



DEMOCRATIZAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL? LIMITES E POSSIBILIDADES A PARTIR DA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BOLIVIANA DE 2009

Ricardo Silveira Castro¹
Thaiane Correa Cristovam²

Resumo:

O presente estudo tem como foco a análise das modificações promovidas pela Constituição boliviana de 2009 na forma de composição do Poder Judiciário e do Tribunal Constitucional, com o fim de democratizar estas estruturas do Estado, historicamente marcadas pelo elitismo. No movimento do novo constitucionalismo latino-americano do século XXI, do qual a Constituição andina é expoente de destaque, a relação entre jurisdição constitucional e democracia sofreu impactante alteração de concepção. A partir da identificação das rupturas promovidas com os modelos empírico-primitivo e tecno-burocrático que nortearam os desenhos institucionais implementados no século XX em toda a América Latina, a pesquisa identifica as limitações das inovações emergentes da experiência constitucional boliviana de 2009.

Palavras-chave: Constituição boliviana de 2009; Democracia; Jurisdição Constitucional; Poder Judiciário; Tribunal Constitucional Plurinacional.

DEMOCRATIZATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT? LIMITS AND POSSIBILITIES FROM THE BOLIVIAN CONSTITUTIONAL EXPERIENCE OF 2009

Abstract:

This study has as its focus the analysis of the changes promoted by the Bolivian 2009 Constitution in the way it organizes the Judiciary and the Constitutional Court, with the purpose to democratize de State's structures, which are historically marked by elitism. In the movement of the new Latin American constitutionalism of the 21st century, of which the Andean Constitution is a prominent exponent, the relationship between constitutional jurisdiction and democracy underwent an impacting change in conception. From the identification of the ruptures promoted with the empirical-primitive and techno-bureaucratic models that guided the institutional designs implemented in the 20th century throughout Latin America, the research identifies the limitations of the emerging innovations of the Bolivian constitutional experience of 2009.

Key words: Bolivian 2009 Constitution; Democracy; Constitutional Jurisdictions; Judiciary; Plurinational Constitutional Court.

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa "Constitucionalismo na América Latina" (PPGD/UFRGS). E-mail: silveiraricardocastro@gmail.com

² Doutoranda e Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa "Constitucionalismo na América Latina" (PPGD/UFRGS). E-mail: thaicristovam@hotmail.com.





1. Introdução

A discussão sobre a tensa relação entre constituição e democracia (GODOY, 2012) tem como desafio fundamental a construção de balizas que sejam úteis na definição de desenhos institucionais que sejam capazes tanto de incluir no sistema político todos os sujeitos interessados quanto de resguardar os direitos humanos fundamentais de cada integrante da comunidade. No desenho constitucional, em geral, adotado pelos países Latino-Americanos, coube ao Poder Judiciário, especialmente representado pela figura da Corte Constitucional, o papel de guardião destes direitos e garantias fundamentais (MENDES, 2015), especialmente por meio do exercício da jurisdição constitucional.

Na atualidade, o papel de protagonismo que vem sendo assumido pelo Poder Judiciário levou inexoravelmente a um debate acadêmico (e político) sobre quais deveriam ser suas atribuições no esquema constitucional de separação de poderes. Há, por um lado, aqueles que afirmam que as cortes exercem função essencial para o desenvolvimento e bom funcionamento do regime democrático (GLOPPEN; GARGARELLA; SKAAR, 2004), na medida em que não somente protegeriam os direitos e as garantias fundamentais, como também assegurariam a responsabilização horizontal dos demais poderes. Por outro lado, há quem perceba que este fenômeno vem acarretando a exacerbada judicialização da política, atribuindo às cortes, e especialmente aos tribunais constitucionais, um papel sem precedentes, o que, muitas vezes, não é saudável para o regime democrático (SIEDER; SCHJOLDEN; ANGELL, 2005).

Nesse cenário, revela-se indispensável a reflexão quanto à forma de composição do Poder Judiciário que, na contemporaneidade, assume o protagonismo na contenção e no controle das demais forças políticas responsáveis por dar concretude ao projeto de sociedade definido pelos textos constitucionais.

Assim, o presente estudo tem como foco a análise dos modelos de Poder Judiciário construído pelo argentino Eugênio Raul Zaffaroni, com base na forma de composição das estruturas judiciárias e dos tribunais constitucionais existentes na região latino-americana. Na sequência, o trabalho confronta as concepções empírico-primitivas e técnico-burocráticas com o projeto institucional de ruptura advindo da experiência constitucional boliviana de 2009, na pretensão de contribuir com a atualização (a partir da problematização) das categorias desenvolvidas pelo autor argentino.



Por fim, investiga-se a limitação do projeto inovador elaborado pelo constituinte boliviano de 2009, com ênfase nos desafios enfrentados pela nova institucionalidade em sua primeira década de funcionamento.

2. O modelo hegemônico no século XX: democracias entre “empíria primitiva” e “tecnicidade burocrática”

O contorno da estrutura institucional do Poder Judiciário latino-americano nos séculos XIX e XX esteve fortemente marcado pelo elitismo político inerente ao constitucionalismo liberal-conservador (também conhecido como “constitucionalismo de fusão”) dominante na região no período (GARGARELLA, 2014). Nesse cenário, é marcante a emergência de dois padrões principais de composição das instituições judiciárias da região: o da empíria primitiva e o da tecnicidade burocrática (ZAFFARONI, 1995).

Prescreve Roberto Gargarella, em sua análise do constitucionalismo latino-americano, a existência em sua construção histórica de três modelos constitucionais que pautaram a elaboração e a formatação dos documentos constitucionais do bloco: o radical (ou republicano), o liberal e o conservador.

O modelo radical, afirma o autor, está intrinsecamente ligado ao ideal do autogoverno, ao mesmo passo em que valoriza a política majoritária, isto é, valoriza o bem-estar geral em detrimento da autonomia individual (GARGARELLA, 2014, p. 22). Características marcantes do radicalismo são o majoritarismo político e o populismo moral, o primeiro compreendido como o poder de definição do projeto político pelas maiorias, relacionando-se diretamente com o ideal de autogoverno, e o segundo como a defesa de um Estado ativista, que estimula a cidadania a possuir determinadas qualidades morais “que são as que permitem a sustentação de uma nação livre, frente à ameaça de potências e comunidades externas” (GARGARELLA, 2014, p. 28).³ Contudo, na América Latina, o projeto republicano/radical não logrou a tradução de seus ideias em projetos constitucionais efetivos.

O modelo liberal, por sua vez, vê-se conectado com as ideias de equilíbrio de poder e de neutralidade moral do Estado. Seu compromisso, portanto, era dificultar os excessos políticos daqueles que estavam no poder, e assegurar direitos que servissem de barreiras, de forma que o indivíduo conseguiria viver sua vida da maneira como melhor lhe aprouvesse.

³ Tradução livre. No original: “[...] que son las que permiten el sostenimiento de una nación libre, frente a la amenaza de potencias y comunidades externas”.



Por conseguinte, o modelo liberal latino-americano está em muito vinculado à autonomia individual e ao individualismo, e, em razão disso, pode-se rastrear a ele a proposição de inclusão de uma lista de direitos nos textos constitucionais (GARGARELLA, 2014, p. 38).

O modelo liberal, ao identificar a estrutura do Estado como verdadeira ameaça às liberdades individuais, propõe o equilíbrio do poder por meio da construção de um sistema de “freios e contrapesos” e a afirmação da neutralidade moral do Estado, elevando a liberdade – enquanto autonomia individual (liberdade interna de escolher os planos de vida, de ordem particular, portanto) – como princípio norteador da engenharia constitucional. De acordo com essa perspectiva, seria dever do Estado permitir que a organização e a interação social ocorram livre e espontaneamente por meio de acordos e contratos firmados por seus integrantes. A corrente liberal surge para combater as premissas do modelo conservador, sobretudo no que toca a organização dos poderes.

A corrente liberal precisou abandonar muitos dos seus compromissos após a concretização do pacto firmado com o pensamento conservador em meados do século XIX. A fusão entre liberais e conservadores altera a composição das propostas liberais de tal modo que a luta por igualdade e justiça social, a partir de então, será travada exclusivamente pelos radicais. Referida aliança liberal-conservadora rechaçou a “política de massas”, defendendo que o incremento do número de participantes nos processos de tomada de decisão reduzia a qualidade dessas decisões, sobretudo porque haveria suposta fragilização da necessária imparcialidade⁴.

Finalmente, o modelo conservador, intitulado por Roberto Gargarella como o “*da cruz e da espada*” traduz seus traços marcantes na religião e na ordem e foi o que melhor assentou-se na matriz constitucional latino-americana (GARGARELLA, 2014, p. 31). Nesta senda, o conservadorismo:

⁴ Analisando o que chamou de “crise da representação política”, Roberto Gargarella (2002) buscou as raízes do problema no desenho das instituições republicanas durante as discussões constituintes de 1787 nos Estados Unidos. Segundo o autor, o próprio sistema dos pesos e contrapesos (que até hoje pauta a institucionalidade permeada pelas Constituições latino-americanas) foi elaborado a partir de uma visão elitista, que acarretou a radical separação entre a cidadania e seus representantes, de forma que este sistema antes de promover a deliberação, promoveria a negociação ou o bloqueio da discussão política, na medida em que estaria estruturado a partir do pressuposto da confrontação entre os diferentes ramos do Governo. Neste ínterim, conclui Gargarella que, em realidade, o sistema representativo criado pelos chamados pais fundadores não estaria em crise, uma vez que teria sido construído para efetivamente impossibilitar a intervenção do cidadão comum no processo de tomada de decisão. Logo, o sistema representativo criado pelos pais fundadores norte-americanos, e posteriormente adotado por um sem-número de países latino-americanos, não estaria em crise, mas antes realizaria plenamente as funções para as quais foi desenhado.



Por um lado a Cruz, isto é, a convicção que as novas sociedades deviam reorganizar-se em torno de um projeto moral compreensivo (habitual mas não exclusivamente no da Igreja Católica). Por outro lado, a espada, ou seja, a certeza de que era necessário recorrer à força para recuperar ou impor a ordem; uma ordem vinculada com aquele projeto compreensivo, e que era objeto de resistências e desafios constantes por parte de uma cidadania pouco educada (GARGARELLA, 2014, p. 32).⁵

Na raiz do pensamento conservador está a concepção de que há certas verdades políticas que devem guiar a vida pública, e que tais verdades só podem ser acessadas por pessoas vocacionadas e capacitadas para fazê-lo. A consequência mais relevante desse elitismo político é a restrição do acesso à esfera pública e a formação de estruturas marcadas pela grande concentração de poder (o “presidencialismo forte” talvez seja o melhor expoente dessa realidade). Com efeito, a justificativa para a restrição do acesso das massas populares à esfera pública encontra-se na conexão – afirmada por esse modelo – entre propriedade e independência política. Nesse aspecto, a fundamentação da concentração de poder (nas mãos das elites, logicamente) em contextos marcados por fortes desigualdades entre proprietários e não proprietários evidencia-se na medida em que a liberdade de ação e eleição desses restava afetada pelo poder extorsivo daqueles. Não é difícil perceber que no marco de sociedades fortemente marcadas por desigualdades sociais, o sistema institucional é manipulado para reconhecer o “estado de coisas” vigente como natural, fornecendo expressão político-jurídica às desigualdades econômicas.

Neste contexto, resultante da mescla entre as propostas constitucionais conservadoras, de um lado, e das liberais, de outro, a matriz do constitucionalismo de fusão apresenta reflexos diretos na concepção institucional idealizada para o Poder Judiciário até os dias de hoje nos países latino-americanos. Apresentando o “elitismo político” e o “perfeccionismo moral” (GARGARELLA, 2014) como base de sua construção teórica, o modelo conservador ganhou espaço no cenário latino-americano com a promessa de estabilidade e segurança para os Estados logo após os períodos de independência.

⁵ Tradução livre. No original: “Por un lado la Cruz, esto es decir, la convicción de que las nuevas sociedades debían reorganizarse en torno de un proyecto moral comprehensivo (habitual pero no exclusivamente, el de la Iglesia Católica). Por otro lado la espada, esto es decir, la certeza de que era necesario recurrir a la fuerza para recuperar o imponer el orden; un orden vinculado con aquel proyecto comprehensivo, y que era objeto de resistencias y desafios constantes por parte de una ciudadanía poco educada”



As constituições resultantes desse pacto liberal-conservador assumem as seguintes características: a) definem um sistema de freios e contrapesos desequilibrado em favor do presidente; e b) não incluem compromissos sociais em favor de grupos marginalizados (preocupação maior em assegurar direitos individuais, com destaque ao direito de propriedade). Na prática, temos que na parte orgânica da constituição conforma-se ao modelo conservador enquanto a parte dogmática assume um formato liberal.

Nesse contexto de institucionalização de sistemas políticos excludentes, a forma de composição das estruturas do Poder Judiciário também fora orientada de acordo com a concepção elitista. Se no plano do discurso de legitimação das estruturas institucionais a inspiração vinha da experiência norte-americana – isto é, de suprema corte aparentemente forte – a prática institucional revela a partidarização das cúpulas das instâncias judiciárias, com o fim de centralizar e controlar os processos de tomada de decisão por parte das elites. A consequência da institucionalização de judiciários verticalizados e cortes nomeadas por mera decisão política arbitrária foi o enraizamento de cúpulas hierarquicamente fortes e politicamente fracas. Em comparação,

[...] o poder que algumas constituições latino-americanas outorgam às suas cúpulas judiciárias é muito superior ao que tem a própria Suprema Corte dos Estados Unidos, simplesmente porque isto tem sido funcional para o controle partidário das próprias cúpulas e, através delas, de todos os poderes judiciários. Em outras palavras, as cortes estão encarregadas de cancelar a independência interna dos judiciários, já que elas carecem de independência externa (ZAFFARONI, 1995, p.120).

Tais modelos institucionais em que a composição da cúpula do Poder Judiciário e do Tribunal Constitucional ocorre por meio de nomeação política – seja do Executivo, seja do Legislativo (ou mesmo de uma interação entre ambos) – correspondem ao modelo “empírico-primitivo”, pois não são outra coisa que o produto de lutas de poder que empiricamente, sem qualquer teorização, tentam monopolizar ou distribuir a nomeação arbitrária (ZAFFARONI, 1995, p.123). Nesse diapasão, quanto mais primitivas forem as estruturas institucionais, maior será a distância entre as funções manifestas e as funções latentes do Poder Judiciário. Assim,

É indispensável ter em consideração que as instituições reconhecem funções “manifestas” e “latentes”, ou seja, funções que são anunciadas no discurso oficial e funções que realmente são cumpridas na sociedade. A disparidade entre ambas é inevitável, mas quando a



distância entre o que se “diz” e o que se “faz” chega a ser paradoxal, essa disparidade transforma-se em disparate, ou seja, dispara contra a própria instituição, desbaratando-a. A relação entre a estrutura institucional e as funções (manifestas e latentes) é indissolúvel: a estrutura indicará a sua capacidade de desempenho das funções manifestas, e o grau de incapacidade para elas mesmas estará assinalando o cumprimento de funções latentes alijadas daquelas (ZAFFARONI, 1995, p.22).

Em contraposição a essa estrutura marcada pela empiria primitiva, Zaffaroni (1995, p. 141) revela a emergência do modelo técnico-burocrático, marcado por um sistema de seleção forte de seus integrantes – via de regra inseridos na institucionalidade por meio de concursos. É o caso do desenho definido pela Constituição Federal brasileira de 1988 para a composição dos órgãos de base do Poder Judiciário, por meio de concurso público, e da Corte Suprema de Justiça do Chile (ENGELMANN; BANDEIRA, 2017). A tese assumida pelo autor argentino é a de que a seleção técnica forte – que pode consistir em concurso, em formação escolar séria, ou ambas as coisas – é o pressuposto de todo modelo democrático de magistratura.

Na linha de raciocínio utilizada pelo referencial teórico em comento, o foco em identificar um procedimento que reduza as interferência político partidárias no processo de composição das estruturas judiciárias conduz à seguinte conclusão paradoxal: para se evitar a utilização de mecanismos autoritários de interferência política direta na atividade jurisdicional (tal como suposto na relação entre integrantes livremente indicados pelas autoridade políticas, sejam do Executivo, sejam do Legislativo), propõe-se a utilização de uma seleção que leve em conta o conhecimento técnico, aferido mediante submissão a concursos públicos de títulos e provas (ZAFFARONI, 1995, p.147). Em última análise, os concursos abertos em todas as instâncias do Poder judiciário seriam a melhor garantia de imparcialidade e transparência democrática.

O problema que deixa de ser enfrentado nessa argumentação é o de que a definição do “conhecimento técnico” enquanto diretriz basilar de seleção da institucionalidade judiciária também representa uma forma de manter o não reconhecimento, por parte do Estado, de muitas concepções de “Direito” e do “Justo” de setores minoritários da sociedade que sempre permaneceram à margem do processo de tomada de decisão política na região latino-americana. Neste sentido, deixa-se de atentar para o fato de que o Estado não é o único



produtor de normas jurídicas; é dizer, que a formação do direito também é dada social e coletivamente para além da institucionalidade formal (WOLKMER, 2013).

No início do século XXI, reivindicações de setores populares historicamente marginalizados do processo político alcançam o espaço público em episódios inovadores de reformulação das estruturas do Estado, como nos casos equatoriano e boliviano – em 2008 e 2009, respectivamente. Essas experiências constitucionais representam a promessa de um novo pacto social reformulado desde a base, com implicações importantes na divisão orgânica do poder político. Especificamente para o presente estudo, importante é a compreensão da ruptura proposta pelo texto constitucional boliviano de 2009, que redesenha as estruturas judiciárias e modifica de forma substancial a forma de composição de seus órgãos de cúpula, assim como do tribunal constitucional. Nesse sentido, o novo formato institucional indica a emergência de outro modelo, inspirado pela tendência de aprofundar (e radicalizar) a democracia nesse país. É a esse novo modelo que nos voltaremos a seguir, com o fim de avaliar seus potenciais e suas limitações, a partir da análise da prática constitucional.

3. A ruptura e suas limitações: a experiência constitucional boliviana de 2009.

Foi no cenário de crescentes mobilizações populares contra o programa neoliberal então em implementação, em dezembro de 2005, no pleito eleitoral antecipado pela renúncia do Presidente Carlos Mesa, que o Movimento ao Socialismo logrou êxito em eleger um presidente (Evo Morales) e vice-presidente (Álvaro García Linera) em primeiro turno, com 53,7% dos votos válidos (DOMINGUES, 2009, p. 29). Logo no primeiro ano do governo de Morales houve a nacionalização do gás (em maio de 2006), a renegociação dos contratos das empresas que exploravam esse recurso natural na Bolívia e a implementação de importantes medidas sociais – tal como o Bônus Juancito Pinto (política focalizada para famílias pobres) e o Bônus Dignidade (para os mais velhos)⁶ – além do que se percebeu um avanço expressivo dos programas estatais voltados ao combate do analfabetismo. Conforme projetado no período de campanha eleitoral, Morales articulou o chamamento de uma Assembleia Constituinte com

⁶ As medidas implementadas por Morales buscam gerar benefícios tangíveis e não conjunturais para os setores mais pobres da população, como forma de dar sustentabilidade à nova correlação de forças e reduzir os espaços para opções conservadoras que busquem retomar as trajetórias do passado. Esse quadro abre para as elites tradicionais duas possibilidades, a insistência na ruptura separatista presente nas propostas de autonomia dos Departamentos da chamada Meia Lua (Santa Cruz, Tarija, Pando e Beni), ou a busca de uma estratégia de convivência permanente baseada numa agenda que legitime o pluralismo, especialmente no âmbito do sistema econômico e do regime de propriedade (AYERBE, 2011, p.200)



o propósito de refundar o Estado boliviano, que mantinha em 2006 a engenharia institucional desenhada pela Constituição de 1961 (com as reformas de 1967).

Em julho de 2006 foram eleitos os integrantes da Assembleia Constituinte, que contou com maioria do Movimento ao Socialismo (MAS). A direção em que apontaram as propostas de importantes dispositivos constitucionais aprovadas na cidade de Oruro em dezembro de 2007 sobre problemas sensíveis – tais como a reforma agrária e a autonomia indígena – suscitou o protesto de setores oposicionistas, organizados em torno do partido Poder Democrático e Social (Podemos), que conseguiu obstruir o avanço do processo constituinte⁷. Foi somente após a materialização de numerosas modificações (144 artigos foram revisados) levadas a cabo em outubro de 2008 que os governistas alcançaram um acordo com a oposição, a partir do qual foi convocado um referendo aprobatório e dirimitório, realizado em janeiro de 2009. Nessa oportunidade a nova Constituição boliviana foi aprovada por 61,43% dos votantes (sendo que 90% dos habilitados a votar compareceram às urnas), e passou a vigorar em fevereiro do mesmo ano.

A Constituição boliviana de 2009 propôs a superação do Estado colonial, republicano e neoliberal para assumir um compromisso com o Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, fundado na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico (artigo 1º). A parte dogmática do texto constitucional é marcada pelo pensamento descolonial, com impacto no reconhecimento dos povos indígenas originários, camponeses e afrobolivianos na conformação do povo boliviano (artigo 3º), na imposição do respeito às diversas cosmovisões e crenças espirituais (artigo 4º) e, ainda, na afirmação de trinta e seis idiomas de povos originários⁸ como idioma oficial do Estado, além do castelhano (artigo 5º). De igual modo, enquanto reflexo da ruptura paradigmática com a lógica monocultural do constitucionalismo hegemônico na América

⁷ Em setembro de 2008, o bloco histórico da direita inicia algumas ações golpistas contra o Governo Central, como ocupação e destruição de algumas instituições do Estado. Mais de 72 instalações governamentais foram queimadas como: canal de televisão, rádio estatal, escritório da empresa de telecomunicações, sabotagem de gasoduto em Tarija e por fim, o mais grave, que foi o massacre de dirigentes camponeses no Departamento de Pando. Mais um golpe de Estado estava em andamento na Bolívia com ações ilegítimas, além de terem um caráter marcadamente fascista, racista e antidemocrático. Diante dessas ações, o governo interviu militarmente em Pando, expulsou o embaixador dos Estados Unidos, que articulava internacionalmente as ações, e iniciou uma mobilização da sociedade civil nos redutos mais fortes da direita golpista (DA SILVA JÚNIOR, 2014, p.109)

⁸ Os idiomas são: aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré e zamuco (artigo 5º, I).



Latina, verifica-se a inserção de princípios ético-morais das comunidades indígenas (artigo 8º, I), tais como *ama suwa* (não sejas mentiroso nem ladrão) e o *suma qamaña* (bem viver).

Depreende-se da leitura do texto constitucional boliviano – que arrola direitos individuais (artigos 15 ao 20), direitos civis e políticos (artigos 21 ao 29), bem como direitos sociais, econômicos e culturais (artigos 33 ao 105) – a preocupação em realinhar as estruturas do Estado a partir do reconhecimento da pluralidade de tradições culturais dos diversos povos indígenas originários, cuja existência é anterior à invasão colonial espanhola (artigos 30 a 32). Paralelamente, há a previsão de ações judiciais de garantia dos direitos conhecidos: ação de liberdade (artigos 125 ao 127), ação de amparo constitucional (artigos 128 e 129), ação de proteção de privacidade (artigos 130 e 131), ação de inconstitucionalidade (artigos 132 e 133), ação de cumprimento (artigo 134) e ação popular (artigos 135 e 136).

Organicamente o poder é dividido em Legislativo (Assembleia Legislativa Plurinacional bicameral, composta pela Câmara dos Deputados⁹ e pela Câmara de Senadores¹⁰), Executivo (Presidente da República¹¹), Judiciário (Tribunal Supremo de Justiça¹², sendo que a justiça constitucional fora atribuída ao Tribunal Constitucional Plurinacional¹³) e Eleitoral (Tribunal Supremo Eleitoral¹⁴). O desenho institucional privilegia a participação popular direta, em evidente ruptura com a institucionalidade da democracia liberal predominante na América Latina em todo o século XX. Para além do direito à participação na eleição dos representantes, a cidadania é compreendida como a possibilidade de intervenção direta – por meio de referendo, da iniciativa legislativa cidadã, da revogatória de mandato, da assembleia, do cabildo e da consulta prévia – e alargada pela noção de

⁹ Integrada por 130 membros, eleitos por sufrágio direto, para mandato de 5 anos com possibilidade de uma única recondução imediata (artigos 146 e 156).

¹⁰ Integrada por 36 membros, eleitos por sufrágio direto, para mandato de 5 anos com possibilidade de uma única recondução imediata (artigos 148 e 156).

¹¹ Eleito por sufrágio direto, para mandato de 5 anos com possibilidade de uma única recondução imediata (artigos 166 e 168).

¹² Instância máxima da jurisdição ordinária; seus membros são eleitos mediante sufrágio universal após a pré-seleção realizada pela Assembleia Nacional Plurinacional, para mandato de 6 anos – vedada a reeleição (artigos 181 ao 183). Paralelamente, a Constituição reconhece a legitimidade da jurisdição indígena, aplicada pelas autoridades de cada povo originário em conformidade com suas respectivas cosmovisões, princípios, valores culturais e procedimentos (artigos 190 ao 192).

¹³ Seus membros são eleitos por sufrágio universal seguindo os procedimentos, mecanismo e formalidades de composição do Tribunal Supremo de Justiça (artigo 198). O mandato também aqui é de 6 anos (artigo 200).

¹⁴ Instância máxima do órgão eleitoral plurinacional; é composto por 7 membros eleitos para mandato de 6 anos vedada a reeleição e com a previsão da reserva para no mínimo 2 descendentes de povos indígenas originários camponeses. Ressalte-se que a eleição para o órgão de cúpula do órgão eleitoral se dá indiretamente: 6 membros são escolhidos pela Assembleia Legislativa Plurinacional e 1 membro é escolhido pelo Presidente da República (artigo 206).



democracia comunitária (por meio da qual é reconhecida a legitimidade das autoridades e representantes das comunidades indígenas originárias, bem como de suas regras e procedimentos próprios). Nesse mesmo sentido, a ordem constitucional boliviana afirma que o povo soberano, por meio da sociedade civil organizada, participará do processo de definição das políticas públicas (artigo 241)

A Constituição de 2009 afastou do cenário jurídico boliviano as tradicionais estruturas do “poder constituinte derivado”. Nesse sentido, a sua reforma total ou aquela que afete suas bases fundamentais deverá ser procedida por uma Assembleia Constituinte originária plenipotenciária, ativada por vontade popular mediante referendo. De igual modo, a reforma parcial do texto constitucional está condicionada à realização de um referendo popular prévio – sem o qual a proposta de modificação constitucional não será implementada. Preconiza o art. 411 do texto constitucional:

A reforma total da Constituição, ou aquela que afete suas bases fundamentais, os direitos, deveres e garantias, ou a primazia e reforma da Constituição, terá lugar por meio de uma Assembleia Constituinte originária plenipotenciária, ativada por vontade popular, mediante referendo. A convocatória do referendo realizar-se-á por iniciativa cidadã, com a assinatura de, ao menos, vinte por cento do eleitorado; por maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa Plurinacional ou pela Presidenta ou Presidente do Estado. A Assembleia Constituinte se autorregulará para todos os efeitos, devendo aprovar o texto constitucional por dois terços do total seus membros presentes. A vigência da reforma necessitará referendo constitucional para aprovação¹⁵.

É justamente esse aspecto (o afastamento do poder constituinte derivado) da ordem constitucional boliviana que tem gerado importante atrito entre as instituições estatais, com reflexo significativo no fortalecimento do Tribunal Constitucional Plurinacional, órgão que detém a competência de exercer a jurisdição constitucional. A inviabilidade de reformas formais desvinculadas à participação popular tem como consequência o deslocamento do

¹⁵ Tradução livre. No original: “La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.”



cenário da disputa por reformas no sentido da Constituição: em vez da alternativa do procedimento formal (reformas e emendas, via Parlamento com posterior submissão a referendo popular), movem-se os esforços políticos pelo caminho informal (interpretações constitucionais, via Tribunal Constitucional Plurinacional).

3.1 Tribunal Constitucional Plurinacional e a reeleição de Evo Morales

A preocupação em refundar as molduras institucionais bolivianas carrega em si o potencial de revelar o ponto de inflexão mais desafiador nesse processo de construção do constitucionalismo emancipador do século XXI: a efetivação das suas promessas pressupõe o rompimento definitivo com a cultura institucional monolítica e homogeneizante forjada nos Estados latino-americanos há mais de dois séculos. A partir do reconhecimento dessa premissa, o presente trabalho se propõe a problematizar a engenharia constitucional boliviana de 2009, especificamente em relação ao órgão máximo na estrutura do Poder Judiciário, responsável pela “guarda” do novo texto constitucional. A opção por tomar como objeto referido órgão jurisdicional justifica-se na medida em que o modo de exercício da interpretação constitucional nesse contexto de ruptura com a perspectiva do monismo jurídico pode representar verdadeiro bloqueio às mudanças pretendidas pelos constituintes de 2009.

E como está formatado o Poder Judiciário no texto constitucional boliviano de 2009? Em primeiro lugar, é bastante interessante a previsão do art. 178 da Constituição, que vem ao encontro das tendências de um Estado mais horizontal, fundado na soberania popular, porquanto esta afirma que o poder de “fazer” justiça emana diretamente do povo boliviano, assim como salienta que esta aptidão está sustentada por diversos princípios, dentre eles, o pluralismo jurídico, a interculturalidade, o serviço à sociedade e a participação cidadã. Relevante colocar-se, também, que a Constituição de 2009 estabeleceu um sistema jurídico plural (DAN; NASCIMENTO, 2016), na medida em que prevê uma multiplicidade de sistemas de administração da justiça, sendo que a jurisdição ordinária e a jurisdição indígena originária campesina gozam de igual hierarquia (art. 198).

De acordo com o texto constitucional boliviano de 2009, a jurisdição ordinária tem como última instância o Tribunal Supremo de Justiça (artigo 179), composto por magistrados eleitos por meio de sufrágio universal (artigo 182, item I). Interessante registrar que a Constituição proíbe aos candidatos a cargo de magistrado no Tribunal Supremo de Justiça a realização de campanha eleitoral, atribuindo ao órgão eleitoral a competência de difundir com



exclusividade os méritos de cada candidato (artigo 182, item III). Registre-se que a Assembleia Legislativa Plurinacional tem a prerrogativa de selecionar previamente (por dois terços de seus membros) os candidatos, e encaminhar a lista dos aprovados para o processo eleitoral ao órgão eleitoral (artigo 182, item II). Os integrantes da corte suprema boliviana são eleitos por maioria simples de votos (artigo 182, item V), e os requisitos para postulação de candidatura são (artigo 182, item VI): idade mínima de 30 anos, possuir título de advogado, experiência forense (magistratura, advocacia ou cátedra universitária) de no mínimo 8 anos e ausência de sanção pelo Conselho de Magistratura. A composição do Conselho da Magistratura, órgão responsável pela disciplina da jurisdição ordinária, ocorre do mesmo modo que o Tribunal Supremo de Justiça (artigo 193).

Por outro lado, o Tribunal Constitucional Plurinacional tem como funções precípua: (i) velar pela supremacia da Constituição; (ii) exercer a jurisdição constitucional; e (iii) a defesa dos direitos e das garantias fundamentais (art. 196). Quanto à sua composição, prevê o texto constitucional que as magistradas e magistrados da Corte devem ser escolhidos partir de critérios de plurinacionalidade, com representação dos sistemas ordinário e indígena originário campesino (art. 197).

A questão nevrálgica, no entanto, reside no fato de que a Constituição de 2009 prevê que os magistrados e as magistradas da Tribunal Constitucional Plurinacional serão eleitos por sufrágio universal - seguindo o mesmo procedimento e as mesmas formalidades do mecanismo de composição do Tribunal Supremo de Justiça (artigo 198), destacando-se o fato de que é atribuição da Assembleia Legislativa Plurinacional a seleção prévia (por dois terços de seus membros) dos candidatos a magistrado. Como requisitos para a postulação da candidatura na corte constitucional, além daqueles já salientados para composição do Tribunal Supremo de Justiça, estão: idade mínima de 35 anos, especialização ou experiência comprovada em c Direito Constitucional, Administrativo ou Direitos Humanos por no mínimo 8 anos (artigo 199, item I). É importante pontuar, por fim, que tanto os integrantes da Corte Constitucional quanto os do Tribunal Supremo de Justiça possuem mandatos fixos de 6 anos, sendo-lhes vedada a reeleição (artigos 183, item I e 200).

Como se pode perceber, a experiência constitucional boliviana de 2009 fixa um novo desenho institucional para o Poder Judiciário e para a Corte Constitucional, com reflexos importantes na dinâmica de interação entre os atores políticos. A escolha por mecanismos democráticos de seleção dos componentes dessas estruturas de poder redesenha o horizonte de



possibilidades da função judicial, com a ruptura daquela concepção original de que esta dispensaria a legitimidade popular. Embora esse movimento possa, em uma primeira análise, resolver a crise de legitimidade que as estruturas judiciárias vivenciam no contexto atual latino-americano, é preciso estar atento para as consequências práticas dessa nova engenharia constitucional.

Pontue-se, ademais, que ser de competência da Assembleia Legislativa Plurinacional efetuar a prévia seleção dos candidatos que poderão concorrer ao cargo de magistrado do Tribunal Constitucional Plurinacional é fato que não deve passar desapercibido. Neste sentido, o movimento de eleição por sufrágio universal pode parecer, em uma primeira mirada, positivo para a independência do órgão e para a sua legitimidade democrática; no entanto, este processo de escolha político-parlamentar pode levar à extrema politização e sujeição do Tribunal Constitucional Plurinacional (TERÁN, 2015).

No caso boliviano a tensão gerada pela prática constitucional após a promulgação do novo texto de 2009 tem como questão de base o problema da reeleição presidencial. Após vencer as eleições de 2010 e de 2015, Evo Morales estaria constitucionalmente impedido de concorrer como candidato à Presidência da República no pleito previsto para 2020, tendo em vista o disposto no artigo 168 da Constituição de 2009, que limita a reeleição por uma única vez de maneira contínua. Diante do obstáculo constitucional o governo convocou referendo popular em fevereiro de 2016 para buscar a modificação desse quadro institucional.

Saliente-se que a proposta encampada pela administração de Morales não contemplava a reeleição indefinida (como postulado no caso equatoriano pelo Presidente Rafael Correa), mas ampliava a possibilidade de reeleição (em vez de uma, permitiria duas reconduções)¹⁶. O fato é que por decisão popular (51,30% dos participantes) a proposta governista foi derrotada, o que na prática representou bloqueio institucional ao quarto mandato consecutivo de Evo Morales (2006-2010, 2010-2015, 2015-2020, 2020-2025).

Em que pese o resultado do referendo popular de 2016, recentemente – em 28 de novembro de 2017 – sobreveio decisão do Tribunal Constitucional Plurinacional em sede de

¹⁶ **Artículo 4° de la Ley 757-** La pregunta a realizarse en el Referendo Constitucional Aprobatorio será la siguiente: “¿Usted está de acuerdo con la reforma del Artículo 168 de la Constitución Política del Estado para que la Presidenta o Presidente y la Vicepresidenta o Vicepresidente del Estado puedan ser reelectas o reelectos por dos veces de manera continua?. Por Disposición Transitoria de la Ley de Reforma Parcial de la Constitución Política del Estado, se considera como primera reelección al periodo 2015 - 2020 y la segunda reelección el 2020 - 2025. Ley de Convocatoria a Referendo Constitucional Aprobatorio. Disponível em: https://www1.oep.org.bo/wp-content/uploads/2017/02/ley_757_convocatoria.pdf. Acesso em 20 nov. 2018.



controle de convencionalidade no sentido de que a proibição da recandidatura viola direitos políticos previstos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1992¹⁷. No exercício da jurisdição constitucional o Tribunal Constitucional Plurinacional avaliou que a inviabilização da reeleição representaria limitação desnecessária e desproporcional ao exercício dos direitos políticos, pois eventual recandidatura não representa a garantia de que quem esteja ocupando o cargo eletivo vá forçosamente ser reconduzido de maneira contínua e indefinidamente, já que isso dependerá decididamente do voto dos cidadãos (BOLÍVIA, 2017, p. 77).

É curioso observar que para tentar se desviar da decisão política tomada pela Assembleia Constituinte boliviana de 2009 o Tribunal Constitucional Plurinacional resgatou o relatório apresentado pela Comissão n.7 (encarregada do Poder Executivo), que chegou a sugerir a adoção da reeleição indefinida. Nessa decisão “criativa” – onde consta uma interpretação bastante peculiar do Pacto de São José da Costa Rica – o Tribunal Constitucional Plurinacional tomou como a “vontade do constituinte” aquela sugestão da Comissão n.7, ignorando tanto o fato de o plenário da Assembleia Constituinte ter limitado a reeleição para os cargos eletivos (com posterior ratificação popular, é preciso dizer), quanto a manifestação mais recente da cidadania no referendo de 2016. Na prática, o Tribunal Constitucional Plurinacional substituiu a vontade do constituinte (consignada em 2008 e reforçada em 2016) sob o fundamento generalista de proteção e ampliação de direitos fundamentais.

O Tribunal Supremo Eleitoral boliviano, por sua vez, homologou a chapa composta pelo Presidente Evo Morales e seu Vice Álvaro Linera, tendo estes disputado, e vencido, as eleições primárias de sua organização política (MAS-IPSP, Movimento ao Socialismo – Instrumento Político pela Soberania dos Povos), conforme resultados disponibilizados pelo Órgão Eleitoral Plurinacional (BOLÍVIA, 2019a). Importante salientar a baixa participação dos membros de partidos opositores no pleito. Fora a agremiação partidária de Morales, havia oito outras organizações políticas participando do pleito, conforme tabela 1¹⁸:

¹⁷ Veja-se que a temática da possibilidade de reeleição do Presidente é um tema relativamente recorrente na América Latina. Decisão similar foi proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica (COSTA RICA, 2003).

¹⁸ Dados extraídos dos resultados da votação disponibilizados pelo Órgão Eleitoral Plurinacional (BOLÍVIA, 2019a).



Organização política	% participação dos militantes
MNR – Movimento Nacionalista Revolucionário	8,34%
PDC – Partido Democrático Cristão	4,55%
UCS – Unidade Cívica Solidarietà	4,98%
FPV – Frente Para a Vitória	6,55%
PAN-BOL – Partido de Ação Nacional Boliviana	3,77%
MTS – Movimento Terceiro Sistema	7,31%
CC – Aliança Comunidade Cidadã	5,63%
21F – Aliança Bolívia Diz Não	6,42%

Depreende-se que a média de presença ao pleito dos militantes destas agremiações foi de 5,89%. Quanto à aliança MAS-IPSP, de Morales, o percentual de votação foi expressivamente superior, chegando a 45,51% de participação de militantes (BOLÍVIA, 2019a). Registre-se, por fim, que as eleições serão realizadas em 20 de outubro de 2019 (BOLÍVIA, 2019b).

A armadilha presente na experiência constitucional boliviana fora criar um “superpoder”, o Tribunal Constitucional Plurinacional. Essa estrutura institucional, legitimada pelo voto popular, passou a representar peça fundamental de controle das crises políticas. No cenário de diminuição do apoio popular do governo Morales – que perdera na seara política a disputa para se credenciar como candidato à terceira reeleição para a Presidência da República – o Tribunal Constitucional Plurinacional funcionou como base de sustentação das pretensões governistas. É evidente que isso só foi possível porque os magistrados integrantes daquele tribunal constitucional, previamente selecionados pela Assembleia Legislativa de maioria governista, apresentam postura ideológica alinhada a Evo Morales. Essa constatação se robustece com a fragilidade da decisão da Corte Constitucional no episódio da permissão da terceira recondução do atual Presidente da República.

4. Considerações finais

O estudo do desenho institucional definido pela Constituição boliviana de 2009 em relação à forma de composição do órgão de cúpula do Poder Judiciário revelam efetiva ruptura com os padrões empírico-primitivo e técnico-burocrático que marcaram a história do



constitucionalismo latino americano nos últimos dois séculos. A previsão de um mecanismo de eleição popular para os cargos de magistrados do Tribunal Supremo de Justiça e do Tribunal Constitucional Plurinacional reformula as condições da dinâmica de atuação dessas instâncias, conferindo-lhes legitimidade popular – o que em si já demonstra outro fundamento para a atividade jurisdicional. A concepção de um poder contra majoritário é reformulada na institucionalização de um Judiciário democraticamente eleito, com reflexos importantes na prática constitucional.

A partir da avaliação do funcionamento institucional dessas instâncias jurisdicionais a partir de 2009, entretanto – com particular enfoque no caso do Tribunal Constitucional Plurinacional – é possível identificar algumas armadilhas criadas pela nova engenharia constitucional, que representam verdadeiras limitações à proposta inicial de verticalizar a democracia nesse país. A legitimidade conferida pelo voto popular aos magistrados da Corte Constitucional, aliada à inexistência de mecanismos de veto contra as decisões do órgão judicial (que são irrecorríveis) tem o potencial de criar um “superpoder” na institucionalidade boliviana. Para agravar essa situação, tem-se que a pré-seleção das candidaturas aos cargos de magistrados daquele órgão judicial é controlada pela maioria parlamentar da Assembleia Legislativa Plurinacional.

Nesse esquema institucional, em que por um lado o método de composição da Corte é democrático (via eleição popular) e por outro suas decisões são irrecorríveis – o elemento que desestrutura o núcleo democrático é esse segundo fator aliado à pré-seleção das candidaturas pelo parlamento. O aparelhamento das cúpulas das estruturas judiciárias pelo(s) partido(s) majoritário(s) é um risco efetivo ao respeito da vontade popular – o que pode ser constatado no caso específico da revisão da decisão política do referendo de 2016 (sobre reeleição presidencial) levado a cabo pela Corte Constitucional em 2018. Com esse nível de ingerência partidária na interpretação das regras do jogo democrático, o funcionamento do modelo boliviano se aproxima bastante daquele empírico-primitivo – mesmo contando com um método de composição do judiciário totalmente diverso do conhecido por aquele.

Referências bibliográficas

AYERBE, Luis Fernando. Crise de hegemonia e emergência de novos atores na Bolívia: o governo de Evo Morales. In: **Lua Nova**, São Paulo, p.179-216, 2011.





BOLIVIA, **Ley de Convocatoria a Referendo Constitucional Aprobatorio, 2016.** Disponível em: https://www1.oep.org.bo/wp-content/uploads/2017/02/ley_757_convocatoria.pdf. Acesso em 20 nov. 2018.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado, 2009.** Disponível em: <https://www.oep.org.bo/marco-normativo/constitucion-politica-del-estado/>. Acesso em 10 jan.2019.

BOLIVIA. Órgão Eleitoral Plurinacional. 2019a. *Resultados da Votação*: eleições primárias de candidaturas dos binômios presidenciais. Disponível em: https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2019/02/separata_4_resultados_elecciones_primarias_2019.pdf. Acesso em 27 ago. 2019.

BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0084/2017. Sala Plena, Decidido em 28 de novembro de 2017.

BOLIVIA. Tribunal Supremo Eleitoral. 2019b. Resolução TSE-RSP-ADM nº 0239 de 2019. Disponível em: <https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2019/05/RES-TSE-RSP-ADM-239-2019.pdf>. Acesso em 27 ago. 2019.

COSTA RICA. Sala Constitucional. Resolução 02771-2003. Expediente 02-00594-0007-CO. 2003.

DA SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel. **A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia como um instrumento de hegemonia de um projeto popular na América Latina.** 2014. 350 f. Tese (Tese em direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2014.

DAN, Vívian Lara Cáceres; NASCIMENTO, Diogo de Carvalho. Análises sobre o Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano. **Revista Direito & Práxis.** Rio de Janeiro, v. 7, n. 14, 2016, p. 350-375.

DOMINGUES, José Maurício. A Bolívia às vésperas do futuro. p.27-50. In: DOMINGUES, José Maurício; GUIMARÃES, Alice Soares; MOTA, Aurea; DA SILVA, Fabrício Pereira (orgs.). **A Bolívia no espelho do futuro.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

ENGELMANN, Fabiano; BANDEIRA, Júlia Veiga Vieira Mâncio. A Construção da Autonomia Política do Judiciário na América Latina: Um estudo comparado entre Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Venezuela. **DADOS-Revista de Ciências Sociais,** Rio de Janeiro, v. 60, n. 4, p. 903-936, 2017.

GARGARELLA, Roberto. **Crisis de la Representación Política.** Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010).** Buenos Aires: Katz, 2014.





GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Eds). **Democratization and the Judiciary**: The accountability function of Courts in new democracies. Londres: Frank Cass, 2004.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Eds.). **The Judicialization of Politics in Latin America**. Nova Iorque: Pelgrave Macmillan, 2005).

TERÁN, Óscar Antonio Millán. El Sistema Electoral para la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional. **Ciencia y Cultura**, n.5, p. 107-132, 2015. Disponível em: http://www.scielo.org.bo/pdf/rcc/v19n35/v19n35_a06.pdf. Acesso em 28 ago. 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: Um espaço de resistência na construção de direitos humanos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco; LIXA, Ivone (Org.). **Pluralismo Jurídico**: Os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.