aos mendigos e analfabetos.

A influência doutrinária estadunidense - em muito devido aos pensamentos do baiano Rui Barbosa - refletiu não apenas no novo nome do país, que passou a chamar-se “Estados Unidos do Brasil”, mas também na inauguração da jurisdição constitucional, com a instituição do controle difuso de constitucionalidade das leis.

De acordo com o artigo 60, *a*, da Carta Magna de 1891 competiria aos juízes e tribunais federais processar e julgar “as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, *em disposição da Constituição Federal*” (MARINONI, 2015, p. 887, grifo do autor), no mesmo sentido a lei 221, de 20.11.1894, em seu artigo 13, §10 previu que:

(...) os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição. (BRASIL. Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894).

Segundo a inteligência do multitalentoso Barbosa, tal previsão “deu poder aos juízes para apreciar a legitimidade das leis em face da Constituição.” (MARINONI, 2015, p. 887). Assim também entende MENDES (2015, p. 1096) para quem “não havia mais dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade”.

Não obstante o esforço doutrinário da época, a prática do controle de constitucionalidade manteve-se bastante limitada no período, muito em decorrência da inação dos magistrados do Supremo Tribunal Federal.

Em 1 de março de 1930, o paulista Júlio Prestes é eleito presidente do Brasil, rompendo a regra consuetudinária de alternância entre São Paulo e Minas Gerais, que garantia a estabilidade na “República do Café-com-leite”.

Ulteriormente, inconformados com a nomeação do paulista Júlio Prestes como candidato governista, os mineiros articularam a “Aliança Liberal” em conjunto com gaúchos, paraibanos e forças opositoras de outros estados, propondo a candidatura de Getúlio Vargas, do Rio Grande do Sul, a presidência, e a de João Pessoa, da Paraíba, como seu vice.

Derrotados, iniciaram em 3 de outubro de 1930, o movimento armado que almejava derrubar o governo de Washington Luís e impedir a posse de Júlio Prestes. A Revolução logrou-se vitoriosa em 24 de outubro de 1930 e Vargas tomou posse como presidente provisório em 3 de novembro de 1930, revogando a Constituição anterior, pondo fim a velha república oligárquica.

O desprezo do regime getulista à teoria da constituição e a limitação do poder, levou o país a viver três anos sob um governo provisório ilimitado e de caráter discricionário.

Neste contexto, somando-se o descontentamento paulista com a Revolução de 1930 e o clamor pela aprovação de um novo texto constituinte, ensejou-se a deflagração da Revolução Constitucionalista de 1932.

O movimento armado durou poucos meses, iniciado em 9 de julho de 1932, sem o esperado apoio dos governos de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul, fracassou em 1 de outubro de 1932.

No entanto, em 1933, o movimento teve um importante saldo positivo, “com Vargas reativando a comissão que elaboraria o anteprojeto de Constituição e com a criação de novos partidos para concorrer às eleições para a Assembléia Nacional Constituinte.” (MOREIRA, 2016)

A Constituição promulgada em 1934, em seu artigo 76, introduziu a previsão do Recurso Ordinário e Recurso Extraordinário, que seriam julgados em sede de competência originária pela “Corte Suprema”.

Outrossim, o rol dos Remédios Constitucionais foram ampliados, surgindo no ordenamento pátrio o Mandado de Segurança (previsto em seu artigo 83, §1º) e legitimou a autoridade da Corte para declarar a inconstitucionalidade de lei e atos do poder público em sede de controle difuso e incidental de constitucionalidade, “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público” (artigo 179).

Pela primeira vez também previu-se a possibilidade de conferir efeitos *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade da Corte Suprema, por meio do poder outorgado ao Senado Federal para suspender a execução de qualquer lei ou ato do poder público, em todo ou em parte.

Assim, o artigo 96, da Carta Magna de 1934, dispunha que, “quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador-Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do artigo 91, IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou ato”.

A Representação Interventiva, prevista em seu artigo 12, §2º, previa a intervenção da União nos Estados para assegurar “a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a a h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais” (art. 12, V).

Todavia, a intervenção federal estaria condicionada à anterior manifestação do Supremo Tribunal Federal mediante provocação do Procurador Geral da República para tomar conhecimento da lei que a tenha decretado, exarando ulterior declaração de constitucionalidade.

Segundo a lição do ministro Gilmar Ferreira Mendes “Esse controle judicial configurava, segundo Pedro Calmon, um sucedâneo do direito de veto, atribuindo-se à

Suprema Corte o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e afirmar, *ipso facto*, a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual.

Advirta-se, porém, que não se tratava de formulação de um juízo político, exclusivo do Poder Legislativo, mas de “exame puramente jurídico.” (MENDES, 2016, P. 113-1114)

Portanto, importante contribuição trouxe a breve Carta Magna de 1934 ao desenvolvimento do controle de constitucionalidades das normas no Direito Constitucional brasileiro, por trazer a primeira hipótese de controle concentrado, ainda que de maneira indireta, de atos normativos dos estados frente ao texto da Constituição, como vértice do ordenamento jurídico.

No entanto, destaca-se que a mesma carta trazia a expressa vedação a judicialização de questões de natureza política, em seu artigo 68.

Sem olvidar que no que tocante a conquistas de gênero, a constituição concedeu, pela primeira em nosso ordenamento jurídico, os Direitos Políticos às mulheres para que pudessem eleger e serem eleitas. Outrossim, introduziu normas de Direitos Sociais, pluralidade sindical e o salário mínimo, além da criação das Justiças Trabalhista e Eleitoral.

Acerca da Constituição de 1937, diz a historiadora Helena Daltro Pontual:

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas deu um golpe de Estado e assumiu poderes ditatoriais. Ele revogou a Constituição de 1934, dissolveu o Congresso e outorgou ao país, sem qualquer consulta prévia, a Carta Constitucional do Estado Novo, de inspiração fascista, com a supressão dos partidos políticos e concentração de poder nas mãos do chefe supremo do Executivo. Essa Carta é datada de 10 de novembro de 1937. (PONTUAL, 2016, p.1)

Com o golpe, Getúlio Vargas põe fim a breve Segunda República e inicia a Ditadura do Estado Novo. Admirador do Nazifascismo, Vargas cria seu próprio regime de exceção. A Constituição de 1937 consagra os desejos da Revolução de 1930, que não se adequavam às aspirações liberais-democratas da Constituição de 1934, que vigorou por apenas três anos.

Vargas e seu Ministro da Justiça, Francisco Campos, idealizaram um Estado autoritário, com um poder forte e concentrado na Presidência da República. Seu objetivo era acabar com o Estado liberal, iniciando um período de forte intervenção estatal para a rápida

industrialização do país. Nesse sentido:

O desenvolvimento econômico através da industrialização era a grande meta estadonovista e, para viabilizar esse propósito maior, foram criados vários órgãos de apoio em áreas estratégicas, como por exemplo o Conselho Nacional do Petróleo, o Conselho Federal de Comércio Exterior, e a Coordenação de Mobilização Econômica - esta, instituída em 1942, com a entrada do Brasil na Segunda Guerra Mundial. (BRAGA, 2016).

Previu a pena de morte, fechou o Congresso Nacional, acabou com a separação entre os poderes, instituiu a eleição indireta para presidente da República, pôs fim a autonomia federativa e ao direito de imprensa, criando a censura prévia. Não obstante, o “pai dos pobres” manteve os direitos trabalhistas.

No que tange ao controle de constitucionalidade, a Constituição de 1937 trouxe mecanismos que restringiram a atuação do judiciário, ao prever que declarada a inconstitucionalidade de lei (artigo 96) em sede de controle difuso de constitucionalidade, poderia o presidente submetê-la ao parlamento.

Caso a lei fosse ratificada por $\frac{2}{3}$ dos votos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, seria declarada válida, decisão que prejudicaria a acórdão do Tribunal.

Nesse diapasão, ensinam as lições do ministro Gilmar Mendes que para alguns, a época: “a norma confirmada seria incorporada ao ordenamento com força de emenda à constituição” (MENDES, 2015, P. 1115). O processualista Luiz Guilherme Marinoni discorda e aduz que:

Assim, a norma deu ao Presidente da República o poder de exigir do parlamento o controle político da constitucionalidade de norma - considerando a sua conveniência e oportunidade - já declarada inconstitucional pelo Judiciário. **Note-se portanto, que a eventual cassação da decisão de inconstitucionalidade não se aproximaria de emenda à Constituição, pois não se toca na norma constitucional, negando-se, apenas, a invalidade da lei violadora do texto constitucional.** (MARINONI, 2015, p. 894, grifo nosso).

Destarte, com o objetivo de promover a rápida industrialização do país, o Estado Novo aproximou-se dos Estados Unidos, que financiaram a criação da indústria siderúrgica nacional em troca do apoio brasileiro aos Aliados na Segunda Guerra mundial.

Não sabia Vargas, que essas ligações com nações estrangeiras que se julgavam “defensoras da Democracia”, mais tarde, justificaria manifestações gerais pela abertura do regime. Getúlio inicia um processo de abertura e transição, com a concessão da anistia e a convocação de eleições diretas para presidente.

Vargas é deposto pelos militares que temiam que sua popularidade e o movimento “queremistas” atiçassem os seus instintos golpistas e entregaram o poder interinamente a José Linhares, então presidente do Supremo Tribunal Federal.

Os militares garantiram a realização das eleições de dezembro de 1945, vencendo o general Eurico Gaspar Dutra, candidato apoiado por Vargas.

A redemocratização do país representou vários avanços, com o restabelecimento de uma série de direitos: a volta das eleições diretas para presidente da República, o fim da censura, a independência dos três poderes, além de direitos individuais como o direito à livre associação, a inviolabilidade de domicílio, ao sigilo de correspondência, à liberdade de crença e etc. Também foi extinta a pena de morte e restabelecido o federalismo.

No que tange ao controle de constitucionalidade, houve o seu restabelecimento. O modelo difuso e incidental prevaleceu inicialmente, ao conceder ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar e julgar os recursos ordinários (artigo 100, II, *a, b e c*) e os recursos extraordinários (artigo 101, III), cabendo ao Senado Federal suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF (artigo 64).

Além disso, a Carta Magna de 1946 introduziu novas conformações ao controle de constitucionalidade para decretação da intervenção federal nos estados, nas hipóteses previstas em seu artigo 7º, VII. Quando “o ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.” (art. 8º, § único).

Em Abril de 1964, o governo de João Goulart foi deposto por militares, culminando no golpe civil-militar de 1964. Goulart exilou-se no Uruguai e o que se seguiu no Brasil foi o início de um governo autoritário e cerceador de direitos individuais.

O período foi marcado por forte repressão aos setores de esquerda no campo e nas cidades, vistos como “inimigos internos” que estariam por trás de um projeto de implementação do comunismo no país.

Logo após o golpe, foi iniciada a prática dos “atos institucionais” - figuras usadas pelo governo ditatorial para governar por decreto - para justificar os atos de exceção que se sucederam, importante destacar que tais atos não possuíam previsão no texto constitucional, portanto ilegais e inválidos.

O mais famoso desses atos foi o AI-5, baixado em 13 de dezembro de 1968, no governo Costa e Silva, vigorou até 1978, servindo de fulcro aos atos cometidos no período mais duro do golpe.

Previa a concessão de poderes ilimitados ao ditador e de imediato estabeleceu o recesso forçado do Congresso Nacional, só voltando suas atividades em outubro de 1969, para eleger o general Emílio Garrastazu Médici presidente.

Excepcionalmente, através do Ato Institucional nº 5, o presidente estava autorizado, sem ser passível de:

(...) apreciação judicial, a: decretar o recesso do Congresso Nacional; intervir nos estados e municípios; cassar mandatos parlamentares; suspender, por dez anos, os direitos políticos de qualquer cidadão; decretar o confisco de bens considerados ilícitos; e suspender a garantia do habeas-corpus. No preâmbulo do ato, dizia-se ser essa uma necessidade para atingir os objetivos da revolução, “com vistas a encontrar os meios indispensáveis para a obra de reconstrução econômica, financeira e moral do país”. (D’ARAÚJO, 2016)

O AI-5 foi incorporado à constituição de 1967, a qual havia sido promulgada um ano antes, em 24 de janeiro de 1967, após o Congresso Nacional aprovar o texto da proposta enviada pelo executivo.

A carta foi chamada por muitos de “super polaca” em comparação àquela promulgada por Vargas durante o Estado Novo - chamada de polaca por sua semelhança com a constituição autoritária que vigorava na Polônia na época.

A constituição de 1967, distinguia-se por ser:

Mais sintética do que sua antecessora, essa Constituição manteve a Federação, com expansão da União, e adotou a eleição indireta para presidente da República, por meio de Colégio Eleitoral formado pelos integrantes do Congresso e delegados indicados pelas Assembleias Legislativas. O Judiciário também sofreu mudanças, e foram suspensas as garantias dos magistrados.

Essa Constituição foi emendada por sucessiva expedição de Atos Institucionais (AIs), que serviram de mecanismos de legitimação e legalização das ações políticas dos militares, dando a eles poderes extra-constitucionais. De 1964 a 1969, foram decretados 17 atos institucionais, regulamentados por 104 atos complementares. (PONTUAL, 2016)

Não houveram alterações substanciais na legislação do controle de constitucionalidade das normas, prevalecendo no ordenamento o controle difuso. Outrossim, manteve-se os mecanismos da Constituição de 1946 no que tange ao controle de constitucionalidade em tese, com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade (art. 119, I, I).

Somente em 1965 é que, de fato, é previsto o expresse controle concentrado de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. A emenda constitucional n. 19, de 26/11/1965, alterou a redação da alínea “k” do artigo 101, que previa ser de competência do Supremo Tribunal Federal o julgamento, em sede de competência originária, da representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo da União e dos Estados, proposta pelo Procurador-Geral da República.

O projeto original de emenda à constituição previu a alteração do artigo 64, determinando a mera comunicação do Presidente do Senado Federal para fazer publicar no Diário Oficial a conclusão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal ou estadual submetido a controle. Ou seja, conferia eficácia *erga omnes* à decisão exarada pela Suprema Corte, no entanto, a proposta foi rejeitada.

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade de normas municipais, a emenda n. 16, alterou a redação do art. 124, XIII, para conferir ao legislador edilício a legitimidade para “estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado”.

O processo de intervenção federal foi alterada, cabendo ao presidente da República a suspensão do ato normativo estadual, ampliada as hipóteses para além daqueles princípios

sensíveis (art. 10, VI, VII), sendo também legitimado o Procurador-Geral da República para propor a intervenção para fazer valer a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial.

Em 1977 foi introduzida a emenda 7, a qual incorporou ao ordenamento a representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal após provocação do Procurador-Geral da República (art. 119, I, *e*).

A mesma emenda determinou ser competente o Supremo Tribunal Federal para conceder liminar de cautela, requerida pelo Procurador-Geral da República (art. 119, I, *p*), superando questão polêmica. Pois a Suprema Corte submetia suas decisões:

(...) inclusive aquelas proferidas em sede de controle abstrato, ao Senado Federal, para que este determinasse a suspensão da execução da lei. Entendia-se que a decisão do STF, tomada em face de ação direta de inconstitucionalidade, não era dotada, por si só, de eficácia contra todos (*erga omnes*), dependendo, para tanto, da atuação do Senado, a suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional. (MARINONI, 2012, p. 898)

Como o Senado Federal não era obrigado a suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional, atuava discricionariamente. Assim as decisões da mais alta corte do judiciário não tinham efetividade alguma.

O professor Luiz Guilherme Marinoni relembra as discussões travadas pelos ministros do STF antes das alterações advindas pela emenda 7/1977, quando da discussão da Representação de Inconstitucionalidade 933 em que foi requerida a concessão de medida cautelar pelo Procurador-Geral da República, José Carlos Moreira Alves, para suspensão da execução das normas objeto da representação.

O professor da Universidade Federal do Paraná, ao analisar o voto dos Ministros Xavier de Albuquerque e Eloy da Rocha, vencidos pelo voto do relator, Min. Thompson Flores, sintetizou seus argumentos em dois pontos:

(...) os votos vencidos se basearam em dois pontos: (i) a ação direta de inconstitucionalidade culmina com a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, não cabendo ao Judiciário, nem mesmo quando profere a decisão de inconstitucionalidade, suspender a execução da lei, pois a competência para tanto é do Senado Federal; (ii) consequência direta disso seria a impossibilidade de o Judiciário conceder liminar, já que estaria antecipando (a suspensão da execução da lei) o que não pode conceder. (MARINONI, 2012, p. 747)

Os argumentos aduzidos foram vencidos pela tese defendida pelo ministro Thompson Flores, sendo a cautelar deferida por maioria, suspendendo a execução da lei até o julgamento em definitivo.

Entendeu a maioria dos ministros que a atuação da Senado Federal estaria vinculada àquela decisão proferida pela Magna Corte, não podendo revê-la, exceto quanto aos preceitos formais constitucionais.

Nesse diapasão, a decisão que declarasse a lei constitucional ou inconstitucional seria dotada de efeitos *erga omnes*, sendo a atuação do Senado “compulsória”, nos termos do voto do ministro relator.

Como bem lembra Marinoni, essa discussão é importante: “para explicar este relevante momento da história da jurisprudência do STF e do desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade.” (MARINONI, 2012, p. 746)

O regime militar inicia um processo de abertura na década de 1970, precisamente em 1974, com a chegada do general Ernesto Geisel à presidência da República. Nessa época o país vivia o fim do “milagre econômico” e os próprios militares previam o esgotamento do regime, propondo uma abertura “lenta, gradual e segura”.

Uma série de medidas foram tomadas como, o fim da censura prévia no rádio e na televisão, a revogação do AI-5, o restabelecimento do *habeas corpus* e a Lei da Anistia e o retorno do multipartidarismo no país, em 1979, quando assumiu o general João Batista Figueiredo.

Na época surgiram o Partido Democrático Social - PDS, governista e herdeiro da antiga ARENA, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB, sucessor do antigo partido de oposição autorizado ao regime, o MDB, o Partido dos Trabalhadores - PT, o qual reunia os setores ligados ao movimento sindical paulista, o Partido Democrático Trabalhista - PDT, vinculado à figura do Leonel Brizola, além do Partido Trabalhista Brasileiro - PTB, esses dois últimos reivindicadores do populismo varguista.

Esses partidos disputam as primeiras eleições gerais para os governos dos estados e legislaturas federais e estaduais, em 1982. Os movimentos sociais, notadamente o estudantil e sindical e demais setores da sociedade civil, se organizaram em torno do movimento “Diretas Já”, reivindicando eleições diretas para a presidência da República. No entanto, apesar de forte apoio popular, a emenda Dante de Oliveira foi derrotada no Congresso Nacional.

No Colégio Eleitoral, vence a chapa de oposição “Aliança Democrática” representada pelo mineiro Tancredo Neves, derrotando o candidato governista, Paulo Maluf, em 15 de janeiro de 1985.

Doente, Tancredo Neves é impedido de assumir a presidência, falecendo em abril de 1985. Após 21 anos de ditadura militar, José Sarney torna-se o primeiro civil a ocupar a presidência da República, convocando a Assembleia Nacional Constituinte em 27 de novembro de 1985.

O texto final da nova constituição democrática, foi promulgado em 5 de outubro de 1988. A nova constituição trouxe um importante rol de direitos fundamentais, entre eles o direito à vida, o direito à igualdade, à livre manifestação de pensamento, o direito à intimidade, o direito à propriedade - que deve atender a sua função social - entre outros.

Além disso, foram conquistados direitos importantes no campo trabalhista, como redução da jornada semanal de 48 para 44 horas, seguro-desemprego e férias remuneradas acrescidas de um terço do salário.

No campo da jurisdição constitucional, a Constituição de 1988, introduziu os chamados “remédios constitucionais”, quais sejam:

- a) O restabelecimento do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII) para “proteger o indivíduo contra atos arbitrários do Poder Público que impliquem restrições ao direito de ir e vir” (MENDES, 2016, pgs. 1126-1127);
- b) O mandado de segurança (art. 5, LXIX, *a*), previsto pela primeira vez na constituição de 1934, atualmente, servindo para garantir, subsidiariamente, direito

líquido e certo não protegido por *habeas corpus* e *habeas data*, sendo também possível a impetração do mandado de segurança coletivo por partido político com representação no Congresso Nacional, entidade de classe ou associação em funcionamento há pelo menos um ano ou organização sindical, em defesa do interesse de seus membros;

c) O *habeas data* (art. 5º, LXXII) para assegurar o “direito de autodeterminação sobre informações” (MENDES, 2016, p. 1127);

d) E o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) para sanar omissão normativa que impeça o gozo de direito garantido pela constituição, recentemente regulamentado pela lei 13.300/2016.

A Constituição também modificou as hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário (art. 102, III) - recurso “desenvolvido segundo o modelo do *writ of error* americano e introduzido na ordem constitucional brasileira pela constituição de 1891” (MENDES, 2016, p. 1127) - de competência do STF nos casos em que a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de lei ou tratado federal, julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da constituição e julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

A alteração decorre da criação do Recurso Especial (art. 105, III) de competência do Superior Tribunal de Justiça, nos casos de ofensa à lei federal, também servindo para pacificar a jurisprudência em casos de interpretações divergentes feitas por diferentes tribunais estaduais sobre o mesmo tema.

No que tange ao controle abstrato de constitucionalidade de normas, é criada a Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a, c/c art. 103) podendo ser proposta pelo Presidente da República, a Mesa do Senado, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma das Assembleias Legislativas, Governador de Estado, Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Segundo a lição do ministro Gilmar Mendes:

Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente. (MENDES, 2016, p. 1129)

Surge também no ordenamento pátrio a Ação de Constitucionalidade por Omissão, no artigo 103, § 2º, resguardando a defesa de direitos subjetivos afetados pela omissão dos poderes legislativo e executivo, podendo ser proposta pelos mesmos legitimados à Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade surge com a emenda constitucional n. 3, de 17/03/1993, tendo como objeto apenas lei federal, sendo substancialmente alterada pela emenda constitucional n. 45 de 2004, a qual ampliou seu rol de legitimados ativos para os mesmos da ADI.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no artigo 102, §1º da CRFB/88 foi regulamentada pela lei 9882/99. Tendo os mesmos legitimados ativos da ADI, a ação contempla matérias referentes a direito pré-constitucional, controvérsias acerca de normas revogadas e o controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal.

Destaca-se, portanto, que a constituição de 1988 altera a sistemática histórica do controle de constitucionalidade no Brasil, abarcando uma série de mecanismos típicos do sistema de controle concentrado, de origem austríaca, também chamado de controle abstrato ou em tese - por não ser caso de inconstitucionalidade incidental em um caso concreto, típico do controle difuso - em detrimento do controle difuso, de origem estadunidense, sem revogá-lo.

Portanto, desde então, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade passou a ser híbrido, contemplando ambas abordagens, ou ainda chamado de “confuso”. O neologismo conceitual cacófono é o resultado do processo de aglutinação entre os sufixos “con-” da

palavra “concentrado”, juntado ao sufixo “-fuso” da palavra “difuso”, formando a nova terminologia “confuso”.

Com a Constituição de 1988 atinge-se à maturidade do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos no ordenamento brasileiro, seja pela via difusa ou concreta, garantindo ao texto normativo a força típica do marco teórico-filosófico do Neoconstitucionalismo, assentando a Supremacia Constitucional, reservando ao poder Judiciário a capacidade de ditar a teleologia da Carta Maior. Avanços na jurisdição constitucional como um todo são observados, com a previsão de vasto rol de “remédios constitucionais” para proteção de direitos. No entanto, a metéria da jurisdição constitucional ou o “Processo Constitucional” ainda não foi contemplada com o prestígio da codificação no Brasil, já realidade em vários países sul-americanos.

Figura 1: Promulgação da Constituição brasileira de 1988 por um Congresso Nacional Constituinte majoritariamente composto por homens brancos e ricos.



Fonte: IPG - Brasil¹

¹ Disponível em: <http://ipgbrasil.org/index/?p=425> Acesso em: 02/12/2016.

3. O NOVO CONSTITUCIONALISMO SUL-AMERICANO:

3.1 Debates terminológicos e semânticos acerca do “constitucionalismo sem país”.

Em busca de uma maior rigor terminológico, utiliza-se no presente trabalho o termo “Novo Constitucionalismo Sul-americano” ao invés das variações “Novo Constitucionalismo Andino” e ainda “Novo Constitucionalismo Latino Americano” encontradas na doutrina.

A utilização da classificação Novo Constitucionalismo Latino-americano é amplamente majoritária. Cunhada pelos professores espanhóis Ruben Martinez Dalmau e Roberto Viciano Pastor, e outros grandes pesquisadores e pensadores do Direito Constitucional da região, como Miguel Carbonell Sánchez e José Ribas Vieira, para citar alguns nomes. Difundiu-se amplamente na medida em que o tema rompia preconceitos e adentrava as portas da academia.

O Professor argentino, Roberto Gargarella (2015, p. 1), também critica tal classificação, propondo uma outra, afirmando que as supostas inovações trazidas pelas “novas constituições” - segundo o professor, ainda que fossem adotados critérios meramente cronológicos para justificar o uso do juízo qualitativo “novo”, tal utilização seria pertinente, contudo, bastante desinteressante - não são necessariamente inéditas se confrontados com os textos anteriores aos marcos fundadores do “Novo” constitucionalismo regional, aqueles classificados como “Velho” constitucionalismo.

Nesse sentido, o professor propõe uma abordagem considerando que ao identificar as peculiaridades comuns a todos os textos constitucionais da região, é possível classificá-las em duas partes principais “(...) that is, in one organic section, which refers to the organization of power, and in one dogmatic section, which involves the declaration of rights.” (GARGARELLA, 2015, p.3)

Contudo, no presente trabalho, por uma precisão metodológica, prefere-se o uso do gentílico Sul-americano por não se confundir com a profusão semântica de caráter étnico, político, geográfico, histórico, antropológico, social e etcetera trazida pelo termo “Latino Americano”.

Outrossim, a América do Sul possui um conjunto de instituições que buscam produzir um esforço teleologicamente orientado para a construção de uma integração regional, materializado na criação da UNASUL em 2008, com o objetivo de difundir valores democráticos e de permitir a existência de um espaço para a deliberação política e econômica entre seus dirigentes nacionais, na busca de soluções de conflitos e na promoção do desenvolvimento regional.

Segundo a professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Carolina Cyrillo Machado da Silva, o *topoi* do *nuevo constitucionalismo* e *viejo constitucionalismo*, além do uso da classificação polissêmica *latino-americano* cria uma cisão no Direito Constitucional da região, o que seria contraproducente tendo em vista o esforço institucional político-jurídico pela integração entre os países sul-americanos - materializado na construção da UNASUL, iniciando suas atividades em 2008 - como objetivo principal na temática geopolítica regional.

Destarte, segundo a constitucionalista gaúcha Silva (2016, p. 2) “América do Sul existe como região geográfica e como região jurídica, América latina não.”

A professora lembra que a previsão de participação popular, mormente no processo de reforma constitucional, não é novidade exclusiva dos textos constitucionais expoentes do *nuevo constitucionalismo* - Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia - haja vista que os textos da Constituição da República Argentina de 1853 e do Uruguai de 1967 trazem em seu bojo mecanismos de participação popular do povo durante o processo de reforma constitucional.

Esse argumento refuta a ideia de que a previsão de instrumentos de participação popular na reforma constitucional seja determinante para classificar as constituições em “novas” ou “velhas”.

Essa constatação não corrobora a ideia de que os representantes do constitucionalismo liberal-conservador *criollo*, associados ao *viejo* constitucionalismo, segundo a classificação adotada pela doutrina de Viciano y Martínez (2005, p. 60) - essa interessante influência doutrinária ibérica no estudo do Novo constitucionalismo latino-americano contradiz as pretensões descoloniais do fenômeno, obviamente, sem negar a qualidade dos trabalhos

desenvolvidos por esses autores - não compartilham desse ponto de contato com as demais Cartas Políticas sul-americanas.

Seguindo o raciocínio, ao propor analisar as instituições constitucionais do subcontinente sul-americano a nível político-jurídico como um conjunto, assevera Carolina Cyrillo, professora de Direito Constitucional da UFRJ que “(...) não apenas por uma questão geográfica, mas por uma questão includente. Pretende-se uma nova roupagem para o objeto de abordagem, capaz de incluir e integrar a região.” (SILVA, 2016, p. 2)

No entanto, concordar com a vertente includente ao abordar todas as constituições da América do Sul, ou alguns conjuntos de países, é em nada obstante da constatação de que há uma distinção axiológica entre aqueles textos definidos por parte da doutrina como pertencentes ao denominado “*Nuevo* constitucionalismo” - quais sejam, Colômbia, Venezuela, Equador e mais recentemente, Bolívia - por possuírem elementos convergentes entre si e divergentes daqueles da tradição classificada como expressão do “*Viejo* constitucionalismo”, permeados por elementos liberais-conservadores igualmente convergentes entre si.

Portanto, falar de um constitucionalismo sul-americano traduz o objetivo moderno de inclusão e integração sul-americana, a despeito do México - com sua trajetória constitucional particular - e das demais ilhas e repúblicas da América Central, que historicamente mais gravitaram a América do Norte que ao Sul por questões políticas e econômicas.

Assim, a adoção da “abordagem inclusiva” (SILVA, 2016, P. 2) em nada obsta o reconhecimento da originalidade dos textos constitucionais desenvolvidos na região nas últimas décadas, que possuem pontos convergentes entre si sem congêneres nos demais textos constitucionais regionais, indo muito além das previsões de participação popular na reforma constitucional, que, como demonstrado, não pode ser considerado um elemento determinante.

Nesse sentido, pelo contrário, o reconhecimento da existência de um “novo constitucionalismo sul-americano” pressupõe a existência de um “constitucionalismo sul-americano” anterior, apenas destacando seu caráter neófito e as características inéditas que trazem, no que tange: às questões de legitimidade democrática desses textos constitucionais; o

respeito aos direitos indígenas em uma dimensão plurinacional; o reconhecimento da “pachamama” como sujeito de direito; seus mecanismos de tentativa de superação das desigualdades sociais e uma série de outros elementos nunca antes observados.

Nesse diapasão, o novo constitucionalismo sul-americano seria mais uma espécie do gênero “constitucionalismo sul-americano” - de desdobramentos mais complexos como um todo e que transcendem as pretensões do presente trabalho - sendo responsável por conhecer as peculiaridades dos marcos teórico-filosóficos constitucionais de determinados países da região, trazendo uma visão não excludente, mas pormenorizada dessas novas tradições democráticas. Portanto, não apenas pode-se falar de um constitucionalismo sul-americano, mas, outrossim, de um novo constitucionalismo sul-americano.

Tal narrativa não almeja promover uma tensão capaz de prejudicar o cotejo sistêmico constitucional da região como um todo, pelo contrário, enseja a construção pormenorizada da tradição constitucional dos países sul-americanos, reconhecendo sua unidade, malgrado valorizar suas originalidades.

Por essa razão, no presente trabalho não falar-se-á sobre o “Constitucionalismo Sul-americano” - como gênero mais abrangente de pesquisa e digno de estudo mais aprofundado, expressão do juízo discricionário macropolítico multi-institucional na região pela busca por integração - mas tão somente sobre o “ Novo Constitucionalismo Sul-americano” - espécie vinculada àquele gênero, sendo a expressão mais recente da experiência teórico-constitucional em determinados países na América do Sul.

3.2 Características Gerais do Novo Constitucionalismo Sul-americano.

Os professores Rubén Martínéz Dalmau e Roberto Viciano Pastor (2010, p. 13) ressaltam a dificuldade encontrada pela doutrina do Direito Constitucional em inovar e experimentar novos modelos e abordagens. A última grande mudança na teoria constitucional ocorreu na Europa continental no pós-guerra e após esse período viveu-se um longo período de estagnação de aproximadamente cinquenta anos.

Ao cruzar o Atlântico, se analisarmos as atuais constituições sul-americanas em critério cronológico, perceberemos que a maioria delas foi aprovada pós-segunda guerra mundial. Além disso, se forem consideradas suas características estruturais, poderíamos dizer que somam-se à tradição do “Civil Law”, e por seus aspectos formais e materiais filiam-se às nações “Neoconstitucionalistas” europeias continentais. Sendo a brasileira o principal exemplo dessa influência, por ser próxima a Lei Fundamental de Bonn alemã de 1949.

A doutrina do “Novo Constitucionalismo Latino-americano” (aqui vamos utilizar a terminologia majoritária para ampliar a bibliografia referencial, que já não é tão volumosa) diverge acerca de quais sejam os marcos normativos referenciais do novo fenômeno. Na região, no entanto, até meados de 1980, a tradição constitucional local não apresentou qualquer inovação relevante, resumindo-se aos “transplantes constitucionais” (GARGARELLA, 2009, p. 5) como classifica o professor argentino, Roberto Gargarella, ao incorporar instituições estrangeiras aos seus corpos constitucionais.

A doutrina da professora peruana, Raquel Yrigoyen Fajardo, classifica as constituições regionais a partir da década de 1980 em três ciclos, considerando aspectos do constitucionalismo pluralista. A constituição brasileira de 1988 integraria o primeiro ciclo (1982-1988), denominado constitucionalismo multicultural. O segundo ciclo chamado de constitucionalismo pluricultural estendeu-se de 1989 a 2005, quando se inicia o terceiro ciclo denominado de constitucionalismo plurinacional em 2006, compreendendo a Constituição Política do Estado Plurinacional boliviano de 2009 – o mais recente texto constitucional regional.

O jurista italiano, Luigi Ferrajoli (2012, p. 232), ao analisar a tradição constitucional romano-germânica (Europa continental e América ibérica) utiliza uma classificação de “gerações”, onde a 1ª Geração do Constitucionalismo é aquela marcada pelas “constituições flexíveis”, nos séculos XVIII e XIX, a 2ª marcada pelas Constituições rígidas do segundo pós-guerra. Já as Constituições de 3ª Geração são longas e preveem instituições de garantia, sendo bem mais complexas e dirigentes que as europeias do 2º constitucionalismo. Essa classificação inclui a constituição brasileira de 1988 como pertencente a essa terceira geração.

Não obstante, autores como os já citados Dalmau e Pastor, além de Miguel Carbonell, José Antonio Martín Pallín, Carlos Gaviria Díaz, Carlos Alberto López Cadena e outros estudiosos consideram que o fenômeno do “Nuevo Constitucionalismo Latino-americano” se inicia com a constituição da Colômbia (1991), a da Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009). O professor da Universidade de Buenos Aires, Roberto Gargarella inclui a constituição argentina pós-reforma de 1994 nesse conjunto (GARGARELLA, 2009, p. 11).

Não obstante a testilha, o consenso na doutrina é a preocupação quanto à legitimação democrática dos textos constitucionais, elemento extrajurídico, anterior ao processo constituinte. Sobre o tema assevera Pastor e Dalmau:

(...) el concepto de poder constituyente democrático, garantizando el origen democrático de la Constitución através de una iniciativa popular de activación del mismo y del ejercicio de dicho poder fundante mediante una asamblea constituyente participativa y plural, así como la conveniente aprobación directa de la Constitución por la ciudadanía a través de una consulta popular. (PASTOR; DALMAU, 2013, p. 9)

Nesse sentido, no Novo Constitucionalismo Sul-americano, assim como no Neoconstitucionalismo, a constituição goza de cogência imediata e força normativa, sobrepondo-se as outras normas.

Além disso, em busca da superação do coronelismo e do risco da “oligarquização do sistema político” (PASTOR; DALMAU, 2013, p. 9) o novo fenômeno busca uma redicalização democrática abrindo espaços para a participação popular direta no processo legislativo, inclusive na reforma constitucional.

Como já visto, a professora Carolina Cyrillo, ao analisar os textos constitucionais da região discorda que a participação popular seja critério determinante para a classificação de um texto constitucional como sendo pertencente ao conjunto do Novo Constitucionalismo Sul-americano, chegando as seguintes conclusões após sua pesquisa:

- 1) A participação popular direta na reforma constitucional existe desde o constitucionalismo liberal-conservador o século XIX, quando na Constituição da Argentina de 1853 exige-se a convocação de convenção constituinte de reforma, exclusivamente convocada para tal fim;
- 2) Que a democracia direta através de plebiscitos e referendos como forma de dar validade as modificações da Constituição é amplamente presente na Constituição do Uruguai de 1967, sendo a Constituição com maior possibilidade de exercício da democracia direta no processo de reforma. (SILVA, 2015, p. 13).

Além da preocupação com a natureza popular e democrática da convocação da Assembleia Constituinte e a posterior ratificação democrática e popular do texto formulado por referendo ativador, e do controvertido critério de participação popular na reforma constitucional, observam-se outros elementos identitários do fenômeno.

Entre eles destacam-se: a ampliação dos direitos sociais e de mecanismos para garantir sua efetividade; estabelecimento de novos princípios axiológicos para a vida em coletividade; incorporação de uma nova abordagem acerca do “Direito Ambiental” ao considerar a natureza, ou melhor, a “Pachamama”, como sujeito de direitos; o desenvolvimento do “Pluralismo Jurídico” para garantir a independência milenar do “Direito Indígena Originário Campesino”; o respeito a “Cosmovisão Indígena” que se associa a noção de “Estado Plurinacional” para o respeito da autonomia dos territórios das nações indígenas originárias; garantia de mecanismos que permitam a independência do Poder Judiciário e a democratização dos órgãos que exercem o controle de constitucionalidade; atenção a exclusão de minorias e de grupos historicamente excluídos pela lógica racista imperialista, como os negros e os índios.

O presente trabalho não busca esgotar todos esses aspectos. Inclusive, essa característica multifacetada do Novo Constitucionalismo Sul-americano, de imenso impacto na “infraestrutura” e na “superestrutura” dos países afetados, é alvo de constantes críticas.

Chegando a ser qualificado por Salazar (apud Pastor; Dalmau, 2013, p.11) como “ornitorrinco jurídico” devido suas características democráticas diferenciadas e a ambiguidade de seu texto, que segundo o mesmo autor gerariam insegurança jurídica. Além dessa, outras críticas de natureza ideológica surgiram de setores mais conservadores, os quais classificam o fenômeno como expressão de um populismo político (PASTOR; DALMAU, 2013, p. 11).

O Novo Constitucionalismo Sul-americano existe como marco teórico e normativo e cabe aos constitucionalistas, pesquisadores e demais operadores do direito compreendê-lo, fazendo críticas e propondo soluções para os problemas que forem observados.

Pois o Novo Constitucionalismo Sul-americano apresenta-se não apenas como expressão ideológica dos governos de esquerda populistas que chegaram ao poder na América

do Sul nas últimas décadas - período que aparentemente parece estar em vias de contra-fluxo, com o restabelecimento de governos neoliberais na região, por via democrática ou golpista - mas como oportunidade de reconciliação da teoria constitucional com o povo latino-americano, historicamente explorado e marginalizado.

4. A BOLÍVIA E O NOVO CONSTITUCIONALISMO SUL-AMERICANO

4.1 A luta por um Estado Plurinacional.

A experiência constitucional boliviana não diverge daquela observada no Brasil. O processo colonial na América portuguesa, apesar de suas características iminentes, guarda grande correspondência com aquele praticado na América espanhola, ambos os povos são “o produto de um mesmo processo civilizatório – a expansão ibérica” (RIBEIRO, 1986, p. 22).

Como bem ressalta Darcy Ribeiro, o colonialismo na América Latina não se encerra com os processos de independência ocorridos no século XIX:

A implantação imperialista se dá em 3 etapas, na medida em que os sistemas de exploração externa que desenvolve alteram suas formas de ação e alargam seus interesses. Na primeira etapa, atua pela exportação de manufaturas e pela conquista de fontes privativas de matérias-primas ou de mercados cativos, sucedendo nesta função às antigas formações mercantis, seja mediante a imposição do estatuto colonial, seja através de procedimentos neocoloniais. Na segunda, correspondente à função das empresas em grandes monopólios controlados por agências financeiras, passa a atuar principalmente pela exportação de capitais na forma de equipamento modernizador da infra-estrutura produtiva das nações atrasadas e de capitais de empréstimo a governos. [...] Na terceira etapa, os procedimentos financeiros são suplantados em favor da instalação, nos países dependentes, de subsidiárias das grandes corporações monopolistas, como dispositivos de exploração de riquezas minerais e de produção industrial para o mercado interno, com o fim de drenar os capitais gerados nas nações pobres para enriquecer ainda mais as nações opulentas (RIBEIRO, 1983, p. 155).

Sem muito divergir do Brasil, a Bolívia, sofreu um processo colonial cruel e, posteriormente, viu um processo estrutural de exclusão da maioria indígena e mestiça - no Brasil, os índios foram dizimados, no entanto, a maioria da população negra ou mestiça sofreu processo de exclusão similar - das estruturas político-jurídicas de poder engendrado por uma minoria branca.

Essa minoria desenvolveu, como bem assevera Silva Junior:

(...) Estados aparentemente independentes diante de sociedades coloniais, pois tampouco poderiam ser consideradas, de fato, nacionais, nem democráticas. Por essa minoria branca, não possuir os

mesmo interesses que a maioria dos outros nacionais que ali viviam, reproduziam sua condição senhorial à população, sendo sequer capaz de desenvolver mais vigorosamente os mecanismos impulsionadores do capitalismo, para não perder a qualidade de senhores. (SILVA JUNIOR, p.38, 2014)

A tradição constitucional boliviana inaugura-se após a Guerra pela Independência, iniciada em 1809 e perdurando até 1825, quando, sob a liderança de Simón Bolívar (1783-1830), liberta-se da coroa espanhola.

As constiuições de 1826 e de 1874 foram similares a constituição brasileira no que tange a baixa expressão democrática, com a centralização do poder nas mãos de um governo autoritário, com a figura de um presidente vitalício. Não obstante, a experiência brasileira distingui-se por manter uma estrutura monárquica, enquanto que o Estado boliviano funda-se em um sistema republicano.

Contudo, a estrutura eleitoral elitista, censitária e oligárquica - formada por uma aristocrácia cefeeira, no Brasil, e de coronéis proprietários de minas, na Bolívia - é outro ponto de encontro não só entre as tradições brasileira e boliviana, mas a praticamente todos os países latinoamericanos na época (VENEGAS, p. 49, 2013).

Esse sistema foi desenvolvido para a manutenção de em uma estrutura latifundiária com forte ideologia racista, como acentua o professor Dr. Edgar Peña Venegas:

Posteriormente al reorganizarse el poder político en la época conservadora- liberal, la modernización del país y la construcción del Estado nacional fueron concebidas como un proyecto indisolublemente ligado a la raza blanca y señorial, cuya premisa central radicaba en la homogeneidad racial. Negando toda representación y realidad, simultáneamente al indígena por ser raza abyecta y degenerada, y al mestizo cholo por ser factor de disolución social. Las élites dominantes pensaban que sólo la raza blanca era apta para la democracia. (VENEGAS, p. 49, 2013)

Nesse contexto, ao analisar a história boliviana, destaca-se a Revolução ocorrida em 1952, quando, pela primeira vez no país, rompe-se a lógica hegemônica dominante. Quando um levante de caráter nacionalista democratiza setores da sociedade, sem contudo promover qualquer “construção étnico-cultural plural da sociedade boliviana”. (SILVA JUNIOR, p.73, 2014)

A Revolução teve rápido êxito perdurando até a queda do presidente Estenssoro, orquestrada pelos militares, em 1964, não obstante, durante sua vigência, trouxe

transformações sem precedentes na Bolívia:

No dia nove de abril de 1952, a Revolução Boliviana teve seu início, por meio de uma insurreição popular que pegou de surpresa as Forças Armadas, causando estrago surpreendente em sua estrutura, quase as desintegrando por completo. Os sindicatos tiveram papel crucial nesse processo revolucionário, ocuparam grandes propriedades de terras, empresas, órgãos de governos municipais, assumindo assim a instância de poder paralelo. O direito ao sufrágio foi dado a todos sem distinção, inclusive aos trabalhadores e indígenas analfabetos. (VIEIRA, 2016, p. 9)

Em 1967 os militares bolivianos executam Che Guevara, permanecendo no poder até 1982, quando os civis retornam ao poder.

Na década de 1980, assim como outros países latino-americanos, a Bolívia enfrenta uma grave crise econômica. Em resposta, o presidente da República, Victor Paz Estenssoro, inicia o processo de aplicação de fortes políticas neoliberais, a partir do decreto 21.060, de 1985, o qual, causou forte retração dos gastos públicos.

O processo de desmonte do Estado se intensifica na década de 1990, com a privatização das minas de estanho - principal produto de exportação boliviano na época - e de diversas empresas públicas. Tal processo agravou a desigualdade social e a exclusão dos povos indígenas.

Não obstante, os movimentos populares, principalmente o sindical e indígena, passam a apresentar um forte comportamento de organização e aglutinação nesse período:

As lutas decorrentes dos efeitos das políticas neoliberais propiciou a formação de uma unidade popular boliviana, agregando sindicatos de trabalhadores, organizações sociais indígenas, camponeses, juntas de vizinhos e trabalhadores informais. Arelado a essa unidade, dando densidade à luta de massas, forjam-se as novas lideranças e aparecem os/as intelectuais orgânicos/as desse processo histórico. Esse bloco histórico robusteceu-se com claras bandeiras anticapitalistas e anticoloniais para enfrentar o neoliberalismo implantado, resgatar princípios soberanos e reformular a dinâmica democrática. O fortalecimento dessas mobilizações, a partir do ano 2000, abre a possibilidade para a reflexão a respeito das novas formas organizativas de luta e mobilização popular.” (SILVA JUNIOR, 2014, p. 100)

Entre as principais revoltas que marcaram a crise do modelo neoliberal boliviano, está a Crise da Água, em Cochabamba, nos anos 2000. Nesse episódio, a empresa estadunidense Bechtel Enterprise Holdings, forma um consórcio com outras empresas, denominado Águas de Tunari, com o objetivo de privatizar a distribuição de água na cidade de Cochabamba, terceira maior do país.

Uma lei foi aprovada, a lei 2.029 de 1999, para facilitar os investimentos estrangeiros e garantir uma grande margem de lucro para as empresas estrangeiras. Nesse contexto, surge a “Coordinadora por la Defensa del Agua y la Vida”, articulando com os sindicatos, associações e demais movimentos sociais da região, com o objetivo de anular a lei e romper o contrato de concessão.

Nas palavras do pesquisador Gladstone Leonel da Silva Junior:

Em janeiro do ano 2000, as manifestações se intensificavam, era a vitalidade da hiperpotencia manifestada, e o governo oferecia pouca margem de negociação reprimindo com a ação da polícia e prisão de manifestantes. Em fevereiro, as manifestações tomaram grandes proporções e o povo ocupou a praça principal da cidade de Cochabamba, mesmo com as tropas do governo trazidas diretamente de La Paz. (SILVA JUNIOR, 2014, p. 102)

Em decorrência do desprezo governamental diante das manifestações, foi realizada uma consulta popular na qual evidenciou-se que “mais de 95% dos votantes rejeitaram a privatização” (KRUSE, 2005, p. 148). O governo ignorou a consulta popular, questionando a sua legitimidade e nesse momento se intensificaram as manifestações:

Diante desse cenário foi convocada uma manifestação que teve início no dia 04 de Abril, que seria conhecida como a —batalha final. Essa insurgência popular gerou a ocupação da sede da Aguas de Tunari, marchas em vários pontos, bloqueios no campo, inclusive em outras regiões do Altiplano andino, nas áreas urbanas e a formação de barricadas em vários pontos da cidade. Os militares uniram-se aos policiais e a repressão aumentou, com inúmeros feridos e a morte de um jovem de 17 anos e outros tantos na região do altiplano. (SILVA JUNIOR, 2014, p. 102)

Menos de uma semana depois o governo local, retira o consórcio Águas de Tunari de Cochabamba e libera aqueles que haviam sido presos em decorrência das manifestações. A lei 2.029 também passa por reformulações, representando importante conquista ao povo cochabambino. (KRUSE, 2005, p. 150)

Após a Guerra da Água, vários acontecimentos abalaram a infraestrutura boliviana, entre eles a “Batalha da Coca”, quando os movimentos cocaleiros, em 2002, se insurgiram contra a tentativa de erradicação da folha de coca - demanda da política externa estadunidense - culminando em um processo de aglutinação dos setores mais excluídos da sociedade boliviana.

Adiante, em 2003, no governo do presidente Gonzalo Sánchez de Lozada, o povo se insurge contra a política de privatização e exportação do gás natural boliviano para os Estados Unidos via portos chilenos.

A venda desse recurso natural afetava diretamente as comunidades indígenas onde o produto seria explorado, contudo, as populações locais foram desprezadas nas tratativas e excluídas dos retornos financeiros.

Os subúrbios e cidades da região metropolitana de La Paz concentraram os revoltosos:

O epicentro das mobilizações em torno dessa bandeira ocorre em El Alto, cidade na região metropolitana de La Paz. Em 1950, havia um pouco mais de 11 mil habitantes, já em 2010, a população da cidade girava em torno de 1,1 milhões de habitantes, ou seja, mais de 10% de toda população da Bolívia, condensando boa parte da sociedade boliviana em uma localização específica (PRADA, 2004, p.103). Essa explosão populacional em El Alto caracterizou a cidade como local de concentração de trabalhadores/as, sobretudo informais, predominantemente pobres e a grande maioria de origem indígena. Ademais, a estrutura organizativa de bairros, amparada nas experiências históricas agrárias e de trabalhadores/as, sobretudo mineiros, ajuda na compreensão da capacidade de mobilização e organização da população de El Alto. (SILVA JUNIOR, 2014, p. 104)

A forte mobilização social atingiu precedentes nunca antes vistos, com a convocação de greves gerais em El Alto e o bloqueio de vias locais. A pauta dos movimentos sociais incluía a nacionalização do gás, a saída do presidente, a revogação do decreto de hidrocarbonetos (Decreto 27.209/03) e a não repressão aos grupos sociais mobilizados. (SILVA JUNIOR, 2014, p. 105)

A crise representou a união dos movimentos dos trabalhadores mineiros e dos indígenas. Nesse período, ocorre uma grande marcha de mineiros de Huanuni à La Paz, a qual teve forte aceitação popular.

Esses grupos desenvolvem uma estrutura cada vez mais organizada, estruturada de acordo com princípios horizontais e dispersa em assembleias deliberativas locais e departamentais. (LINERA, 2008, p. 305)

Figura 2: Guerra do Gás



Fonte: LEONEL JÚNIOR, Gladstone. Reprodução de quadro da Federação de Trabalhadores da imprensa de La Paz. Bolívia. 2010.

O governo de Sanchez de Lozada inicia uma forte ofensiva contra os movimentos sociais insurrecionistas, o que acaba resultando na morte de muitos civis e a figura do presidente é fortemente desgastada. O movimento debate e aprova a chamada “Agenda de Outubro” com suas reivindicações, entre elas, a nacionalização dos recursos naturais e a realização de uma Assembleia Constituinte.

Acuado e sem apoio político e popular, o presidente Sanchez foge do país. Assume o cargo, Carlos Mesa, que inicia um processo de reformas políticas, como a anistia dos presos políticos das manifestações, entre eles, Evo Morales, na época, deputado e líder cocaleiro.

No entanto, a instabilidade política continua intensa, com mobilizações em El Alto, Sucre e Santa Cruz de la Sierra. Mesa renúncia em 2005 e são convocadas novas eleições por Eduardo Rodríguez, presidente da Suprema Corte, no mesmo ano, logrando vitória Evo Morales, indígena de origem Aymara, com 54% dos votos:

Morales nasceu em Orinoca, uma das regiões mais pobres e esquecidas do país. Foi agricultor, padeiro, músico e jogador de futebol até aos 21 anos, quando entrou na vida sindical e tornou-se líder dos camponeses da região de Cochabamba. Defendendo a plantação de coca como forma de sobrevivência dos camponeses, Evo Morales resolveu levar sua atuação ao plano político. Foi eleito deputado em 1998, mas acabou cassado, acusado de terrorismo. Voltou em 2002, quando ficou em segundo lugar para presidência da República. (MARKUN, 2006)

O Pacto de Unidade, formado pelo movimentos sociais que auxiliaram a chegada de Evo Morales ao poder (movimentos indígenas, sindicais e de camponeses) priorizaram a convocação de uma Assembleia Constituinte e a promulgação de uma constituição que contemplasse as pautas dessa coletividade.

Nesse contexto, como bem assevera Boaventura de Sousa Santos, iniciasse um processo de disputa contra hegemônica das instituições estabelecidas:

La tercera dimensión del contexto latinoamericano es que en este continente, más que en ningún otro, se ha logrado en los últimos veinte años hacer con éxito un uso contra hegemónico de instrumentos políticos hegemónicos como son la democracia representativa, el derecho, los derechos humanos y el constitucionalismo. Entiendo por instrumentos hegemónicos las instituciones desarrolladas en Europa a partir del siglo XVIII por la teoría política liberal con vista a garantizar la legitimidad y gobernabilidad del Estado de Derecho moderno en las sociedades capitalistas emergentes. Se trata de instrumentos hegemónicos porque fueron diseñados para garantizar la reproducción ampliada de las sociedades capitalistas de clases. (SANTOS, 2010, p. 59).

Por meio da Lei Especial Convocatória nº 3.364, de março de 2006 é iniciado o processo constituinte boliviano:

A eleição dos constituintes ocorre na sequência, em 02 de Julho de 2006, com a vitória política do MAS-IPSP neste pleito. Destaca-se a eleição de Silvia Lazarte, militante social eleita pelo MAS-IPSP, como primeira presidenta mulher-indígena da Assembleia Constituinte. (SILVA JUNIOR, 2014, p. 179)

O MAS (Movimento ao Socialismo), partido de Evo Morales, levou a maioria dos assentos na Assembleia Constituinte, com um total de 137 das 255 cadeiras, considerando seu grupo de coalizão, elegeram um total de 164 constituintes, totalizando 64% das cadeiras possíveis.

A oposição, ao seu turno, levou 91 constituintes, fechando os 36%. Malgrado, como classificou Dalmau “no Senado a conjuntura não era tão favorável e os acordos com a oposição foram necessários por se exigir uma rígida maioria qualificada para a aprovação do instrumento legal”. (DALMAU, 2008, p. 12).

Portanto, o texto constitucional final foi objeto de intenso embate político e resultou de um consenso entre o governo Morales e a oposição neoliberal, em um paradigma “pretensão x resistência”. Nesse sentido, aduz Dalmau:

(...) la calidad de la reacción contra el proceso, fundamentada en el conocimiento que ya poseían las clases dominantes de experiencias anteriores y/o paralelas —y, por lo tanto, al aprendizaje lógico en cualquier sujeto social ante una situación que potencialmente afectará de forma sensible a sus intereses—, en particular asentadas territorialmente en la serie de departamentos de tierras bajas, conocida generalmente como Media Luna, haciendo alusión a su forma geográfica, en las características institucionales y sociales del país, y en determinados errores cometidos en el transcurso del proceso por parte de sus impulsores, debidos no sólo a la idiosincrasia de la acción revolucionaria, sino a las condiciones en que ésta ha debido darse. (DALMAU, 2010, p. 17)

A forte tensão existente fez com que a Assembleia se mantivesse em recesso por um período de dez meses, restando sem futuro certo durante boa parte de 2007. Os movimentos sociais a favor de Evo Morales saem as ruas em apoio ao texto elaborado na Assembleia Constituinte. Autoridades e instituições internacionais vão a Bolívia para auxiliar a construção de um consenso diante da iminência de guerra civil ou de separação:

Em abril, Jorge Taiana e Celso Amorim, ministros de Relações Exteriores do Brasil e Argentina, e o vice-chanceler colombiano, Camilo Reyes, chegaram à Bolívia para contribuir na busca pela aproximação e diálogo entre as partes. A Igreja Católica também participou como facilitadora, se reunindo com uns e outros. Também foi enviado pela OEA Dante Caputo, como havia anunciado Arce. A conclusão de Caputo não foi muito original: indicou que as partes estavam distanciadas e via riscos de que as diferenças não pudessem ser eliminadas pelo diálogo. (SCHAVELZON, 2010, p. 384).

Até que em outubro o governo fechou negociações com a oposição, alterando substancialmente o texto anteriormente elaborado pela maioria governista:

A pesar de los avances que indudablemente incorpora el texto, incluso después de haber pasado por la manipulación del Congreso, lo cierto es que se perdió la posibilidad de plantear enormes ventajas que, por el momento, se quedarán únicamente en el marco de la propuesta de la Asamblea. (DALMAU, 2010, p. 18)

No entanto, apesar do duro processo de trâmite na assembleia constituinte, o texto elaborado pelos representantes na cidade de Oruru é entregue ao presidente Evo Morales em

dezembro de 2007 pelas mãos da indígena que presidiu a assembleia, Silvia Lazarte. A partir daí inicia-se mais um intenso processo de luta pela ratificação do texto constitucional pelo parlamento da Bolívia.

O período é marcado por uma crise entre os governistas e opositores e de trocas de acusações acerca da legitimidade do processo constituinte. A Corte Nacional Eleitoral suspende, no dia 7 de março, as consultas populares acerca da nova constituição “por falta de condições técnicas, operativas, legais e políticas” (SCHAVELZON, 2010, p. 382).

Na tentativa de construção de um acordo no Congresso Nacional Constituinte, de acordo com a “Lei Interpretativa” anteriormente aprovada para o estabelecimento da Assembleia Constituinte, os representantes deveriam aprovar a Lei Convocatória do referendo ativador por maioria qualificada de $\frac{2}{3}$ dos membros da assembleia.

O período foi de forte articulação, com o presidente Evo Morales dormindo e acampando em frente ao Congresso Nacional com militantes, ministros e membros dos movimentos sociais:

O MAS tinha 80 constituintes e necessitava de 25 votos da oposição para alcançar dois terços. Algumas semanas antes, o ministro Quintana havia advertido, em uma conferência de imprensa, que poderiam aprovar a convocatória por maioria simples, modificando a lei que tinha sido aprovada durante o cerco de fevereiro. O argumento servia para dizer à oposição que independente da presença deles a convocação aconteceria. (SCHAVELZON, 2010, p. 424).

Com lágrimas nos olhos, o presidente, Evo Morales, promulgou em 20 de outubro de 2008, a “Lei de Convocatória”, aprovada por 106 votos - apenas um a mais que os $\frac{2}{3}$ requisitados.

Os bolivianos, no dia 25 de janeiro de 2009, foram convocados a responder a seguinte pergunta:

Você está de acordo em referendar o texto da nova Constituição Política do Estado, apresentado pela Assembleia Constituinte e ajustado pela Comissão Especial de Acordo do Honorable Congresso Nacional, que inclui os acordos obtidos depois do diálogo sobre autonomias, estabelecido entre o governo, prefeitos e representantes municipais, incorporando o resultado da consulta sobre o artigo 398 a ser resolvido nesse mesmo referendo e que a mesma seja promulgada e colocada em vigência como nova Lei Fundamental do Estado boliviano? (SCHAVELZON, 2010, p. 425).

O Sim referendando o texto constitucional obteve 61% dos votos e 80,65% se posicionaram contra o latifúndio (foi estabelecido o limite de 5 mil hectares para a propriedade de terra).

A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia foi promulgado pelo presidente Morales em 7 de fevereiro de 2009, na cidade de El Alto, simbolicamente, seu berço político e palco de intensas manifestações nos anos anteriores. O ato foi assistido por milhares de bolivianos em um estádio lotado e transmitido pela televisão.

No preâmbulo da nova “Constitución Política del Estado” se lê:

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. (Bolívia, Constituição, 2009)

A Constituição da Bolívia como “Estado Plurinacional” vem previsto no “Artículo 1” da Constitución Política do Estado:

Artículo 1. Bolivia se constituye en un **Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario**, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país. (Bolívia, Constituição, 2009, grifo nosso)

O conceito de plurinacionalismo passa a permear o ordenamento jurídico boliviano, e como salienta o constitucionalista boliviano Alan E. Vargas Lima:

Respecto al modelo de Estado Plurinacional, cabe señalar que el mismo, ciertamente no se encuadra en la doctrina constitucional clásica ni contemporánea, dado que se trata de una nueva modalidad de organización política de la sociedad que, como manifiestan sus impulsores, se encuentra destinada a la descolonización de las naciones y pueblos, reafirmando, recuperando y fortaleciendo su autonomía territorial. (LIMA, 2007, p. 7).

Portanto, compreende-se o plurinacionalismo como o reconhecimento da existência dos povos originários, alterando a perspectiva do texto constitucional, incluindo e empoderando esses grupos com mecanismos de autodeterminação, sem a visão de “objeto de estudo” ou de “incapacidade” prevista em outros textos. Segundo Rivera:

(...) siguiendo los fundamentos expuestos en los debates de la Comisión Visión de Estado por quienes lo sustentan, podríamos inferir que se trata de un modelo de Estado que se organiza política,

social y jurídicamente sobre la base de la unión de varias naciones y pueblos indígenas originario campesinos bajo una misma Constitución y Gobierno estatal, pero con el reconocimiento a esas naciones de su territorio propio, su régimen económico, su idioma, su sistema jurídico y el derecho de autogobernarse, con competencias administrativas, económicas y culturales; lo que implica que, en este modelo de Estado se parte del concepto de nación política, y no solamente del concepto de nación cultural; de lo que podría concluirse que se trata de un Estado compuesto o asociado próximo a un Estado Federativo – autonómico, ya no de un Estado uninacional. (RIVERA apud LIMA, 2007, p.11)

Assim surge o Estado Plurinacional boliviano, descolonizado e respeitador dos direitos de autodeterminação dos povos originários, livre de matrizes racistas e colonizantes. Estabelecendo, inclusive, um “Tribunal Constitucional Plurinacional” e uma “Justicia Indígena” independente.

Foto 3: Evo Morales rodeado por lideranças dos movimentos sociais na cerimônia de promulgação da Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009.



Fonte: La Gaceta Jurídica / Alan Vargas Lima²

4.2 Pluralismo Jurídico e Jurisdição Indígena Originária Campesina.

Os povos indígenas originários já possuíam seus próprios sistemas de resolução de conflito antes da chegada dos primeiros colonizadores europeus e continuaram desenvolvendo sua própria justiça consuetudinária a margem do Estado liberal que surgiu após os processos de independência na região.

² Disponível em: <http://www.la-razon.com/index.php?_url=/la_gaceta_juridica/vigente-Constitucion-Bolivia_0_1775222553.html> Acesso em: 02/12/2016.

Como ensina Guery Chuquimia (2015, p. 162), intelectual aymara, responsável por um denso estudo acerca da justiça indígena desde os tempos pré-coloniais e sua resistência e atuais dificuldades de reconhecimento e implementação nos dias atuais, o índio é uma construção do colono europeu, desconsiderando as especificidades históricas e culturais dessas diferentes nações, convertendo-se, sob a construção ideológica racista, em um ente uniforme e despersonalizado. Portanto, cria-se o ideal de índio para servir a um processo maior de dominação.

O historiador espanhol, Bartolomé Clavero, professor catedrático de História do Direito da Universidade de Sevilha, destaca o processo colonialista de opressão e negação do sistemas jurídicos dos povos originários:

La negación del derecho del colonizado comienza por la afirmación del derecho del colonizador; lo es de un derecho colectivo por un derecho individual. Locke, en su segundo *Treatise of Government*, concibe más concretamente este derecho como derecho de propiedad, como propiedad privada, por una razón muy precisa. La propiedad para él es derecho ante todo del individuo sobre sí mismo. Es un principio de disposición personal, de esta libertad radical. Y el derecho de propiedad también puede serlo sobre las cosas en cuanto que resulte del ejercicio de la propia disposición del individuo no sólo sobre sí mismo, sino también sobre la naturaleza, ocupándola y trabajándola. Let him {the man} plant in some in-land, vancant places of America', que el hombre así colonice las tierras vacantes de América, un territorio que puede considerarse jurídicamente vacío porque no está poblado de individuos que respondan a los requerimientos de la propia concepción, a una forma de ocupación y explotación de la tierra que produzca ante todo derechos, y derechos antes que nada individuales. He aquí el punto de llegada del discurso propietario, punto de partida de la concepción constitucional. Y no es desde luego una mera ocurrencia de un pensador aislado. Estamos ante una manifestación realmente paradigmática de toda una cultura, quizás todavía la nuestra. (CLAVERO, 1994, p. 21-22).

Na república, após a independência, de acordo com as lições de Boaventura de Sousa Santos (2012, p. 17), as comunidades indígenas latino-americanas, longe das autoridades formais - ineficientes em atuar em todo o território - embrenhados nas matas, altiplanos e vales, continuaram desenvolvendo suas próprias normas à margem do direito positivo, principalmente naqueles países em que as populações originárias representam a maioria da população em números absolutos, mas a minoria no que tange ao acesso às oportunidades, como Bolívia e Equador.

No que tange a representação demográfica boliviana, o antropólogo espanhol Xavier Albo, aduz que:

(...) el 62 por ciento que en el último Censo de 2001 se autoidentificó como perteneciente a alguno de los pueblos indígenas originarios: 31 por ciento quechua, 21 por ciento aymara y otro 6 por ciento perteneciente a alguno de los otros 28 pueblos minoritarios, casi todos en las tierras bajas.

Pero sobre los sistemas jurídicos de todos esos pueblos y naciones originarias poco conocíamos, salvo las referencias solo puntuales y parciales a ellos en algunas de las mejores monografías etnográficas. (ALBO, 2012, p. 201)

O artigo 30 da nova constituição boliviana define quem são os povos indígenas originários, considerando os elementos de identificação histórica e cultural entre esses povos e sua anterioridade em relação aos colonos europeus invasores no que tange a ocupação desses territórios. Outrossim, reconhece suas instituições, integrando-as à estrutura orgânica do Estado.

Adiante estabelece que o exercício jurisdicional deva ser exercido de acordo a sua respectiva “cosmovisión” (art. 30, II, 14). Posteriormente, no “Título III”, que trata dos órgãos do poder judiciário, mais precisamente, em seu “Capítulo Cuarto”, dedica-se a organização e competência da Jurisdição Indígena Originária Campesina (JIOC).

Não obstante, concedê-la autonomia jurisdicional, o Magna Carta boliviana vincula a Jurisdição Indígena aos Direitos Fundamentais estabelecidos na constituição. Destacando o direito à vida - portanto, surge o questionamento acerca da constitucionalidade da prática de rituais envolvendo o sacrifício humano - e o direito a sua própria defesa.

Os povos indígenas originários estariam vinculados a competência da JIOC, além disso, é reconhecida sua coercibilidade e a cogência de suas decisões. O exercício da função jurisdicional foi outorgado às suas autoridades locais aplicando suas próprias normas axiológicas, princípios, usos e costumes.

Além dos artigos constitucionais, o ordenamento jurídico boliviano incorporou tratados internacionais sobre o tema:

La nueva Constitución incorpora el término de jurisdicción indígena originario campesina, no obstante de que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 13 de septiembre, elevada al rango de ley por Bolivia mediante Ley N° 3760 el 7 de noviembre de 2007, utiliza en su artículo 34 el término de “sistema jurídico”, lo cual expresaría la existencia de autoridades, normas procedimientos, valores y sanciones relacionados con la resolución de conflictos y la administración de justicia. (OSORIO; RODRÍGUEZ, 2012, p.50)

Inclusive, o Código de Processo Penal, anterior à constituição e por ela recepcionado, estabelece em seu artigo 28 que as autoridades campesinas locais possuam competência para solucionar conflitos, não obstante, dispõe que o Judiciário poderá atuar sobre a jurisdição indígena quando essa desrespeitar os direitos fundamentais e garantias previstos na constituição:

Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro, y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su derecho consuetudinario indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas señalados en la Constitución Política del Estado. (BOLÍVIA, Artigo 28 da Lei 1970 de 25 de março de 1999).

Outras leis anteriores a constituição de 2009 também já previam a cooperação e o respeito às autoridades indígenas e aos seus mecanismos de resolução de conflitos. como a Lei Orgânica do Ministério Público de 2001, que estabelece que o Ministério Público deva auxiliar as autoridades indígenas originárias:

El Ministerio Público deberá prestar la colaboración necesaria a las autoridades naturales de las comunidades originarias, indígenas y campesinas, que así lo requieran, a fin de llevar a cabo las diligencias solicitadas. (BOLÍVIA, Lei nº 2175 de 6 de fevereiro de 2001)

Nesse sentido, o esforço de resistência da justiça indígena não é novidade do texto constitucional de 2009. Não obstante ter previsto uma institucionalidade nunca antes vista e garantido uma série de direitos, a nova Carta Magna não representa o primeiro esforço de reconhecimento formal da força normativa da justiça indígena.

Esse processo se inicia ainda nos governos neoliberais dos presidentes Gonzalo Sánchez de Lozada e Víctor Hugo Cárdenas, na década de 1990, ao introduzirem reformas como a inclusão do “carácter ‘multiétnico y pluricultural’ en el artículo primero de la Constitución Política del Estado” (ESCOBAR, 2012, p. 191).

Sob a égide do pluralismo jurídico estabelecido na nova Constituição Política do Estado, destaca-se a Lei de Delimitação Jurisdiccional, Lei nº 073, de 29 de dezembro de 2010, a qual, estabelece os limites e âmbitos de incidência da jurisdição indígena, de caráter material, pessoal e territorial, e seu diálogo com os demais ramos especiais do judiciário boliviano.

De acordo com Agustín Grijlava Jiménez e José Luis Exeni Rodríguez, em um rico trabalho de pesquisa sobre a justiça indígena no Equador e Bolívia sob a coordenação do professor português Boaventura de Sousa Santos, a “Ley de del Deslinde Jurisdiccional”, malgrado tenha realizado consultas prévias aos povos e nações indígenas, anteriores ao processo legislativo. quando de sua apreciação e elaboração pela Assembleia Legislativa, essas reivindicações e propostas foram ignoradas em sua maior parte.

Outra característica fundamental na construção do sistema jurídico indígena reside no fato dessa justiça prescindir de especialistas do Direito formal tal qual ocorre na justiça ordinária, onde juízes, procuradores, promotores e advogados devem ter prévia formação nas academias de Direito.

Nesse sentido, a jurisdição constitucional indígena é realizada pelo povo comum, suas próprias autoridades, respeitadas as normas costumeiras de cada povo. Assim, de acordo com suas peculiaridades, as mulheres e os homens das comunidades e nações indígenas pré-coloniais são eleitos ou nomeados para exercer função pública jurisdicional no âmbito de suas nações, garantida sua livre determinação de identidade comunitária.

O pluralismo jurídico é princípio previsto no artigo 178, da Constituição Política do Estado Plurinacional de Bolívia, considerado um das principais originalidades do paradigma judicial implantado na Bolívia pela constituição de 2009. Podendo ser conceituado como o reconhecimento de diferentes sistemas normativos em um mesmo Estado Plurinacional, pautado pelo diálogo intercultural, além de reconhecer a diversidade social, cultural, econômica, política e jurídica das diversas nações que compõem o Estado Plurinacional boliviano.

O etnógrafo espanhol Xavier Albó (2012, p. 208) elaborou um trabalho detalhado sobre o “Direito Indígena” boliviano, percorrendo comunidades andinas rurais de origem aymara e quechua e comunidades indígenas urbanas nas periferias de Cochabamba e El Alto, formada por migrantes indígenas do interior do país. A partir desse trabalho ele pode identificar pontos de intersecção capazes de estabelecer os elementos comuns do “Direito Indígena”. Quais sejam:

a) **Uma visão global ou integral:** Diferente do Direito de origem romano-germânica, especializado em Direito Público ou Direito Privado, e em searas de Direito Civil, Direito Constitucional, Direito Penal, Direito do Trabalho, etc. O Direito Indígena é menos específico e suas autoridades legais se confundem com as autoridades político-religiosas:

Es particularmente estrecha la relación entre lo social, lo ético y lo religioso. Por ejemplo, en el Chaco, las maldiciones antisociales de los brujos marginales pueden causar sequías y, en el altiplano se dice que qhincha atrae mach'a, es decir, conductas inmorales atraen calamidades climáticas; si llega una fuerte granizada, las autoridades comunales buscan casa por casa qué mujer ha enterrado algún aborto para camuflar relaciones extramatrimoniales. (ALBÓ, 2012, p. 208).

b) **A comunidade como instância superior:** O etnógrafo Xavier Albó ressalta que ao contrário do modelo europeu continental kelseniano, organizando as normas em formato de pirâmide, para garantir a hierarquia normativa pela teoria da supremacia constitucional, instituindo uma Suprema Corte como guardiã máxima do Texto Maior, sendo composta por uma elite judiciária conhecedora do Direito. O Direito Indígena é:

(...) la mayoría de los casos los ventilan de manera satisfactoria las partes interesadas con la autoridad tradicional, que puede coincidir o no con la principal autoridad comunal, del nivel correspondiente o a veces consiste en varias autoridades que “caminan juntas”. Lo que esta autoridad suele hacer entonces es en buena medida catalizar el consenso colectivo.

Si se trata de un asunto que rebasa el nivel local, esta instancia superior puede ser el cabildo o asamblea superior conformada por representantes de todas las comunidades de la jurisdicción, nombrados a su vez según “usos y costumbres.

Como consecuencia, estos DI actualmente funcionan mejor en los niveles más locales y directos, en que todos se conocen y que, por la centenaria situación (neo) colonial son los niveles en que mejor ha sobrevivido este DI. (ALBO, 2012, p. 208)

c) **Um Direito fundamentalmente oral:** O Direito indígena é transmitido e ritualizado por oralidade, transmitidos oralmente de geração em geração. Esse caráter de não codificação é responsável pela consequente flexibilização deste sistema jurídico.

Una de las prácticas más comunes es dejar constancia de las resoluciones tomadas en el correspondiente libro de actas, muchas veces con las firmas de los involucrados. Solo son constancias escritas de lo resuelto para facilitar su cumplimiento y seguimiento. Pero, a diferencia de lo que ocurre en determinadas expresiones del DP, las actas de estas resoluciones no son para “sentar jurisprudencia”, en el sentido más riguroso del término, por útil que pueda resultar conocer y analizar estas decisiones.

Otro es el caso cada vez más común de redactar los estatutos de determinadas instancias organizativas: la comunidad, el ayllu, tal organización u otra... Tales estatutos escritos pueden ser apoyos muy útiles, sobre todo con referencia a los principios y lineamientos básicos. Pero debe evitarse caer en la “positivización” detallada de este DI a partir de lo que se está haciendo en un

lugar y momento dado, puesto que, como enseguida veremos, la flexibilidad para adecuarse a nuevas circunstancias es una de sus grandes virtudes. (ALBO, 2012, p. 210).

d) **Grande flexibilidade:** Devido a sua maior oralidade e informalidade, o Direito Indígena (DI) é também muito mais célere. Ao invés de códigos sofisticados, doutrinadores e técnicos, peritos e especialistas no Direito, comuns ao Direito Ordinário (DO), o DI conta com a agilidade do “consenso comunitário” para solucionar as lides que se apresentam. (ALBO, 2012, p. 211)

Sua agilidade e o jeito “caso a caso” permitem ao DI ser bastante heterogêneo, não existindo apenas um DI mas sim vários, a depender de contextos geográficos, culturais ou históricos, existem diversas variações locais mesmo dentro de um único sistema de justiça de uma mesma nação originária. Essa característica é garantidora da sua constante atualização.

e) **O povo tem fácil acesso ao DI e suas resoluções são práticas, baratas e acatadas com facilidade:** Devido às suas históricas limitações estruturais, o DI nunca necessitou de uma grande máquina burocrática para dotar-se de coercibilidade, fazendo cumprir suas decisões. Por isso uma de suas principais características é a sua alternatividade.

Ressalta-se que por estar anteriormente submetida a justiça ordinária, o DI era muito influenciado pelo poder econômico que levariam com maior facilidade essas questões a justiça mais formal.

Por fim, não se pode escusar o DI de algum nível de corrupção interna ou de influência de autoridades externas, “pues todos somos débiles y humanos. La diferencia es que aquí pesa más la comunidad y, en los casos más locales, el mejor conocimiento personal mutuo.” (ALBÓ, 2012, p. 212)

f) **Permanente aberto a influências externas:** O Direito Indígena vive em constante diálogo com o Direito Ordinário dominante. Suas normas e costumes são frutos da tradição, do sincretismo, de trocas e inovações. Sua construção é constante e fruto de intenso acúmulo e de debate coletivo entre os membros da comunidade.

Sobre esse ponto, o antropólogo espanhol afirma que a relação direta e indireta com o Direito Ordinário pode ser:

(...) conflictiva o más bien fácil y útil para ambas partes, según se acepte o no, con equidad y respeto mutuo, la complementariedad que pueda llegar de la otra parte. Si funciona por la vía del diálogo intercultural constructivo más que por la de imposiciones autoritarias, puede ser muy productivo tanto para evitar las distorsiones interesadas de algunos a nombre de la costumbre como para ir creando convergencias entre ambos enfoques. (ALBO, 2012, p. 212)

Sem dúvida, o diálogo sistêmico entre o DI e o DO pode ser extremamente vantajoso para ambos os ordenamentos. A *Ley de Participación Popular* é um bom exemplo de como essa troca pode ser vantajosa, tendo em vista as importantes contribuições trazidas pela descentralização típica do DI.

A Lei de Participação Popular alterou o ordenamento municipal, rompendo as antigas relações de exclusão indígena que eram tão comuns no passado recente, principalmente nos municípios do interior.

A principal inovação trazida pela nova legislação foi que:

(...) las nuevas autoridades provienen mucho más de los sectores mayoritarios. Pero la manera en que estas nuevas autoridades ejercen su cargo en principio sigue rigiéndose por el Código Municipal del DP. Con ello este se fortalece a expensas del DI, pudiendo incluso generar la decadencia de algunas organizaciones previas. Pero en otros casos las autoridades indígenas tradicionales adquirieron entonces el rango de subalcaldía indígena, con cierta autonomía en el uso de sus recursos, con lo que más bien se fortalecieron.

Todo depende de la manera en que se combine lo oficial y lo tradicional. Pero sigue habiendo allí, en nuestro caso boliviano, un amplio campo de debate y aprendizaje para el enriquecimiento mutuo. Los primeros intentos para transformar municipios en autonomías indígenas ofrecen un espacio privilegiado para avanzar en ese debate. (ALBO, 2013, p. 213)

Uma crítica ainda persistente ao DI é a ainda fraca representação de autoridades femininas desde as assembleias comunais e inter-comunais as instituições como um todo. No entanto, tal padrão tende a ser alterado, principalmente devido a sua flexibilidade e ao diálogo com o DO que possui maiores previsões de paridade de gênero nos órgãos da administração judicial e administrativa.

g) **Sua capacidade de pacificação social comunitária:** Em casos de crime, as sanções mais comuns são a tentativa de “recuperação” do delinquente ou a sua “expulsão” da comunidade, sendo a recuperação a prática mais frequente.

O DI é de caráter comunitário, para todos e flexível. A comunidade é interpretada como uma grande família e aquele que comete uma conduta desviada, deverá responder a eles. Da análise do histórico individual, do diálogo e da reflexão, no caso de roubo ou furto, por exemplo, são comuns sanções alternativas como a que estabelece o cumprimento de trabalho não remunerado a família roubada ou furtada.

São comuns também os castigos físicos, com “azotes”, espécie de chicote, a depender da gravidade do caso:

Es también bastante común que se decreten unos cuantos azotes: “dos, cinco, doce, de media a una “arroba”... según la gravedad del caso. Las autoridades están presentes, aunque quien ejecuta la sanción es otro y, en lo posible, se pide previamente autorización a los familiares del culpable. Al concluir se espera que el castigado dé las gracias a quienes así lo sancionaron y no es raro que después todos se abracen en señal de reconciliación. Confundir esos castigos, incluso físicos pero de alto contenido simbólico, con casos de tortura es no entender nada. Es ya célebre la resolución de la Corte Constitucional de Colombia, del 15 octubre 1997, conocida como “la sentencia del fueite”, en que dio la razón a la comunidad por estas mismas razones (Díaz Polanco, 2010). (ALBO, 2012, p. 214)

Em casos de reincidência ou de práticas mais graves, é possível ocorrer a expulsão do delinquente da comunidade, proibindo-o de conviver com os seus, popularmente conhecido como “sacarlo en burro” (ALBO, 2012, p. 214). Em casos ainda mais extremos e gravosos é possível que o criminoso seja sentenciado à morte. O misticismo ainda é presente, por isso, em casos de fortes indícios de prática de bruxaria maligna, onde a vida de outros seja colocada em risco, pode ser um desses casos extremos.

Outra hipótese de pena de morte é em caso de invasões de ladrões forasteiros e em casos de corrupção e ineficiência da justiça comum. No entanto, apesar dessa existência dessa prática excepcional, seria desarrazoado dimensionar a sua existência no DI em comparação a outros sistemas jurídicos considerados justos e democráticos pelo DO.

Não seria exagero apontar as semelhanças entre os principais princípios do Direito Indígena e o “Common Law” de tradição oral, comunitária e consuetudinária.

A Jurisdição Indígena Originária Campesina, com supedâneo no texto constitucional boliviano, é expressão de uma ideologia descolonizadora de dogmas epistemológicos e axiológicos.

A constituição boliviana de 2009, aqui em estudo, e a equatoriana de 2008, trouxeram profundas transformações sistêmicas e dialógicas, mostrando que “es posible construir derechos alejados de las sacrosantas fórmulas principistas de naturaleza kantiana, para aproximarnos a las exigencias de la realidad, particularmente a la realidad de pueblos indígenas (...)”. (VARGAS, 2012, p. 275)

As fortes sequelas colônias, de violência, opressão e exclusão, haviam, junto com o racismo e a hegemonia cultural e econômica, ameaçado a existência desses povos. Sendo tema integrante de Direitos humanos internacionais. O reconhecimento do direito indígena como direito fundamental é expressado na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007.

Equador e Bolívia destacam-se por serem os primeiros Estados que constitucionalizam a temática, reformulando suas instituições político-jurídicas para a partir do reconhecimento de suas diferenças, poder contemplar a pluralidade dessas comunidades.

A previsão do pluralismo jurídico como princípio constitucional e a criação de instituições e de mecanismos de efetividade, não são suficientes para garantir sua efetiva validade. O período atual de transição e implementação vem se demonstrando difícil.

A necessidade de formação teórica, jurisprudencial, doutrinária, e, sobretudo, humana, com a reestruturação dos cursos tradicionais de Direito, ainda baseados em uma epistemologia jurídica eurocêntrica, para poder formar juristas capazes de operar o pluralismo jurídico.

Segundo Boaventura de Sousa Santos (2012, p. 16) o Pluralismo Jurídico boliviano, se choca com três princípios fundamentais da cultura constitucional eurocêntrica, quais sejam, a soberania, da autonomia e da unidade.

No entanto, como bem aduz o sociólogo português, o princípio da soberania estatal para a produção e aplicação jurisdicional do Direito não é mais tão absoluto assim, sendo relativizado pelo Direito Internacional Público e Privado, pela assinatura de tratados e sua internalização, além da proliferação de instituições internacionais. (SANTOS, 2012, p. 16).

Aqueles que acusam o pluralismo jurídico de ferir o princípio da unidade do Direito, tendo em vista que o ordenamento jurídico nacional é criado pelos órgãos legislativos e tem uma única fonte interna. Esse princípio também tem sido fortemente relativizado:

Después de décadas de incesante producción jurídica; de caída en desuso de muchas normas sin que se haya producido su revocación formal; de decisiones superpuestas a lo largo del tiempo, a veces contradictorias, de los tribunales superiores; después de sucesivas sujeciones de los países periféricos a las imposiciones políticas y jurídicas internacionales, a menudo en contradicción con su derecho ordinario, incluyendo su derecho constitucional; por todas estas razones hoy resulta prácticamente imposible determinar con exactitud y exhaustividad todo el derecho efectivamente vigente en un momento dado. Además, esta incertidumbre se convirtió en un recurso argumentativo de los abogados en la defensa de las causas patrocinadas. (SANTOS, 2012, p. 18)

Nesse sentido, falar em um Direito homogêneo, ou uno, não faz mais sentido. O único meio de contemplar esse princípio é alterando a interpretação da ideia que se infere da expressão “Direito Uno”, partindo do “reconocimiento de la heterogeneidad interna y externa del derecho para, basándose en ese reconocimiento, crear mecanismos que permitan superar las contradicciones y coordinar las diferencias.” (SANTOS, 2012, p. 18)

Assevera Boaventura de Sousa Santos (2012, p. 20), que o princípio da autonomia do Direito é dos mais problemáticos. Pois o Direito autônomo serve aos mesmos ideais liberais do monopólio da formulação e elaboração legislativa e a aplicação jurisdicional da lei. Portanto, mais suscetível a influências de forças políticas, econômicas, sociais e culturais que exercem influências no Estado liberal:

Para la justicia indígena el problema de la autonomía del derecho no se plantea puesto que ella no se imagina como una dimensión separada de la regulación social de las comunidades. Las autoridades que administran la justicia tienen con frecuencia otras funciones que, a la luz de la lógica de la regulación social moderna, podríamos considerar políticas o económicas. Además, estas funciones tienen a menudo una dimensión espiritual que difícilmente encaja en la imaginación institucional o cultural del derecho ordinario. (SANTOS, 2012, p. 20)

No que tange às hipóteses de transgressões já catalogadas no Direito Indígena, segundo a rica pesquisa de Martín Bazurco Osorio e José Luis Exeni Rodríguez, cotejando

informações coletadas através de trabalho de campo com estudo de caso. Ao todo foram identificados mais de 300 casos de incidência da jurisdição indígena campesina boliviana.

Considerando as diferentes denominações e transgressões encontradas em diferentes nações, foi sistematizado alguns tipos de transgressões que revelam-se relevantes para a identificação dos valores que se esperam proteger. Nesse sentido, os tipos identificados:

- Daño a chacras o pastizales / traspaso de ganado.
- Robo.
- Peleas de pareja / separación de parejas / violencia familiar.
- Peleas entre comunarios.
- Conflicto de linderos, terrenos entre comunarios.
- Peleas entre familiares.
- Asesinato.
- Medio ambiente / recursos naturales.
- Adulterio/infidelidad.
- Difamación, calumnias, injurias, chisme.
- Conflictos de linderos entre comunidades, ayllus.
- Herencia.
- Falta a los usos y costumbres/incumplimiento del cargo.
- Violación/intento de violación.
- Brujería.
- Avasallamiento de tierras.
- Irrespeto a la autoridad.
- Deudas.
- Mentira.
- Transferencia de terrenos familiares.
- Turnos de riego.
- Abandono de hogar.
- Flojera en el sembradío.
- Hurto de niños.
- Agresión verbal / insultos.
- No reconocimiento de hijos.
- Tráfico de drogas. (OSORIO; RODRÍGUEZ, 2012, p. 72)

A Justiça Indígena se expressa em uma lógica de decisões que podem ser sistematizado em três tipos, quais sejam: Conciliatória, a justiça indígena tem um perfil conciliatório muito maior que aquele observado na jurisdição ordinária, portanto quando há acordo entre as partes se classifica como conciliatória; Outro tipo é a decisão Sancionatório, quando a decisão tem como principal objetivo punir o condenado, de modo que se iniba a prática daquela conduta, dissuadindo a sua reincidência; Por fim, destacam-se as decisões do tipo Restaurativo, que buscam desfazer ou amenizar o dano, restaurando o *status quo ante bellum*. (OSORIO; RODRÍGUEZ, 2012, p. 117)

A grande dificuldade atua encontrada pelo processo de implementação do pluralismo jurídico na Bolívia, reside na dificuldade de estabelecer mecanismos dialógicos que permitam a complementaridade dos sistemas coexistentes. Tendo em vista o pressuposto pluralista da igualdade hierárquica entre ambos os sistemas para que não ocorra um processo neocolonial.

No que tange ao diálogo sistêmico destaca-se o paradigma colombiano, o qual apesar de não possuir uma lei específica de coordenação entre a justiça indígena e a justiça ordinária. Esse modelo está relacionado a jurisprudência da Suprema Corte colombiana, “así como con la labor del Consejo de la Judicatura en cuanto a capacitación y diálogo intercultural de jueces y otros operadores de justicia.” (JIMÉNEZ; RODRÍGUEZ, 2012, p. 730)

Outrossim, os movimentos sociais indígenas bolivianos possuem uma consciência de que o reconhecimento do Direito Indígena e da Justiça Indígena não são um fim em si mesmo, mas um meio para alcançar o fim da autonomia e descolonização.

Nesse sentido, como destaca a antropóloga Caroline Cotta de Mello Freitas:

(...) os próprios movimentos indígenas e seus intelectuais têm consciência de que a questão da autonomia é complexa, em especial em relação ao tema da gestão desta; e que os próprios indígenas originários camponeses têm dúvidas e dificuldades em lidar com esses aspectos gerenciais, necessitando, portanto de “orientação”. A preocupação de Jillamita em relação a como ensinar às pessoas a construir e gestar a autonomia coincide com a constatação comum entre membros dos movimentos sociais de que não sabem como “fazer a autonomia”. Nos debates que acompanhamos em La Paz em novembro de 2009, pudemos perceber que, embora façam uso dos termos da normativa internacional e conheçam artigos e parágrafos da CPE, existe uma grande insegurança entre os indígenas originários camponeses em relação a como lidar com questões administrativas cotidianas das autonomias, bem como pouca clareza em relação a quais são as competências das autonomias municipais e IOC e ao modo como estas se relacionam com as competências departamentais e centrais, do Estado. (FREITAS, 2014, p. 141)

O Estado Plurinacional boliviano ainda não está acabado. A “Ley Marco de Autonomías y Descentralización” “Andrés Ibáñez”⁵, promulgada em 19 de julho de 2010 e a “Ley de Deslinde Jurisdiccional”, promulgada em 29 de dezembro de 2010, são marcos fundamentais desse esforço de implementação das normas e objetivos de autonomia indígena previstos na CPE de 2009.

Nesse diapasão, diante das dificuldades de implementação e das dúvidas acerca da operacionalização dos direitos conquistados e diante da política desenvolvimentista

promovida pelo Poder Executivo, esse poder tem se sobreposto diante dessas previsões constitucionais, tendo em vista que o executivo tem ignorada sua vigência.

Pois, caso o Estado-central reconheça a autonomia e o autogoverno de todas as populações indígenas campesinas originárias, perderia o poder sobre mais de dois terços do território boliviano.

Portanto, por mais que os movimentos sociais indígenas tenham participado fortemente da construção da CPE de 2009 e que seus direitos estejam previstos e garantidos por lei, a autonomia indígena se choca com a lógica de manutenção da soberania do Estado Central (FREITAS, 2015, 142).

Foto 4: Mulher com bandeira Aymara, simbolo diversidade de culturas, povos, etnias e identidades que convivem no Estado Plurinacional da Bolívia.



Fonte: Portal Desacato.³

³ Disponível em: <<http://desacato.info/conheca-o-significado-das-cores-da-wiphala-a-bandeira-da-unidade-dos-povos-andinos/>> Acesso em 02/12/2016.

4.3 O Tribunal Constitucional Plurinacional: organização, estrutura e sistema de eleição de magistrados.

O Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) foi concebido para zelar pela Supremacia constitucional, através do exercício do controle plural de constitucionalidade, de natureza concentrada. Outrossim, é o órgão que exerce a função de tutelar os direitos fundamentais julgando as “Ações de Defesa”, como denominado os remédios constitucionais na doutrina e legislação bolivina. Atuando sempre sob o axioma da plurismo jurídico, da inclusão e descolonização jurídica.

A Constituição Política do Estado de 2009 dispõe sobre o TCP em seu Título III, o qual versa sobre o “Órgano Judicial” - como é chamado o Poder Judiciário - e sobre o Tribunal Constitucional Plurinacional. O título “ÓRGANO JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL” (Bolívia, CPE 2009) chegou a gerar debates na doutrina sobre a natureza autônoma do TCP, ou seja, se o Tribunal integraria o poder judiciário ou se seria um órgão autônomo.

O artigo 178 da constituição boliviana de 2009 estabelece que o poder de exercício da função jurisdicional emana do povo boliviano e que em princípios de “independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.” (Bolívia, art. 178, CPE 2009)

Adiante, em seu artigo 179, se cria a justiça ordinária (sua jurisdição é exercida pelo Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces”) e as justiças especiais de igual hierarquia, a justiça agroambiental (cuja jurisdição é exercida pelo “Tribunal y jueces agroambientales”) e a justiça indígena originária campesina (a jurisdição indígena é exercida por suas próprias autoridades sem prévia educação jurídica formal). (Bolívia, art. 179, CPE 2009)

O mesmo artigo 179, em seu inciso III, reserva o exercício da “justiça constitucional” ao Tribunal Constitucional Plurinacional - segundo a doutrina majoritária, essa terminologia é

deficiente, sendo mais adequado o termo “jurisdição constitucional”, como será melhor explicado adiante - o qual é melhor descrito no capítulo sexto da CPE.

O artigo 196 da CPE atribui ao TCP suas funções precípua de zelar pela supremacia da constituição, garantindo a cogência de seu texto através do controle de constitucionalidade e a preserva o respeito e a vigência dos direitos e garantias fundamentais previstos na norma maior.

O Tribunal é composto por magistrados e magistradas, em um número total de sete, sendo no mínimo dois oriundos do sistema indígena originário campesino, eleitos com criterios de plurinacionalidade, com representação do magistrados oriundos do sistema ordinário e do sistema indígena originário e campesino, eleitos mediante sufrágio universal.

O artigo 199 da CPE de 2009 estabelece os requisitos objetivos e subjetivos para a habilitação como magistrado da Corte Constitucional, diferindo da generalidade e subjetividade do “notório saber jurídico”. Prevendo a idade mínima de 35 anos e especialização ou experiência comprovada de pelo menos oito anos nas disciplinas de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direitos Humanos.

As eleição de magistrados para a Suprema Corte por voto popular universal é inédito na América Latina e de poucas comparações internacionais. Não obstante, cresce na doutrina constitucional os debates acerca da legitimidade democrática das decisões proferidas por cortes constitucionais em sede de controle de constitucionalidade e a necessidade de uma abordagem institucional dialógica desse sistema.

A Bolívia, portanto, não é o único país a encarar o debate sobre a necessidade de reformulação democrática dos processos constitucionais para a consecução da supremacia constitucional, da democracia e de uma jurisdição constitucional independente. Contudo, é o primeiro país a propor uma revolução paradigmática no exercício da jurisdição constitucional, propondo um sistema inovador e ainda em experimentação.

O cientista político e sociólogo francês, Maurice Duverger, critica o sistema de eleições de magistrados, principalmente ao analisar o sistema eleitoral estadunidense na Justiça Estadual:

El sistema de los jueces por elección no ha dado buenos resultados, Primero, no ha dado ninguna garantía de competencia jurídica. Después, para afrontar las elecciones, los candidatos a las funciones jurisdiccionales han tenido que aliarse con los partidos políticos, lo que tampoco asegura garantías de imparcialidad. Durante el siglo XIX y comienzos del siglo XX, los partidos americanos han adoptado a menudo la forma de ‘máquinas’ manipuladas por políticos deshonestos que intentaban asegurarse las palancas de mando y la impunidad para permitir fructíferas combinaciones financieras a través de la elección simultánea del juez, del jefe de la policía y de los administradores locales. Diferentes medidas han permitido corregir en parte estos abusos: alargamiento de la duración del mandato de los jueces, aprobación previa de los candidatos por la Asociación de juristas del Estado, sustitución de la elección hecha por el gobernado, etc. Hoy, la incompetencia, la deshonestidad, la dependencia de los politicastros, sólo existen en una pequeña minoría de Estados y para las funciones judiciales subalternas” (Duverger, 1970, p. 228).

O TCP é regulamentado pela Lei 027, de 6 de julho de 2010. Em seu Título II, a lei do TCP trata da composição do Tribunal, das eleições dos magistrados, e da duração dos seus mandatos (que será de seis anos, contados a partir da posse, sendo vedada a reeleição contínua, de acordo com o artigo 14 da lei do TCP).

A convocatória do processo de pré-seleção para a realização das eleições deve ser feita pela Assembleia Legislativa Plurinacional, a qual estabelecerá as condições de elegibilidade e as características do procedimento. O artigo 17 da referida lei regula os requisitos para a postulação ao cargo de magistrado do TCP, para todos aqueles que cumpram as seguintes requisições:

1. Contar con la nacionalidad boliviana.
2. Tener 35 años de edad como mínimo.
3. Haber cumplido con los deberes militares, para los varones.
4. No tener pliego de cargo ejecutoriado ni sentencia condenatoria ejecutoriada en materia penal pendiente de cumplimiento.
5. No estar comprendido en los casos de prohibición, inelegibilidad ni incompatibilidad establecidos en la Constitución y la presente Ley.
6. Estar inscrita o inscrito en el padrón electoral.
7. Hablar al menos dos idiomas oficiales del país en el marco de lo establecido en la Disposición Transitoria Décima de la Constitución Política del Estado.
8. Poseer título de abogada o abogado en provisión nacional.
9. Tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos.
10. No haber sido destituido por el Consejo de la Magistratura. (BOLÍVIA, Lei 027 de 2010).

Conta como qualificação de mérito o exercício da qualidade de autoridade originária em seu sistema de justiça. Como impetivos a postulação destaca-se a vedação àqueles que,

não obstante cumprirem os requisitos, tenham exercido militância junto a alguma organização política, quando da sua postulação, além disso, aqueles que tenham ocupado cargo de gerente ou dirigente de sociedade comercial cuja quebra tenha sido declarada fraudulenta também não podem se candidatar, assim como aqueles que tenham participado de governos ditatoriais ou patrocinado a alienação de recursos naturais e patrimônios do Estado.

Como assevera o artigo 19 da mesma lei, qualquer pessoa que cumpra os pré-requisitos acima e que não incorra em nenhuma das vedações, poderão se candidatar à função de magistrado do TCP. Submetendo sua postulação junto a Assembleia Legislativa Plurinacional. As candidaturas também poderão ser propostas por organizações sociais representantes das nações e povos indígenas e da sociedade civil em geral.

Feitas as postulações, caberá à Assembleia Legislativa Plurinacional, por votação qualificada de dois terços dos seus membros, realizará a pré-seleção de 28 candidatos em lista com paridade de gênero que será posteriormente remetida ao Órgão Eleitoral Plurinacional.

Visando mitigar a influência político-partidária, para garantir a independência dos futuros magistrados, o Órgão Eleitoral Plurinacional procederá a organização do procedimento eleitoral, sendo o único responsável pela difusão das qualificações dos elegíveis, não sendo permitida a realização de campanha pelos candidatos sob pena de inabilitação.

Após a realização do sufrágio, aqueles sete candidatos que conquistarem os maiores números de votos assumirão o cargo de magistrados e os outros sete, imediatamente seguintes destes serão os suplementes, não remunerados.

A duração da fase de pré-seleção pela Assembleia Legislativa Plurinacional será de sessenta dias e a organização e realização da votação pelo Órgão Eleitoral Plurinacional ocorrerá no prazo de noventa dias. O texto da lei ainda prevê a participação popular em todo o processo, por meio do Controle Social, de acordo com a lei.

As primeiras eleições ocorreram em 2011 e o procedimento foi alvo de imensas críticas. Tendo em vista que o sistema de eleição dos magistrados foi elaborado pelo

constituente com a intenção de garantir a independência destes e a legitimidade democrática de suas decisões.

Contudo, a fase de pré-seleção a cargo da Assembleia Legislativa Plurinacional, órgão de natureza política, revela uma certa sujeição do órgão máximo do Poder Judiciário ao órgão máximo do Poder Legislativo.

Segundo as conclusões de Óscar Antonio Millán Terán, o sistema de eleição dos magistrados do Tribunal Constitucional Plurinacional é o resultado:

(...) de una búsqueda cuya naturaleza radica en la intención de generar un sistema electoral con mayor participación, que profundice la democracia, que proyecte una jurisdicción constitucional real y efectivamente independiente, asegurando el resguardo de la supremacía de la Constitución, el respeto de los derechos fundamentales y el fortalecimiento el sistema democrático del Estado. Sin embargo, la etapa de preselección que tiene el sistema electoral para la designación de los magistrados se encuentra en manos de un solo órgano del Estado, de la misma manera que ocurría en el sistema anterior, en el que la elección dependía de un solo poder del Estado, por lo que la proyección de independencia de la jurisdicción constitucional se ve cuestionada. (TERÁN, 2015, p. 127)

4.4 Jurisdição Constitucional Boliviana: desenvolvimento e aspectos atuais.

Como antecedentes remotos da jurisdição constitucional boliviana, nos levam a constituição formulada por Simón Bolívar, o libertador, em 1826, a qual outorgava, em seu artigo 51, a uma Câmara de Censores o controle de legalidade dos atos do governo, para “*Iro.- velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las Leyes y los Tratados Públicos.*”. Cabendo a câmara comunicar ulteriormente ao Senado as prováveis ilegalidades: “*2do.- Acusar ante el Senado las infracciones que el Ejecutivo haga de la Constitución, las Leyes y los Tratados Públicos.*”. (VENEGAS, p. 224, 2013).

Adiante, de acordo com o artigo 93, da constituição de 1831, surge o Conselho de Estado, com competência para exercer o controle da constituição. Composto por 7 magistrados, nomeados pelo parlamento, aos quais, cabia comunicar ao legislativo as infrações ao texto constitucional.

Não obstante, o órgão foi extinto na reforma constitucional de 1839 e apenas em 1843 foi reestabelecido outro órgão incumbido do controle de constitucionalidade, o Conselho Nacional, extinto em 1851. O Conselho de Estado resurge em 1861, reformulado, passando a exercer o controle de constitucionalidade político preventivo quando consultado. O órgão foi novamente extinto em 1868 e novamente restabelecido em 1871.

A reforma de 1861 foi responsável por instituir, pela primeira vez, o controle difuso de constitucionalidade na Bolívia. Ao reconhecer, com fulcro em seu artigo 86, a supremacia constitucional, por estabelecer que: “Las Autoridades y tribunales aplicarán esta constitución con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones.” (VENEGAS, p. 226, 2013).

Cabendo ao Tribunal Supremo de Justiça a ratificação ou não da decisão ordinária, após conhecer o recurso de inaplicabilidade por inconstitucionalidade, pela via incidental, acusando o desacordo da norma em análise com o texto constitucional em decisão com efeitos *inter partes*.

No século XX, a constituição de 1967, reconhecia a supremacia constitucional e estabelecia o controle difuso em seu artigo 228, ao estabelecer que “La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”. (VENEGAS, p. 226, 2013).

A reforma feita no texto em 1994, criou o Tribunal Constitucional para exercer o controle concentrado de constitucionalidade, como órgão especializado, malgrado não alterar a redação do artigo 228, estabelecendo, portanto, um sistema misto. Nesse sentido, a reforma de 1994 aproximou o paradigma boliviano daquele já estabelecido no Brasil pela constituição de 1988, contemplando um sistema ao mesmo tempo difuso e concentrado.

A jurisdição constitucional estabelecida pela reforma de 1994, também permitiu aos tribunais ordinários declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos ao apreciar os recursos de “habeas corpus” e de “amparo constitucional”, estabelecidos para resguardar os direitos fundamentais e demais direitos e garantias constitucionais.

Segundo o professor boliviano Edgar Peña Venegas, após as modificações implementadas pela reforma de 1994 ao texto original da constituição de 1967, o paradigma boliviano adotou uma sistemática mista:

Posteriormente se dictó la ley del Tribunal Constitucional No. 1836 que en su Art. 1 apdo. II establecía que son fines del TC ejercer el control de constitucionalidad y garantizar la primacía de la CPE, el respeto y vigencia de los derechos y garantías fundamentales de las personas así como la constitucionalidad de las convenciones y tratados. En base a esta disposición normativa y teniendo en cuenta que no se había derogado el Art. 228 de la CPE de 1967, se llegó a decir que el sistema constitucional boliviano reconocía un modelo de control de constitucionalidad *mixto*. Es decir, por un lado el Art. 228 de la CPE determinaba la obligación que tenían todos los jueces de aplicar la CPE con primacía a cualquier otra norma de rango inferior; y por el otro, la reforma constitucional operada por el Art. 120 de la CPE de 1994 y reglamentada por la LTC que determinaba la finalidad de control concentrado de parte del TC en el ejercicio del control de constitucionalidad. (VENEGAS, p. 216, 2013).

A CPE de 2009 altera esse paradigma convertendo-o em um modelo de matriz kelseniana, ao delegar ao Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), com exclusividade, a competência para analisar a constitucionalidade de “leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales” (art. 202.1. CPE) do complexo sistema jurídico plurinacional boliviano, como estabelece a norma do artigo 196 da CPE, no qual, também se outorga a competência para “precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales”.

Assim, caso o magistrado ordinário ou autoridades administrativas identifique ou suspeite da inconstitucionalidade incidental de norma em processo judicial ordinário ou administrativo deverá promover a petição da parte ou de ofício a “Acción de Inconstitucionalidad Concreta” que tem como objeto a análise acerca da constitucionalidade de norma que deva ser aplicada ao caso concreto. A decisão da Ação de Inconstitucionalidade Concreta, caso declare a norma em estudo inconstitucional, a expurgará do ordenamento jurídico, com efeitos “erga omnes”, com supedâneo no artigo 79 do Código Processual Constitucional.

A jurisdição constitucional é compartilhada com os juízes e tribunais de garantias constitucionais, responsáveis por realizar o controle tutelar dos direitos fundamentais em única instância, cabendo ao Tribunal Constitucional Plurinacional conhecer e resolver as ações tutelares em grau de revisão de ofício (VENEGAS, p. 217, 2013).

Contudo, como ressalta o professor Venegas, há uma divergência na interpretação do artigo 410 da CPE, pois existem aqueles que defendem que o paradigma de controle de constitucionalidade boliviano seria de natureza mista:

Uno de los fundamentos para sostener la tesis de que el modelo de control de constitucionalidad adoptado por el Estado Plurinacional de Bolivia es el europeo o —kelseniano!, con resabios del modelo americano, en un sistema jurisdiccional mixto, se encuentra en las normas previstas por el art. 410 CPE, por cuyo mandato: “I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente constitución. II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. De las normas glosadas se puede inferir que los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, por mandato constitucional, están impelidos a aplicar la Constitución y no la ley en un caso concreto en el que tengan la certeza absoluta de que esta última es incompatible con la norma constitucional con la norma constitucional. (VENEGAS, p. 218, 2013)

Outro tema objeto de debate acolorado pelo doutrina é quanto a terminologia empregada tanto pela CPE de 2009, quanto pela Lei 027, de 6 de julho de 2010, para se referir a função precípua outorgada ao Tribunal Constitucional Plurinacional, qual seja, o exercício da “jurisdição constitucional” ou da “justiça constitucional”.

Segundo Alan Vargas Lima (2012, p. 43), a doutrina esclarece essa falta de precisão do texto constitucional ao estabelecer que há “justiça constitucional” quando os órgãos judiciais ordinários se incumbem de solucionar questões de natureza constitucional, enquanto que “jurisdição constitucional”, propriamente dita, é quando existem órgãos especiais e qualificados, criados especificamente com essa finalidade, garantindo a força normativa do texto da Carta Maior e a proteção dos direitos fundamentais através de mecanismos formais de ações e recursos previstos na lei. Nesse sentido, a jurisdição constitucional é uma das expressões da justiça constitucional, conceito mais abrangente e plurívoco.

No artigo 2 da Ley 027, que dispõe sobre a estrutura, organização e funcionamento do TCP, se lê que a “La justicia constitucional será ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional y tiene la finalidad de velar por la supremacía de la Constitución Política del Estado (...).” (BOLÍVIA, CPE, 2009) Nota-se, logo inicialmente, que a confusão conceitual empregada pelas normas bolivianas e a solução para essa celeuma encontra-se na ainda iniciante doutrina do Direito Processual Constitucional da Bolívia:

A nivel doctrinal, se dice que existe *Justicia Constitucional* cuando los órganos judiciales ordinarios se dedican a resolver problemas de carácter constitucional, y, en cambio, se habla de *Jurisdicción Constitucional* propiamente dicha, cuando existen órganos calificados y especiales creados específicamente para realizar esos fines, es decir, cuando la labor de control de la constitucionalidad se halla encargada a los Tribunales o Cortes Constitucionales. (VENEGAS, p. 225, 2013).

Acerca do desenvolvimento normativo do Direito Processual Constitucional na Bolívia, Alan E. Vargas Lima propõe uma classificação que sistematiza em três etapas a evolução normativa da disciplina, conceituada como a disciplina de direito público que estuda os sistemas e paradigmas de controle de constitucionalidade, assim como as normas que regulam a estrutura, a organização e o funcionamento dos órgão encarregados de exercer a jurisdição constitucional e demais procedimentos estabelecidos para a resolução de controversias que versem sobre a constituição. (LIMA, p. 432, 2015).

A classificação distingue três fases específicas. Quais sejam:

a) A primeira etapa demarca-se com as Reformas promovidas em 1938 e 1967, as quais introduziram no ordenamento local as primeiras ações de proteção aos direitos e garantias individuais previstas na constituição, conhecidos pela doutrina brasileira como “remédios constitucionais”. O “Habeas Corpus” incorporado à constituição por meio de um referendo popular realizado em 11 de janeiro de 1931 - cabendo em casos de ofensa ao direito de liberdade física e de locomoção - e a ação de Amparo Constitucional - muito similar ao Mandado de Segurança brasileiro, podendo ser proposto em casos de atos “(...) ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman, o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por la Constitución y las leyes (...)”. (LIMA, p. 433, 2015).

b) A segunda etapa se inicia com a reforma promovida no poder judiciário em 1994, a mesma que instituiu o controle concentrado de constitucionalidade no ordenamento jurídico local com a criação do seu primeiro Tribunal Constitucional, quando surgem as primeiras doutrinas sobre o Processo Constitucional na Bolívia. Essa ampla reforma do Poder Judiciário visava garantir a segurança jurídica no país e fortalecer a cogência do texto constitucional, concedendo as decisões do Tribunal constitucional eficácia “erga omnes” e efeito vinculante. Em 2004, é realizada mais uma reforma que incluiu a ação de “Habeas Data” como garantia constitucional para o acesso, ratificação ou exclusão de dados pessoais armazenados em

banco de dados públicos ou privados, que violarem seu direito fundamental a intimidade, honra, imagem e etc.

c) A terceira etapa, sem dúvidas, se inicia com a promulgação da nova Constituição Política do Estado, após ratificação popular por meio de um referendo ativador realizado em 2009. A nova CPE introduziu um vasto rol de “Acciones de Defensa” como são conhecidos os chamados “Remédios Constitucionais” na doutrina boliviana. As novas ações estabelecidas são: “Acción de Libertad, Acción de Amparo Constitucional, Acción de Protección de Privacidad, Acción Popular y Acción de Cumplimiento” (VARGAS, p. 434, 2015). Outrossim, também estabeleceu o Tribunal Constitucional de caráter “Plurinacional” para exercer o controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos do poder público.

Ao contrário do Brasil, a Bolívia já possui seu “Codigo Procesal Constitucional”, criado pela Lei 254 de 5 de julho de 2012, com normas adjetivas que dispõe sobre os processos e procedimentos das ações que compõem o bojo da jurisdição constitucional na Bolívia.

A jurisdição constitucional na Bolívia é exercida através da atividade do controle de constitucionalidade, na proteção dos direitos fundamentais e no controle dos conflitos de competência entre os distintos órgãos do poder público. O Tribunal Constitucional Plurinacional é o responsável pelo exercício da jurisdição constitucional. Sua competência está estabelecida no artigo 202 da CPE e no artigo 12 da lei do TCP.

O controle de constitucionalidade na Bolívia pode ser preventivo ou repressivo. O controle preventivo é exercido ainda durante o processo legislativo, podendo ser suscitado pelo presidente do estado plurinacional, pelo presidente da Assembleia Legislativa Plurinacional, pelo presidente do Tribunal Supremo de Justiça e o presidente do Tribunal Agroambiental, sempre que houver dúvida acerca da constitucionalidade de um determinado projeto de lei (conforme atribuição 8., do art. 12 da Lei do TCP).

Além disso, as autoridades indígenas originárias campesinas quando houver dúvida sobre a aplicação de suas normas consuetudinárias no caso concreto deverão consultar o TCP, de acordo com a atribuição 12., do art. 12 da Lei do TCP. Por fim, o TCP também exerce o

controle preventivo de constitucionalidade nos processos de ratificação de tratados internacionais (atribuição 9., do art. 12 da Lei do TCP), com legitimidade ativa do presidente da Assembleia Legislativa Plurinacional.

Sobre a competência do TCP para o exercício do controle preventivo de constitucionalidade, Alan Vargas Lima ressalta que:

Sobre ésta modalidad de control preventivo, también se debe anotar que dentro de la estructura orgánica de ésta entidad, la *Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional* tiene ahora entre sus atribuciones jurisdiccionales, el ejercer el *control previo sobre la constitucionalidad de estatutos autonómicos y cartas orgánicas*, aprobados por los órganos deliberativos de las entidades territoriales autónomas; y así también le corresponde conocer y resolver el *control previo sobre el texto de las preguntas de la convocatoria a referendo nacional, departamental y municipal* (de acuerdo a lo previsto en las atribuciones 12ava., y 13ava., del artículo 28 de la Ley del TCP). (LIMA, 2012, p. 86, grifos do autor)

O controle dito repressivo ou ainda corretivo é praticado após a promulgação da lei quando houver dúvida sobre a compatibilidade da norma com o texto da CPE. O TCP dispõe da Ação de Inconstitucionalidade de caráter direto e abstrato sobre leis, estatutos autonômicos, cartas orgânicas, decretos e todo gênero de atos normativos não judiciais (atribuição 1., do artigo 12 da Lei do TCP). Também é previsto as ações de inconstitucionalidade indiretas de caráter concreto, tendo por objeto as mesmas espécies prevista para a ação direta (atribuição 2., do artigo 12 da Lei do TCP).

A Acción de Inconstitucionalidad prevista no artigo 132 da CPE 2009 pode ser proposta por toda pessoa física ou jurídica que se veja afetada pela norma inconstitucional, a sentença proferida pelo Tribunal Constitucional Plurinacional nessas ações possui efeito para todos (“erga omnes”).

Os recursos contra tributos e taxas criados, modificados ou extintos em desacordo com o disposto na CPE é outra previsão do exercício do controle corretivo (atribuição 5., do artigo 12 da Lei do TCP). Assim como os recursos contra as resoluções do Órgão Legislativo quando suas resoluções afetarem um ou mais direitos, qualquer seja a pessoa afetada (LIMA, 2012, p. 84) sendo essa a atribuição 6. estabelecida pelo artigo 12 da Lei do TCP. Por fim, a

atribuição 10. prevê o controle de constitucionalidade do procedimento de reforma parcial da Constituição Política do Estado.

O controle de constitucionalidade sobre o exercício do poder político é exercido em casos de conflito entre os órgãos do poder público, buscando sua harmonização, principalmente considerando a complexidade do “Estado Plurinacional” estabelecido pela CPE de 2009. O Tribunal Constitucional Plurinacional atuará nos casos de conflito de competência entre os órgãos do poder público (atribuição 3. do artigo 12 da Lei do TCP), nos casos de conflito de competência entre o governo plurinacional central e as autoridades autônomas e descentralizadas ou destas entre si (atribuição 4.).

O TCP ainda atuará nos casos em que houver conflito de competência entre a jurisdição indígena originária compequina e a jurisdição ordinária e a agroambiental (atribuição 11.), além da análise dos “recursos diretos de nulidade” contra os atos normativos de autoridades públicas em casos de usurpação de competência ou ilegalidade (atribuição 13).

A vigência e o pleno exercício dos Direitos Fundamentais estabelecidos no texto constitucional são garantidos pelas chamadas “Acciones de Defensa”, previstas entre os artigos 125 a 136, cabendo ao Tribunal Constitucional Plurinacional, de acordo com o estabelecido na atribuição 7. do artigo 12 da Lei do TCP, julgar as seguintes ações:

A) Acción de Libertad: É o tradicional “Habeas Corpus” surgido no Direito Inglês, com a função de proteger o direito de liberdade dos indivíduos. O novo sistema constitucional boliviano amplia suas hipóteses de incidência, prevendo sua aplicação nos casos em que a pessoa considerar ter sua vida e liberdade ameaçadas, quando estiverem ilegalmente perseguidas ou privadas de sua liberdade. Mantendo as características da informalidade, imediatez, celeridade, generalidade. O uso do nome “Ação de Liberdade” é expressão do princípio da inclusão, previsto no artigo 8 da CPE, por facilitar o acesso à justiça pelas camadas mais humildes da sociedade. Nesse sentido, não há, em todo ordenamento jurídico boliviano, o uso de brocardos em latim. Os artigos 125 a 127 da CPE de 2009 dispõe sobre a Ação de Liberdade.

B) Acción de Amparo Constitucional: Similar ao Mandado de Segurança brasileiro, com cabimento em casos de abusos e omissões das autoridades públicas e de pessoas naturais e jurídicas que restrinjam, suprimam ou ameacem os direitos estabelecidos na CPE. É uma ação extraordinária de natureza subsidiária e imediata. Está prevista nos artigos 128 e 129 da CPE 2009.

C) Acción de Protección de Privacidad: É o conhecido “Habeas Data”, estabelecido nos artigos 130 e 131 da CPE para garantir as pessoas físicas e jurídicas o acesso, ratificação ou eliminação de seus dados registrados em banco de dados públicos e privados.

D) Acción de Cumplimiento: Prevista no artigo 134 da CPE para garantir o cumprimento de normas constitucionais omitidas ou descumpridas por servidores públicos, podendo ser impetrada por pessoa física ou jurídica afetada.

E) Acción Popular: Os artigos 135 e 136 da CPE de 2009 estabelece a Ação Popular boliviana, atuando contra todo ato ou omissão de autoridade pública ou pessoa física ou jurídica que violem ou ameacem violar direitos e interesses coletivos relacionados “con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución.” (Bolívia, CPE 2009).

5. CONCLUSÃO

Após todo esse processo de análise e cotejo teórico-normativo entre os paradigmas brasileiro e boliviano de jurisdição constitucional, pode-se inferir algumas reflexões úteis para o desenvolvimento da dialética constiucional, no âmbito do estudo do direito comparado, para o aperfeiçoamento político-jurídico institucional, epistemologicamente descolonizado, entre países vizinhos, que possuem um esforço internacional de integração.

As distinções entre os marcos teóricos filosóficos Neoconstitucionalista e do Novo Constitucionalismo Sul-americano são latentes e ao mesmo tempo complementares.

O Neoconstitucionalismo busca analisar aqueles textos constitucionais que surgiram inicialmente na Europa continental após um traumático período de violação de direitos. Essas constituições não se limitava à normas formais de formatação do Poder Público. Todavia, apresentavam um caráter dirigente e garantista, com o estabelecimento de Princípios e Direitos Fundamentais.

Como ensina Dalmau (2010, p.17), são exemplos desse marco teórico as constituições ibéricas da década de 1970 (Portugal em 1976 e Espanha em 1978) e a brasileira de 1988. Ainda aduz o professor que o Neoconstitucionalismo se propõe a ser uma “teoria do Direito” e não meramente uma “teoria da Constituição”. Portanto, a dimensão do seu objeto de estudo é normativo-positivo, não se ocupando de elementos extra-jurídicos, ou melhor, político-propedêuticos para a fundação do ordenamento jurídico, através de uma análise da “legitimidade democrática” dos textos constitucionais para a tradução da vontade constituinte em poder constituído. .

A real legitimação democrática das novas constituições sul-americanas é o “elo perdido” entre os dois marcos teórico-filosóficos constitucionais, Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Sul-americano, que separam a construção do texto constitucional brasileiro e boliviano, repercutindo na instrumentalização dos seus sistemas de exercício da jurisdição constitucional.

O Pluralismo Jurídico e a legitimação democrática das decisões judiciais estão presentes no sistema dialógico de jurisdição constitucional proposto pela CPE de 2009. O largo rol de “Ações de Defesa” boliviano talvez seja tão vasta quanta aquele previsto no ordenamento jurídico brasileiro - muitos “transplantados” da respeitada tradição constitucional alemã - e os seus “remédios constitucionais”. Contudo o pluralismo jurídico se manifesta nos detalhes, principalmente na democratização do acesso ao Direito, principalemnte naquelas ações que visam resguardar direitos fundamentais constitucionais. Nesse sentido, no ordenamento processual constitucional boliviano não existem brocardos latinos rebuscados, o “Habeas Corpus” tornou-se “Ação de Liberdade” e o “Habeas Data” tornou-se a “Ação de Proteção a Privacidade”. Para que complicar se é possível simplificar?

O respeito a justiça indígena é notável e o esforço para a construção de uma justiça indígena autônoma e independente é igualmente louvável. Contudo o ineditismo e as ambições do novo texto constitucional boliviano acaba se transformando em um problema, tendo em vista a carência de capital humano capaz de formular uma doutrina consistente sobre o tema, resultado da formação tradicional eurocêntrica ainda praticada nas academias de Direito na Bolívia.

Os próprios operadores do direito, principalmente as autoridades indígenas comunitárias, necessitam de um mínimo treinamento ou orientação sobre as inovações legislativas. Esses procedimentos são custosos e a carência de gente qualificada é outro desafio. Desafios semelhantes enfrenta o Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano. Até os dias atuais, a Corte Constitucional boliviana ocupa uma sede improvisada na cidade de Sucre, em um prédio emprestado pela prefeitura do município. A infraestrutura não é a ideal e faltam profissionais capazes de dar o devido suporte as ambiciosas missões constitucionais outorgados ao Tribunal.

Contudo, as dificuldades de implementação dessa revolução paradigmática já seriam previsíveis e as suas premissas teleológicas são louváveis e justificam todo o esforço. Ressalta-se também, que com a publicação do seu Código Processual Constitucional, através da “Ley N° 254 de 5 de julio de 2012, e da anterior Lei do Tribunal Constitucional Plurinacional, “Ley N° 027 de 6 de julio de 2010”, a Bolívia assume a vanguarda na região no que tange ao desenvolvimento de sua jurisdição constitucional.

A codificação facilita o estudo e o desenvolvimento de uma doutrina, trazendo maior prestígio também aqueles que estudam a matéria, resguardando sua devida importância. A necessidade de codificação da jurisdição constitucional brasileira no que tange aos remédios constitucionais e nas ações de controle de constitucionalidade foi tema do “I Congresso Brasileiro de Direito Processual Constitucional: Conteúdos do Processo Constitucional no Cenário Latino-Americano” realizado na cidade de Foz do Iguaçu, no Paraná, organizado pela Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional - ABDPC, com a presença de grandes constitucionalistas nacionais como Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Melo Franco Bahia. Importante avanço foi a regulamentação do Mandado de Injução no Brasil pela lei 13.300 de 23 de Junho de 2016.

A jurisdição constitucional brasileira tem se desenvolvido nos últimos anos. Outrossim, pela primeira vez temos dois ministros constitucionalistas no Supremo Tribunal Federal, com obras publicadas sobre a jurisdição constitucional no Brasil. Os remédios constitucionais, principalmente o “Habeas Corpus” individual ou coletivo, assim como o “Mandado de Segurança” individual e coletivo, e a “Ação Popular” e as ações de controle concentrado de constitucionalidade também são amplamente utilizadas - aqui se salienta a restrição do rol de legitimados pela legislação constitucional brasileira em relação a boliviana, onde a Ação de Inconstitucionalidade poderá ser proposta por qualquer pessoal natural ou jurídica.

Um elemento de destaque fundamental é o TCP. O qual traz uma importante contribuição no campo do estudo dialógico institucional para a legitimação democrática das decisões proferidas pela Corte Constitucional. Ao trazer a possibilidade de eleição direta de magistrados para o TCP, o ordenamento jurídico boliviano se propõe a algo pouco visto do na seara do Direito Constitucional: abertura a experimentação. O sistema eleitoral desses magistrados ainda não está acabado e pode ser aperfeiçoado, obviamente. Cabendo aos entusiastas do Novo Constitucionalismo Latino-americano e do Direito Público se debruçarem sobre a matéria. Se mais democracia é um juízo axiológico positivo finalístico, se infere que o paradigma boliviano revela-se mais democrático que o brasileiro.

Por fim, em tempos de recrudescimento do conservadorismo, da xenofobia, do neoliberalismo e do ódio como um todo no mundo - com o “Braxit” na União Européia, a eleição de Donald Trump nos EUA e o golpe no Brasil - além do fortalecimento de forças fascistas em diversos países, nos leva a um ponto de profunda reflexão sobre o papel da democracia.

Hillary Clinton venceu em números absolutos nos EUA, Trump venceu em números de delegados no Colégio Eleitoral e sobre ameaças de recontagem de votos, os ingleses aparentemente também demonstram se arrepender da apertada vitória pela saída da UE. No Brasil o golpe se consumou contra a vontade popular e o governo golpista já dá sinais de que talvez não chegue a 2018. A democracia não funciona só quando acontece o que eu gosto, é muito mais complexa e continua sendo a melhor opção.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação**. 2ª Edição. Tradução por Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda., 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BOLÍVIA. Constituição (2009). **Constitución Política del Estado**. Sucre: Editorial Quatro Hnos. 2013.

BOLÍVIA. LEY DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL (2010). **Ley Nº 027 de 6 de julio de 2010**. Sucre: Editorial Quatro Hnos. 2013.

BOLÍVIA. CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (2012). **Ley Nº 254 de 5 de julio de 2012**. Sucre: Editorial Quatro Hnos. 2013.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª edição. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. **Reforma Constitucional e participação popular nas constituições da América do Sul**. Disponível em <http://campusvirtual.contraloria.gov.co/campus/memorias/derConstitu/CarolinaMachadoCyrillo.pdf>

DALMAU, Rubén Martínéz. **La interpretación de la constitución democrática en el nuevo constitucionalismo**. XV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles. Madrid: Trama editorial CEEIB, p. 634-644, 2012.

_____. **Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición: El nuevo constitucionalismo em América Latina**. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 96.

DAN, Vívian Lara Cáceres; NASCIMENTO, Diogo de Carvalho. **Análises sobre o Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano**. Rio de Janeiro, Revista Direito & Práxis, 2016.

FERRAJOLI, Luigi (2010). **CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA E NEOCONSTITUCIONALISMO**. Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCConst. - Curitiba, PR : ABDCConst., 2011.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes**. Santiago: CEPAL - Serie Políticas sociales Nº 153, 2009.

LEONEL JUNIOR, Gladstone. **O Novo Constitucionalismo Latino-americano: um estudo sobre a Bolívia**. Brasília: Editora Lumen Juris, 2015.

_____. **A constituição do Estado Plurinacional da Bolívia como um Instrumento de Hegemonia de um Projeto Popular na América Latina.** 2014. 350 f. Tese (Doutorado). Universidade de Brasília. Brasília. 2014.

LIMA, Alan E. Vargas. **El Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolívia.** La Paz: Ciudad del Illimani, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional.** 1998, p. 339-353. Disponível em:
<<http://server2.docfoc.com/uploads/Z2015/12/05/hHWh4BwIcw/1b7d65da0611451dfda43849905e5b32.pdf>> Acesso em: 22 set. 2016.

RIVERA, José Antonio. **EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BOLIVIA.** Huancayo: ENDECAP, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia.** La Paz: Fundación Rosa Luxemburg, 2012.

_____. **La Reinvencción del Estado y el Estado Plurinacional.** Santa Cruz de la Sierra: Talleres Gráficos “Kipus”, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCHAVELZON, Salvador. **A assembleia constituinte da Bolívia: Etnografia do Nascimento de um Estado Plurinacional.** 2010. 609 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

TORELLY, Marcelo Dalmas. **Justiça transicional e estado constitucional de direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro,** 2011, 355 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

VICIANO, Roberto Pastor; DALMAU, Rubén Martínez. **Los Procesos Constituyentes Latinoamericano y el nuevo paradigma constitucional.** Revista del Instituto de Ciências Jurídicas de Puebla A.C., número 25, Puebla: 2010, p. 7-29.

VIEIRA, Tiago Renato Tobias; MACHADO, Eliel Ribeiro. **A Revolução boliviana de 1952: entre a ruptura e a desilusão.** Anais do VIII Seminário de Pesquisa em Ciências Humanas SEPECH. Londrina, Eduel, 2010, p. 2028-2041.

VIEIRA, José Ribas et al. **O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: PARADIGMAS E CONTRADIÇÕES.** Rio de Janeiro: Revista Quaestio Iuris vol.06, nº02, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. **Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico.** Fortaleza: Pensar, p. 371-408, 2011.

_____. **Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina.** IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCConst. - Curitiba: ABDCConst., p. 143-155. 2011.