

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
CURSO DE DIREITO**

**CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O  
PLURALISMO JURÍDICO NA CONSTITUIÇÃO  
BOLIVIANA DE 2009**

**MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO**

**Tierre Batista Migliorin**

**Santa Maria, RS, Brasil**

**2013**

**CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O  
PLURALISMO JURÍDICO NA CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA  
DE 2009**

**Tierre Batista Migliorin**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da  
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito  
parcial para obtenção do grau de  
**Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch**

**Santa Maria, RS, Brasil**

**2013**

**Universidade Federal de Santa Maria  
Centro de Ciências Sociais e Humanas  
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada,  
aprova a Monografia de Graduação

**CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O PLURALISMO  
JURÍDICO NA CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA DE 2009**

elaborada por  
**Tierre Batista Migliorin**

como requisito parcial para obtenção do grau de  
**Bacharel em Direito**

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

**Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch,**  
(Presidente/Orientador)

**Prof. Dr. Rafael Santos de Oliveira,**  
(Universidade Federal de Santa Maria)

**Prof.<sup>a</sup> Nathalie Kuczura Nedel**  
(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 13 de dezembro de 2013.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, inicialmente, a Deus pela força e equilíbrio, por sempre me guiar por bons caminhos e me ajudar a fazer as escolhas corretas.

Aos meus pais e irmã por sempre acreditarem em mim, pela preocupação, apoio irrestrito e conselhos.

Aos meus amigos por sempre estarem do meu lado, pelas alegrias e sofrimentos compartilhados.

À Universidade Federal de Santa Maria – pela qualidade do ensino público e gratuito.

Aos professores pelo comprometimento com a educação e com a aprendizagem dos seus alunos.

À professora Valéria Ribas do Nascimento pelo conhecimento e experiência adquirida desde o início no grupo de pesquisa e na orientação da disciplina de Monografia I, sempre com paciência e dedicação.

Ao professor Jerônimo Siqueira Tybusch pelo apoio, comprometimento e dedicação, por ter aceitado dar continuidade a orientação na disciplina de Monografia II.

À Cristina Oliveira e ao Renan Piveta pelo apoio e incentivo na realização da pesquisa.

A todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, contribuindo para minha vida.

## **RESUMO**

Monografia  
Curso de Direito  
Universidade Federal de Santa Maria

### **CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O PLURALISMO JURÍDICO NA CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA DE 2009**

AUTOR: TIERRÉ BATISTA MIGLIORIN

ORIENTADOR: JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 13 de dezembro de 2013.

A pesquisa apresenta apontamentos sobre um assunto que tem influenciado a vida política de países da América Latina. Observa-se um processo de alterações constitucionais, provocadas pela ruptura com a velha ordem social, por meio da insurgência de grupos sociais que reivindicam maior participação no espaço político do Estado. Vislumbra-se um novo paradigma do direito constitucional, através de movimentos como o neoconstitucionalismo e o constitucionalismo latino-americano. Existe um comprometimento deles com a concretização de direitos fundamentais. O constitucionalismo latino-americano visa resolver o problema das desigualdades sociais e espalhar um ideal participativo, com destaque ao texto constitucional da Bolívia (2009). Nesse contexto, surge o pluralismo jurídico associado à existência de um sistema de justiça plural, baseado no reconhecimento de diferentes jurisdições autônomas. Diante desse cenário, o presente trabalho tem por objetivo analisar os avanços e/ou retrocessos com a adoção do pluralismo jurídico comunitário-participativo pela constituição boliviana de 2009. Assim, em que pese o caráter comunitário-participativo do pluralismo jurídico, ele demonstra-se apropriado às demandas sociais e jurídicas do Estado boliviano? Para responder essa problemática será utilizado o método de abordagem dialético e os métodos de procedimento histórico e monográfico. Percebe-se que no plano formal o texto constitucional da Bolívia atende as demandas sociais e jurídicas do Estado. Entretanto, vários fatores precisam ser aprimorados para se falar de um pluralismo jurídico comunitário-participativo que atenda as demandas sociais e jurídicas concretamente na sua totalidade, embora se verifique uma tendência na concretização desse propósito.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo. Pluralismo jurídico. Comunitário-participativo.

## **ABSTRACT**

Graduation Monograph  
Law School  
Federal University of Santa Maria

### **LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM: THE LEGAL PLURALISM IN CONSTITUTION BOLIVIANA OF 2009**

**AUTHOR: TIERRE BATISTA MIGLIORIN**

**ADVISER: JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH**

**Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 13<sup>nd</sup>, 2013.**

The research shows notepaper about a subject that has influenced the political life of some Latin American countries. It is observed a process of constitutional changes, caused by rupture with the old social order, by means of insurgency of social groups that claim more participation on political space of the State. Glimpses a new paradigm of constitutional law, by means of movements as the neoconstitutionalism and the Latin American constitutionalism. There is a compromised of them with the realization of fundamental rights. The Latin American constitutionalism aims to solve the problem of social differences and spread a participatory ideal, with highlighted to Constitution of Bolivia (2009). In this context, arises the legal pluralism associate to existence of a justice system plural based on recognition of different autonomous jurisdictions. Given this scenario, the present work has by objective analyze the advances and/or setbacks with the adoption of legal pluralism community-participatory by Bolivia's constitution of 2009. Thus, in spite of the character Community-participatory of legal pluralism, it proves to be appropriate the social and legal demands of Bolivian state? Towards respond this problem will be utilized the method of approach dialectic and the methods of procedure historic and monographic. It is noticed that on formal plan the constitutional text of Bolivia meets the social and legal demands of State. However, several factors need be enhanced for if talk of a Community-participatory legal pluralism that meets the social and legal demands concretely in its totality although if check a trend in concretion of this purpose.

**Keywords:** Constitutionalism. Legal Pluralism. Community-participatory.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO DO ANTIGO AO MODERNO: O SURGIMENTO DAS BASES DOS MOVIMENTOS CONSTITUCIONAIS CONTEMPORÂNEOS.....</b>	<b>10</b>
1.1 O conceito de constitucionalismo e as contribuições constitucionais pré-modernas .....	11
1.2 A constituição na forma de um documento escrito .....	15
1.3 A formação do pensamento revolucionário e as ideologias predominantes .....	18
1.4 As revoluções americana e francesa e as contribuições para o constitucionalismo.....	22
1.4.1 A revolução francesa: supremacia do parlamento .....	23
1.4.2 A revolução americana: supremacia da constituição .....	24
1.4.2.1 A consolidação do judiciário como guardião da constituição: caso Marbury versus Madison .....	26
1.5 Os limites do constitucionalismo moderno e a formação do constitucionalismo contemporâneo.....	29
<b>2 OS DESAFIOS CONSTITUCIONAIS CONTEMPORÂNEOS: NEOCONSTITUCIONALISMO, CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO, PLURALISMO JURÍDICO .....</b>	<b>31</b>
2.1 O neoconstitucionalismo e a nova cultura jurídica.....	32
2.2 O constitucionalismo latino-americano: o garantismo constitucional, individual, coletivo e difuso .....	34
2.3 A ideologia emancipatória e anticolonialista: movimentos sociais, assembleia constituinte e a nova Constituição da Bolívia de 2009.....	37
2.4 O pluralismo jurídico: a descentralização do espaço público .....	40
2.5 O pluralismo jurídico: os desafios para concretizar as demandas sociais e jurídicas do estado boliviano .....	45
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>57</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta apontamentos sobre um tema que tem chamado atenção dos juristas, por causa das suas propostas e contexto sociopolítico no qual está inserido. Nas últimas décadas, os países latino-americanos têm realizado alterações constitucionais importantes. Essas mudanças são resultado da insurgência de movimentos sociais que reivindicam maior participação no espaço político do Estado.

A América Latina, durante muitos séculos, vivenciou um processo colonial de exploração imposto pela metrópole. A emancipação política das colônias esteve atrelada aos interesses das elites coloniais dominantes que após a independência, assumiram o controle dos novos Estados. Esse processo criou um cenário excludente, privando grande parcela da população do processo de tomada de decisão.

Percebe-se a construção de novos paradigmas no direito contemporâneo. Vivenciam-se mudanças na maneira de se pensar o direito, resgatando aspectos jurídicos e políticos, diferentes dos padrões adotados. Nesse sentido, busca-se dar um novo significado para o direito constitucional, através de movimentos como o neoconstitucionalismo e o constitucionalismo latino-americano.

Esses movimentos visam resgatar a participação da população nas instâncias de decisão e concretizar direitos fundamentais, atendendo as demandas sociais e jurídicas. Nessa ótica, o constitucionalismo latino-americano está comprometido em resolver o problema das desigualdades sociais e espalhar um ideal participativo, com destaque para o texto constitucional da Bolívia (2009). Dentre as inovações trazidas pela constituição boliviana destaca-se o pluralismo jurídico de base comunitário-participativo.

O pluralismo jurídico liga-se a existência de um sistema de justiça plural, baseado no reconhecimento de diferentes jurisdições. Nesse contexto, cada ordem jurídica possui seus próprios procedimentos para resolver os conflitos sociais, dentro do local onde se aplicam. Diante desse cenário, o presente trabalho tem por objetivo analisar os avanços e/ou retrocessos com a adoção do pluralismo jurídico comunitário-participativo pela constituição boliviana de 2009.



A discussão e análise do tema escolhido vêm sendo ampliada nos últimos anos, sendo ainda recente. Vive-se um momento de forte desenvolvimento do constitucionalismo na Bolívia. Assim, em que pese o caráter comunitário-participativo do pluralismo jurídico, ele demonstra-se apropriado às demandas sociais e jurídicas do Estado boliviano?

Para responder tal problemática, a pesquisa numa primeira parte apresenta o processo de desenvolvimento e mudanças de concepções do constitucionalismo ao longo da história. O trabalho, através de uma análise das antigas formas de organização, identifica raízes do pluralismo jurídico na Idade Média. O resgate histórico tem a finalidade de contextualizar o leitor e também serve de ponto de partida para se averiguar as particularidades e tendências dos movimentos constitucionais contemporâneos. Para atingir essa finalidade, utilizaram-se fontes de pesquisa de teoria da constituição e autores clássicos do direito constitucional como André Ramos Tavares, José Joaquim Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Maurizio Fioravanti.

Em um segundo momento, averigua-se o constitucionalismo e suas tendências contemporâneas. O trabalho, nessa parte, vai aprofundar as temáticas envolvendo o neoconstitucionalismo, o constitucionalismo latino-americano e o pluralismo jurídico, procurando notar os aspectos (des)favoráveis do pluralismo jurídico dentro da Constituição da Bolívia de 2009. Nesse capítulo, os principais autores escolhidos para responder a problemática foram Antonio Carlos Wolkmer, Boaventura de Sousa Santos, Idon Moises Chivi Vargas, Miguel Carbonell, Rúbén Martínez Dalmau e Roberto Viciano Pastor.

A relevância jurídica da pesquisa está no fato do constitucionalismo latino-americano ser um movimento que visa atualizar as constituições ao momento contemporâneo e influenciou ideologicamente a Constituição da Bolívia (2009). Além disso, o pluralismo jurídico, presente na carta maior boliviana, apresenta-se como uma alternativa para romper com as estruturas jurídicas conservadoras.

Outra inovação que se pode destacar é a originalidade da proposta que nasce das próprias necessidades das populações internas, seu caráter social visa diminuir as desigualdades sociais. Esse processo objetiva alterar a realidade social que existe desde o período colonial, a qual sempre afastou certas parcelas da população do poder e negou seus direitos.

Em razão do caráter controverso da temática abordada pela pesquisa, utilizou-se como método de abordagem o dialético. O problema apresenta, observando os quadros históricos, políticos, sociais, um novo paradigma com a constituição boliviana e uma nova forma de se enxergar o direito, associado a uma ideologia plural de natureza comunitário-participativa, em oposição à velha ordem individualista, colonialista, excludente.

A utilização do método de procedimento histórico justifica-se, pois se objetiva demonstrar a evolução do movimento constitucionalista e suas influências contemporaneamente. Procura-se demonstrar a tendência dos movimentos constitucionais atuais engajados no ideal de ressignificação do sentido do constitucionalismo clássico.

Já o uso do método de procedimento monográfico se deve a pretensão de análise do texto constitucional da Bolívia (2009) que está inserido dentro do movimento denominado constitucionalismo latino-americano. Nesse sentido, proceder-se-á com o estudo da Constituição da Bolívia (2009) e o pluralismo jurídico de natureza comunitário-participativo.

# 1 A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO DO ANTIGO AO MODERNO: O SURGIMENTO DAS BASES DOS MOVIMENTOS CONSTITUCIONAIS CONTEMPORÂNEOS

O constitucionalismo pode ser caracterizado como um movimento ligado ao surgimento, alteração e transformação dos textos constitucionais. Além disso, possui alicerces com dimensões políticas, sociais, culturais e jurídicas. É possível observar desde a antiguidade a presença de estruturas constitucionais nas sociedades, no entanto pode-se afirmar que as bases do constitucionalismo predominantes atualmente se desenvolveram a partir do século XVIII, sendo significativas as contribuições trazidas com as Revoluções Americana e Francesa e suas respectivas Constituições de 1787 e 1791.

Entretanto, mais relevante que definir o período do seu surgimento, é entender as características desse movimento nos diferentes momentos ao longo do seu desenvolvimento. Canotilho entende o constitucionalismo moderno como o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político<sup>1</sup>.

Nesse sentido, para Canotilho os elementos essenciais do constitucionalismo predominante atualmente são a limitação do poder e o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais<sup>2</sup>. Com a crise do poder absoluto, foi necessário reorganizar o Estado, com uma redefinição da sua atuação. Além disso, é mister tutelar certos direitos e garantias, mesmo que em termos formais inicialmente<sup>3</sup>. Entretanto, antes de aprofundar a pesquisa no conceito moderno do constitucionalismo é preciso reviver as formas de organização do poder existentes anteriormente, que trazem ideias que contribuirão para o constitucionalismo moderno e contemporâneo, além disso, é necessário discutir o conceito do constitucionalismo.

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 52.

<sup>2</sup> Ibid. p. 52.

<sup>3</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 20.

## 1.1 O conceito de constitucionalismo e as contribuições constitucionais pré-modernas

Os registros históricos datam da Antiguidade a percepção de que existem normas que têm a finalidade de organizar o próprio poder. Através dessas leis são fixados os poderes que organizam a vida social, sendo estabelecidos órgãos, atribuições, legitimidades, ou seja, ordenamentos que definem a constituição de determinada organização social. É possível identificar essa distinção entre as leis constitucionais e as demais na célebre obra de Aristóteles, 'A política'<sup>4</sup>.

Para Canotilho, o conceito de constitucionalismo está associado a uma teoria normativa da política, ou seja, tem a finalidade de submeter o poder político à ordem jurídica, limitar suas funções, garantir os direitos aos cidadãos. André Ramos Tavares identifica quatro sentidos para o constitucionalismo: 1) representa um movimento político-social, de origens históricas remotas, que visa limitar o poder político; 2) é identificado com a presença de Constituições escritas; 3) está associado a propósitos mais latentes e atuais da função das Constituições e 4) representa a evolução histórico-constitucional de uma determinada sociedade<sup>5</sup>.

Canotilho divide os movimentos constitucionais em dois momentos: o constitucionalismo antigo e o moderno. Aquele pode ser entendido como as formas de organização político-jurídica que precederam o constitucionalismo moderno. Teria surgido a partir do final da Idade Média e perdurado até o século XVIII. O autor coimbrano caracteriza-o como "o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder<sup>6</sup>".

Já o constitucionalismo moderno estaria associado ao movimento político, social e cultural que teria se desenvolvido a partir de meados do século XVIII, com o objetivo de contrapor as ordens política, filosófica e jurídica tradicionais de domínio político. Ao mesmo tempo busca uma nova forma de organização e fundamentação

---

<sup>4</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30-35.

<sup>5</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 52.

do poder, baseada no princípio do governo limitado e na declaração de um conjunto de direitos fundamentais<sup>7</sup>, sendo que tais conceitos serão aprofundados, como já foi dito, mais adiante.

Sem discutir as posições doutrinárias sobre o momento de surgimento do constitucionalismo, optou-se por apresentar nesse texto abordagens históricas que remetem às antigas organizações sociais pré-modernas, como os gregos. Houve maior preocupação no sentido de descrever os contextos históricos e a aplicação das normas, do que se delimitar na discussão sobre a origem do constitucionalismo. Além disso, o estudo histórico do constitucionalismo não é unanimidade entre os doutrinadores. Assim, a apresentação desse panorama visa contextualizar a dinâmica das alterações da ordem constitucional em diferentes momentos.

Analisando a Antiguidade clássica, observa-se nas Cidades-Estado gregas uma efervescente doutrina política, principalmente com os pensamentos dos filósofos Platão e Aristóteles. Na *polis*, como também eram chamadas as Cidades-Estado, existiam diferentes modelos de organização do poder, cada uma se estruturava de acordo com as variantes de autoridade. Havia, assim, democracia, aristocracia, oligarquia.

Na *polis* havia um grande temor de que os conflitos sociais – *stásis* – desestruturassem a sociedade. O período se caracteriza por grandes crises que abalaram a vida política da época. Para evitar a luta social, a *polis* se transforma em um espaço de diálogo, de reconhecimento dos direitos políticos e predomínio de uma organização coletiva. Toda essa formação objetivou frear os indivíduos e suas ambições e proteger a Cidade-Estado<sup>8</sup>.

Ao conceito de *stásis* que representava o conflito social foi contraposto a *eunomia*, que significava a organização da sociedade e paz social através de uma ordem coletiva, nisso reside a principal característica da organização social grega. A sociedade encontrava-se unida por um ideal coletivo que visava preservar a *polis*, através de uma convivência duradoura e uma resolução pacífica dos conflitos<sup>9</sup>.

Hannah Arendt na sua obra 'A Condição Humana' discute 'o que os homens estão fazendo'. A autora aborda o conceito de *vita activa*, usado desde a

---

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51-52.

<sup>8</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: da la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 15-16.

<sup>9</sup> Ibid. p. 15-16.

Antiguidade, que designa as três atividades humanas fundamentais: trabalho, obra e ação. A primeira corresponde à atividade biológica do corpo humano de manter-se vivo, está ligada à subsistência. A segunda associa-se à criação de coisas artificiais, nitidamente diferente de qualquer ambiente natural e que ultrapassam as vidas individuais. Por último a ação, atividade que ocorre diretamente entre os homens, independentemente da mediação das coisas ou da matéria, corresponde à pluralidade da condição humana, ligada ao fato de que os homens vivem e habitam a Terra<sup>10</sup>.

Segundo o pensamento de Aristóteles, nas Cidades-Estado existiam duas ordens associadas às atividades humanas. A *oikia* (lar) baseava-se no núcleo familiar com domínio do *paterfamilias*, e a *polis* liga-se à ideia de uma vida em comum, de organização política governada por muitos. Na *oikia* (lar) o homem realizava as atividades ligadas às necessidades de seu corpo para manter-se vivo e garantir sua subsistência. Nela o chefe de família controlava as mulheres responsáveis pela procriação e os escravos responsáveis pela supressão das necessidades da vida<sup>11</sup>.

Na *polis* os homens se relacionavam com os seus iguais, isso significa que tudo era decidido por meio de palavras e do discurso, pelo exercício do acordo e da persuasão, em oposição à violência. Os gregos repudiavam formas violentas, coercitivas, consideradas modos pré-políticos de tratar as pessoas, característicos da vida fora da *polis*. Apenas por meio da constante interação dos homens que deliberavam juntos sobre os assuntos da Cidade-Estado sem se dominarem uns aos outros se atingiria a finalidade da *polis* que era garantir 'a vida boa', expressão utilizada por Aristóteles para demoninar a vida do cidadão<sup>12</sup>.

A teoria da organização social da *polis* apresenta elementos baseados na unidade, no equilíbrio para manter coesa a sociedade da época. Para entender o significado disso é preciso deixar de lado as bases do constitucionalismo vigente de inspiração moderna. O sistema político das Cidades-Estado gregas está ligado ao

---

<sup>10</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2013. p. 8-25.

<sup>11</sup> FIORATI, Jete Jane. Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt. In: **Revista de Informação Legislativa**, n. 142, p. 53-63, abr./jun. 1999. p. 54-55.

<sup>12</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2013. p. 26-45.

controle dos indivíduos para evitar a desordem social – *státiis* – não pressupunha nenhuma soberania e, menos ainda, um Estado da forma que se tem hoje<sup>13</sup>.

Com a conquista romana das cidades gregas, começa a surgir a ideia de constituição mista, na medida em que se passa a organizar o poder através da divisão de poderes entre cônsules, composição real, senado, componentes da aristocracia e, por fim, o povo, representado pelas assembleias<sup>14</sup>. Após esse longo período da Idade Antiga, as estruturas de organização do poder vão caminhando para uma constituição mista, no entanto, com a queda do Império Romano inicia-se a Idade Média e importantes modificações ocorrem no período.

Durante a Idade Média, que vai do século V até o fim do Império Romano do Oriente, com a queda de Constantinopla, no século XV — 1453 d.C., surgem diferentes formas de organização do poder. Na Idade Média o modo de produção adotado na Europa foi o feudalista, marcadamente rural, baseado na unidade do feudo, na descentralização político-administrativa, nas relações de vassalagem. Alguns autores costumam chamar esse período de idade das trevas por causa do retrocesso cultural vivenciado nessa época.

Entretanto, observa-se nessa fase o desenvolvimento de um constitucionalismo com características próprias. Com o desmantelamento do Império Romano, predomínio do feudalismo e as invasões bárbaras, houve a fragmentação do poder em vários núcleos autônomos - Igreja, nobreza, senhores feudais. A falta de uma organização central e de uma norma geral regulamentadora caracteriza um dos traços do constitucionalismo medieval, marcado pela limitação de atuação dos poderes públicos e surgimento de um pluralismo jurídico com normas locais e particulares<sup>15</sup>.

A constituição deixa de existir como documento escrito e organizador dos poderes do Estado e está associada ao mundo prático. Assim, o constitucionalismo medieval nos remete à ideia de normas consuetudinárias, pactos, forais e cartas de franquia. Dentre essas, no século XIII, são encontradas fontes escritas que demonstram a evolução constitucional. Nesse sentido, *A Magna Carta*, de 1215,

---

<sup>13</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** da la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 17.

<sup>14</sup> Ibid. p. 26.

<sup>15</sup> NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O constitucionalismo latinoamericano e os direitos fundamentais: contribuições da Constituição brasileira de 1988. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, 2014. NO PRELO. p. 7-9.

assinada pelo Rei João Sem Terra, criou as condições para que liberdades e direitos civis pudessem cada vez mais se estabelecer<sup>16</sup>.

Durante os séculos XVI, XVII e XVIII, observa-se uma progressiva concentração de poderes e o declínio do caráter plural do constitucionalismo medieval. Isso vai culminar com a formação dos Estados absolutistas, tem-se a centralização política nas mãos do soberano – rei – e a organização dos poderes do Estado através de constituições escritas. Seguindo os propósitos da pesquisa passa-se, diretamente, a se delinear nos traços do constitucionalismo moderno, não realizando maiores detalhes sobre os Estados absolutistas.

## 1.2 A constituição na forma de um documento escrito

Desde a Antiguidade, como já ficou evidenciado, observa-se que, entre as leis de uma determinada sociedade, algumas prestam para ordenar o poder. Por meio delas são fixados os limites para o exercício do poder, distinguindo-se das normas comuns, ordinárias. Embora presente na antiguidade tal distinção, é apenas no século XVIII que passa a haver relevância essa separação. É a partir daí que o termo “Constituição” passa a representar o corpo de regras escritas que definem a organização fundamental do Estado.

Concomitantemente a esse processo, reconhecia-se que o homem pode modificar a organização política que os eventos históricos deram a um determinado Estado. Em outras palavras, o homem pode modelar o Estado, de acordo com princípios racionais, estabelecendo para este uma (nova) constituição, consagrada num documento escrito. Assim, com a presença de um texto impresso, surge a possibilidade da organização do Estado se dar numa estrutura racional inspirada num sistema preconcebido<sup>17</sup>.

Essa ideia de um documento escrito com normas que ordenam o poder não surge rapidamente, sendo uma criação coletiva apoiada em precedentes históricos e doutrinários. Dentre os elementos que vão contribuir para o aparecimento das

---

<sup>16</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** da la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 50-51.

<sup>17</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30-35.



constituições escritas podem-se citar, de um lado, os pactos, os forais ou cartas de franquia e os contratos de colonização; de outro, as doutrinas contratualistas medievais e as leis fundamentais do Reino, formuladas pelos legistas. Combinação esta realizada sob a influência da filosofia iluminista<sup>18</sup>.

Os pactos são convenções realizadas entre os reis e os súditos, relacionados ao modo de governo e garantias de direitos. São marcados pelo acordo de vontades, mesmo que os monarcas disfarcem sua intransigência com a roupagem da outorga de direitos. Dentre importantes pactos pode-se citar a *Magna Carta*, que resultou no acordo entre João sem Terra e seus súditos revoltados, sobre direitos a serem respeitados pela coroa (1215) e a *Petition of Rights* (1628) que os parlamentares lograram impor ao rei da Inglaterra (Carlos I), forçando-o a respeitar os direitos dos cidadãos ingleses.

Já os forais ou cartas de franquia apresentam elementos políticos, pois são atrelados à participação dos súditos no governo local, sendo nesse ponto diferentes dos pactos. Pactos, forais ou cartas de franquia, foram frequentes na Idade Média, firmaram a ideia de texto escrito destinado ao resguardo de direitos individuais, que as constituições iriam englobar a seu tempo<sup>19</sup>.

Os contratos de colonização, muito presentes na história das colônias da América do Norte, caracterizam-se pela ideia de autogoverno, ou seja, a organização do governo pelos próprios governados, representando um dos pilares da ideia de constituição. Recém-vindos da Europa, os peregrinos que desembarcaram na América do Norte, imbuídos de igualitarismo, não encontrando nas colônias poder estabelecido, fixaram, por mútuo consenso, as regras que haveriam de governar-se. Fica estabelecido, assim, pelos chefes de família a bordo do Mayflower o célebre *Compact* (1620); desse modo se estabelecem as *Fundamental Orders of Connecticut* (1639), mais tarde confirmadas pelo rei Carlos II que as incorporou à Carta outorgada em 1662<sup>20</sup>.

As leis fundamentais são uma criação francesa. Estão associadas à existência de normas que são imperativas ao próprio rei. Para essa corrente haveria regras que estariam acima do próprio monarca e fora do seu alcance de disposição, sendo normas específicas, seja quanto à sua matéria, sua autoridade ou sua

---

<sup>18</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30-35.

<sup>19</sup> Ibid. p. 30-35.

<sup>20</sup> Ibid. p. 30-35.

estabilidade. Nessa doutrina, encontra-se indubitavelmente a fonte da superioridade e da intocabilidade das regras concernentes ao poder, que se empresta às constituições escritas<sup>21</sup>.

Pode-se afirmar que o pacto ou contrato social seria o antecedente próximo da ideia de constituição. Na Idade Média existia o *pactum subjectionis*, ou seja, um contrato entre súditos e governantes que legitimava estes. Assim, por meio desse acordo, a população respeitava as ordens do governante que se comprometia a governar com justiça<sup>22</sup>.

No século XVII, Hobbes, no *Leviatã*, e Locke, no *Segundo Tratado do governo civil*, desenvolveram a concepção de que a própria sociedade se funda num pacto, num acordo ainda que tácito entre os homens. A mesma ideia foi difundida por Rousseau, às vésperas da Revolução Francesa, no *Contrato social*. Sem dúvida não coincidem os seus ensinamentos quanto à razão determinante de tal pacto, ou quanto às suas cláusulas. Entretanto, dessas lições resulta sempre que o poder decorre da vontade dos homens e tem um estatuto fixado por estes. Estatuto que se impõe aos governantes e visa assegurar a paz (único objetivo para Hobbes) e os direitos naturais (objetivo principal para Locke e Rousseau)<sup>23</sup>.

As aspirações Iluministas fortaleceram ainda mais a ideia de constituição escrita. A ideologia revolucionária desse movimento é inspirada em cinco ideias-força: Indivíduo, Razão, Natureza, Felicidade e Progresso. O movimento Iluminista vê o homem como um indivíduo na sua singularidade, com vida e direitos próprios. Esse ser individualizado é um ente eminentemente racional, ou seja, age de acordo com sua razão, que não aceita senão o que lhe pode ser demonstrado. Esse homem racional e livre está sujeito a uma natureza boa e providente, de onde emanam leis naturais que conduzem a vida social<sup>24</sup>.

Nesse processo, o objetivo maior é a felicidade que deve ser concretizada na Terra e não no Céu, sendo que o homem sempre estará aperfeiçoando sua condição de vida com o progresso de seus conhecimentos<sup>25</sup>. Todos esses desdobramentos e antecedentes vão ser fonte de inspiração para as revoluções dos séculos XVIII e XIX. Além disso, as revoluções que culminaram com a derrubada do

---

<sup>21</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30-35.

<sup>22</sup> *Ibid.* p. 30-35.

<sup>23</sup> *Ibid.* p. 30-35.

<sup>24</sup> *Ibid.* p. 30-35.

<sup>25</sup> *Ibid.* p. 30-35.

antigo regime são resultado de todo esse processo e manifestam a insatisfação da época por uma nova ordem.

### **1.3 A formação do pensamento revolucionário e as ideologias predominantes**

O período histórico antecedente às Revoluções Americana e Francesa é marcado pelo surgimento do liberalismo no plano econômico e político que prevê a não intervenção do Estado, livre iniciativa, Estado como agente para garantir a segurança e proteger os direitos naturais do homem e igualdade formal. A constituição surge ligada a essa doutrina. Para Ferreira Filho, ela não designava qualquer organização fundamental, mas apenas estrutura o Estado conforme os princípios do liberalismo. Nesse sentido, a constituição representa um instrumento contra o antigo regime, absolutista, intervencionista, procurando substituir tudo isso por um governo moderado, incapaz de abusos, zeloso defensor das liberdades individuais<sup>26</sup>. Nesse viés, a constituição nasce dentro da doutrina liberalista, como um documento escrito que ordena o Estado, preservando os direitos individuais sem intervir, exceto para proteger e dar segurança.

O constitucionalismo moderno, surgido desse processo de mudanças sociais da época, visa estabelecer em toda parte regimes constitucionais de governos limitados e com proteção aos direitos fundamentais, através de um documento escrito. No entanto, apesar de sugerir a existência de constituições escritas, isso não representa um requisito essencial do constitucionalismo moderno. Cita-se o exemplo do Reino Unido, em que o ideal constitucionalista se mostra presente, independente de constituição escrita. Para André Puccinelli Júnior, a redução do constitucionalismo à existência de um documento constitucional escrito não é apropriada, uma vez que o constitucionalismo moderno não está associado à existência de uma ordem jurídica qualquer, e sim está relacionado a um sistema que

---

<sup>26</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30-35.

seja capaz de organizar os poderes, ordenar as próprias regras e absorver os principais anseios de seus destinatários<sup>27</sup>.

Aprofundando a questão, Canotilho prefere o termo movimentos constitucionais ao termo constitucionalismo. De acordo com o autor, o constitucionalismo adquire contornos distintos, como o americano, o francês e o inglês. Para ele, esses movimentos estariam associados a uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. Assim, o conceito liga-se a um claro juízo de valor, sendo em última escala uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia, ou teoria do liberalismo<sup>28</sup>.

A grande inspiração do constitucionalismo moderno fica por conta da limitação do poder para evitar abusos. Puccinelli Júnior distingue essa limitação em três ordens: materiais, orgânicas e processuais. O autor destaca que

Os limites materiais relacionam-se aos valores e direitos fundamentais que tornam factível e possível o convívio social, dentre os quais se destaca o respeito à dignidade da pessoa humana. Organicamente reclama-se que as funções de legislar, administrar e julgar sejam exercidas por órgãos distintos e independentes, em um sistema de freios e contrapesos, de modo a um controlar a atividade do outro. As limitações processuais, por seu turno, condicionam a validade das decisões estatais à observância de um rito específico, previamente estabelecido, que garanta imparcialidade e oportunize voz ativa a todos os participantes do processo ou indivíduos por ele afetados<sup>29</sup>.

Pode-se entender que o constitucionalismo moderno vem para dar segurança nas relações, impondo limites que devem ser observados e direitos que precisam ser respeitados. Além disso, nota-se um sistema de organização do poder que oferece restrições materiais, orgânicas e processuais, através de um texto escrito normativo – a constituição.

Grande parte dessas contribuições teóricas do constitucionalismo se deve às ideologias de Jean Bodin (1529-1596) e sua obra, os “Seis Livros da República” publicada em 1576; Hobbes (1588-1679), com o “Leviatã”, em 1651; Locke (1632-1704) e seu livro “Segundo Tratado do Governo Civil”, publicado em 1690; Montesquieu (1689-1755), com “Espírito das Leis”, de 1748; Rousseau (1712-1778) e sua obra o “Contrato Social”, publicada em 1762.

<sup>27</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 20-23.

<sup>28</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51-52.

<sup>29</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 20-23.

Jean Bodin, nos “Seis Livros da República”, disserta sobre o poder absoluto do rei, entendido ser ele perpétuo e absoluto. O autor afirma que é perpétuo, pois não pode ser revogado, uma vez que é originário; e absoluto no sentido de não estar vinculado a controle de outros poderes, embora o monarca governe com o auxílio de assembleias e de juízes, mas o poder está apenas à disposição do rei, ele exerce o poder soberano que não está disponível para os súditos. Para Bodin, essa última característica representa o primeiro grande marco das constituições modernas. Entretanto, esse poder absoluto não significa poder ilimitado, havendo dois limites: um ligado à distinção entre o soberano e a coroa, ou seja, ao rei não é permitido alienar bens que constituem parte da fazenda pública; e o outro associado à impossibilidade do governante dispor de bens pertencentes aos seus governados<sup>30</sup>.

Hobbes, em o “Leviatã”, relata que o poder tem uma origem, assumindo desse modo sua teoria um feitiço contratualista, na medida em que os homens para proteger suas vidas teriam renunciado a seus amplos direitos que possuíam no estado de natureza para obter segurança nas relações sociais e desfrutar da propriedade<sup>31</sup>. Já Locke, em o “Segundo Tratado do Governo Civil”, contrapõe a ideologia de Hobbes ao afirmar que o homem no estado natural estaria apto a desfrutar a propriedade como uma lei natural, sendo que estabeleceu uma sociedade política para preservar a paz e a segurança para desfrute da propriedade.

Para Locke, a sociedade política se caracterizaria pelo exercício do poder moderado, ou seja, um legislador razoável, um magistrado imparcial e um executivo promovedor de segurança para os indivíduos<sup>32</sup>.

A verdadeira relevância de Locke — sustenta Maurizio Fiovaranti — está em ter sido ele o pioneiro em formular, de modo claro e firme, no âmbito da constituição dos modernos, a fundamental distinção entre poder absoluto e poder moderado. O primeiro é aquele em que um único sujeito, seja o rei, seja a assembleia, tem os poderes legislativo e executivo; já no segundo, os dois poderes são distintos e pertencem a dois sujeitos distintos. O propósito da Constituição é estabelecer a relação adequada entre Legislativo e Executivo, prevenindo a formação de um poder absoluto, capaz de pôr em risco os direitos dos indivíduos<sup>33</sup>.

Observa-se que a teoria de Locke traz uma importante contribuição para o constitucionalismo moderno, com a introdução da ideia de separação dos poderes

<sup>30</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31-56.

<sup>31</sup> Ibid. p. 31-56.

<sup>32</sup> Ibid. p. 31-56.

<sup>33</sup> Ibid. p. 37.

como maneira de proteção da sociedade, uma vez que essa fragmentação do poder em instituições diferentes impõe limites para o poder soberano, até então exercido apenas pelo rei. Nesse período de transformações ocorridas no século XVIII, além das contribuições doutrinárias, um movimento apresentou grande relevo para o constitucionalismo moderno. A Revolução Gloriosa de 1689 consolida a limitação dos poderes do monarca e a supremacia do parlamento na Inglaterra. Dela deriva a adoção do *Bill of Rights*, ainda em 1689, que limita os poderes reais. Embora o monarca continue exercendo a titularidade do poder executivo, o parlamento passa a exercer o poder de criar ou modificar as leis do Estado.

Assim, durante o século XVIII, dissemina-se o modelo inglês de configuração política,

com o seu sistema de convivência entre os Poderes Legislativo e Executivo, característico da fórmula do *king in Parliament*. O Parlamento legisla, mas tem presente a possibilidade de o rei vetar o diploma. No entanto, o rei atua, executa, mas sabendo que pouco pode sem a prévia autorização de gastos, dada pelo Parlamento<sup>34</sup>.

Com a publicação da obra de Montesquieu, “Espírito das Leis”, aprimora-se o modelo de divisão de poderes iniciado na Inglaterra. O autor defende o regime político moderado que se caracteriza pela existência de poderes diferenciados e, ao mesmo tempo, equilibrados. Apenas com o regime moderado seria possível alcançar a liberdade política na sociedade. Desse modo, a constituição necessita conter mecanismos que evite abusos do poder e desrespeito à divisão de competência do Estado. O homem ao deter poder é tentado a cometer abusos, logo, é necessário impor limites para o exercício, por meio de um mecanismo de freios e contrapesos. Além disso, a existência de poderes diferenciados evita a concentração de forças nas mãos de uma pessoa e divide as tarefas do Estado em indivíduos e órgãos diferentes<sup>35</sup>.

Em 1762, Rousseau publica o “Contrato Social”, relatando que o poder soberano nasce da decisão dos indivíduos. Pela teoria contratualista de Rousseau, os indivíduos renunciam a liberdade natural, constituindo um corpo social governado por uma lei geral, resultado da decisão dos indivíduos. O poder soberano é

---

<sup>34</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37.

<sup>35</sup> *Ibid.* p. 31-56.

expressão da vontade do povo<sup>36</sup>. Para explicar sua teoria, o autor seguiu a ideia que dois interesses contrários se agregam quando estão diante de outro interesse contrário a ambos. Para ele o inimigo contra o qual os demais devem se unir é a vontade/interesse particular de cada cidadão.<sup>37</sup> Com a Revolução Francesa e sua proposta de rompimento com o antigo regime, as ideias da soberania popular ganham espaço, uma vez que houve toda uma articulação popular para derrubar o modelo vigente.

No entanto, ao considerar o povo soberano, surgia o impasse de como seria manifestada a vontade desses indivíduos no plano político. A solução encontrada foi reconhecer a titularidade da vontade soberana do povo ao parlamento, que seria a expressão política dos indivíduos e, portanto, para exercer tal atribuição não poderia ser limitado por nenhuma norma, inclusive pela própria constituição<sup>38</sup>.

#### **1.4 As revoluções americana e francesa e as contribuições para o constitucionalismo**

Toda essa ideologia se concretiza com as Revoluções Americana e Francesa. A partir desses movimentos revolucionários é colocado em pauta o sentido da constituição. Inicialmente com os americanos, que em 1776 iniciam a luta pleiteando a independência que culmina com a promulgação da Constituição Americana de 1787; e depois com os franceses, que em 1789 iniciam o movimento para dismantelar o antigo regime e produziram, de acordo com Robespierre, um dos episódios mais significativos para a história da humanidade<sup>39</sup>.

Diante do apresentado, destacam-se duas tendências que merecem uma atenção mais detalhada. De um lado, têm-se as influências da Europa e do outro as contribuições norte-americanas, sendo que os movimentos constitucionais assumiram facetas diferentes em cada revolução.

---

<sup>36</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31-56.

<sup>37</sup> ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 114-115.

<sup>38</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31-56.

<sup>39</sup> ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 82.

#### 1.4.1 A revolução francesa: supremacia do parlamento

Tratando do tema da Revolução Francesa, Claude Lefort analisa o enfoque político sobre uma dimensão mais simbólica e filosófica, rompendo com a esfera clássica da política. Para ele a Revolução está associada à ideia de uma nova realidade, para isso é necessário a superação das velhas instituições do antigo regime. Os indivíduos almejavam uma nova ordem, queriam romper com o modelo social vigente. Para Lefort no pensamento dos homens da Revolução existe o 'possível' e o 'impossível' que estão ligados e conduzem os indivíduos a uma nova ordem política e social, resultante de suas atuações. A realidade criada configura um novo espaço de lutas e conflitos sociais e baseia-se nos acontecimentos revolucionários ocorridos<sup>40</sup>.

Os desdobramentos do movimento revolucionário francês culminam com a Constituição de 1791. Ela nasce com forte predomínio do Poder Legislativo, essa hegemonia se mantém na Constituição de 1795. Embora houvesse norma que previa a separação dos poderes, restava ao Executivo aplicar a lei, emanada do parlamento. Consagrou-se o parlamento como representante da vontade geral. No entanto, a preponderância do Legislativo não se coaduna com a supremacia da norma jurídica superior. Não existia preocupação na defesa da constituição apta a controlar o respeito dos princípios dispostos na carta. Isso acontecia devido à valorização excessiva do parlamento, que debilita o valor efetivo da constituição que, diante do contexto, estava desprotegida da atuação do parlamento<sup>41</sup>.

Diante da preponderância do Poder Legislativo, o Judiciário assume função secundária no contexto social da época, pois a ele estava destinada a função de aplicação literal das normas, não havendo um controle judiciário das leis. A decisão judicial era resultado de um processo lógico, onde a premissa maior era a lei e a menor os fatos. Disso resultava a solução da controvérsia. Para mitigar ainda mais a influência desse poder, havia desconfiança por parte dos revolucionários contra os

---

<sup>40</sup> LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Tradução: Eliana Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 113-140.

<sup>41</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31-56.



juízes, eles não os consideravam aliados da Revolução. Essa menor influência e subordinação do Judiciário fica evidenciada quando se analisa o *référé législatif*, criado em 1790 e que vigorou até 1837. Por meio desse instrumento, as lacunas e obscuridades presentes no texto das leis eram interpretadas pelo Legislativo<sup>42</sup>.

Havendo dúvida sobre a revelação da lei, o tribunal deveria submetê-la ao Legislativo que resolveria a controvérsia através de um decreto declaratório de lei, que vinculava o tribunal. Dentro do contexto europeu, a supremacia do parlamento e a falta de proteção efetiva da constituição existiram e encontraram alcance até as crises do Estado liberal do final do século XIX e início do século XX. A partir desse período fica evidenciada a necessidade de instrumentos para proteger a constituição, que passa a existir como norma superior do ordenamento, resguardada por mecanismo jurídico de coação dos atos que a desrespeitem<sup>43</sup>.

#### 1.4.2 A revolução americana: supremacia da constituição

Anteriormente ao processo revolucionário francês, na América do Norte ocorre a independência das treze colônias inglesas, o que contribuiu para formação do constitucionalismo moderno. Na América do Norte tem-se a ebulição de movimentos constitucionalistas após o estabelecimento de aumentos tributários e restrições econômicas pela Coroa britânica que causaram inquietudes entre os colonos, desencadeando revoluções armadas que perduraram até 1781, ano da ratificação dos célebres *Articles of Confederation*, anteriormente aprovados em 1778, fazendo surgir uma confederação entre as treze ex-colônias<sup>44</sup>.

Como bem esclarece Hannah Arendt, o movimento que culminou com a emancipação das ex-colônias britânicas não era revolucionário. O pensamento dos homens que iniciaram questionando as medidas impostas pela Coroa era de restauração, ou seja, pretendiam resgatar suas liberdades, limitadas pelas medidas de austeridade impostas. O desenrolar da história conduziu os homens da época à

---

<sup>42</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31-56.

<sup>43</sup> Ibid. p. 31-56.

<sup>44</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2012 p. 20-23.

Revolução Americana. A autora também conclui que, inicialmente, esse era o propósito da Revolução Francesa, ou seja, não se buscava acabar com o antigo regime e, sim, restaurá-lo<sup>45</sup>.

Entretanto, o modelo confederativo criado nas treze colônias americanas não permitiu a consolidação das novas nações independentes. Assim, ocorre em 14 de maio de 1787 a convenção da Filadélfia. Nesse encontro os delegados das treze ex-colônias, agora Estados independentes, logo abandonaram a revisão dos artigos da confederação, instituindo uma convenção constitucional. Dessa maneira, surge a Constituição Americana, símbolo da Revolução, aprovada em 17 de setembro de 1787 e submetida à ratificação dos Estados partícipes. Dentre os pontos adotados destaca-se a forma federativa de Estado, a abolição da monarquia, a independência das colônias, além da instauração do governo constitucional baseado na separação de poderes, na igualdade e na supremacia da lei<sup>46</sup>.

Diferentemente da Revolução Francesa, na América do Norte, desde a Constituição Americana, se tem a supremacia da constituição como documento máximo da ordem jurídica do Estado. Ocorre que, distintamente do processo francês, existia nas ex-colônias britânicas uma república, sendo o Presidente da República eleito pelo voto popular. Assim, não havia preocupação pelos revolucionários com o Poder Executivo. Na França, o monarca que representava o Executivo era adversário temido na consolidação da Revolução<sup>47</sup>.

Nos EUA o grande medo que assombrava os revolucionários estava no Poder Legislativo. A desconfiança ficava por conta das ambições do congresso. A atuação do parlamento nas vésperas do movimento revolucionário americano é apontada como uma das causas do processo de independência das ex-colônias inglesas. As leis britânicas que aumentaram os impostos provocaram a indignação dos colonos, que as associaram como fruto de um parlamento corrompido. Diante desse panorama, o modelo adotado pelas repúblicas americanas deveria dar

---

<sup>45</sup> ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 74-75.

<sup>46</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2012 p. 20-23.

<sup>47</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31-56.

especial atenção à legislatura, propensa às medidas tirânicas. Haveria de se construir um governo limitado<sup>48</sup>.

Tudo isso permitiu que se atribuísse um valor jurídico único para a constituição. Tornou-se viável a ideia da supremacia da constituição sobre as leis.

A necessidade, ainda, de seguir um procedimento mais dificultoso e solene de mudança da constituição servia para acentuar-lhe a origem superior do poder constituinte originário — ele próprio sendo o único capaz de fixar como o texto poderia ser alterado. A supremacia da constituição também ganhava com a rigidez da carta. A supremacia da constituição, afinal, exprimia a consequência inelutável da sua superioridade formal, resultado da primazia do Poder Constituinte Originário sobre os Poderes por ele constituídos<sup>49</sup>.

O modelo constitucional americano, com a ideia de supremacia da constituição, permite o desenvolvimento de um Poder Judiciário independente, com jurisdição sobre os casos que questionassem a legitimidade constitucional das leis. Essa superioridade reside no fato de ela representar a lei superior emanada de um Poder Originário, sendo que as demais normas infraconstitucionais devem estar de acordo com o disposto na carta e, havendo contradições entre a norma constitucional e a lei ordinária, deve existir um aparato para expulsar do ordenamento jurídico a norma editada em contradição com a Lei Maior. Nesse sentido, o controle jurisdicional de constitucionalidade foi o meio utilizado para dar efetividade e proteção à supremacia da constituição.

#### 1.4.2.1 A consolidação do judiciário como guardião da constituição: caso Marbury versus Madison

O reconhecimento de que a constituição é norma jurídica aplicável à solução de pendências foi decisivo para que se formasse a doutrina do *judicial review*, pela qual o Judiciário se habilita a declarar não aplicáveis normas contraditórias com a constituição. Nesse processo de consolidação da guarda da interpretação constitucional ao judiciário, um caso ficou famoso no contexto americano.

---

<sup>48</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.. p. 31-56.

<sup>49</sup> *Ibid.* p. 31-56.

Em 1800 ocorreram eleições para o Congresso e para Presidente da República nos EUA. Nesse pleito os federalistas que estavam no comando do poder perderam as eleições, sendo eleito para o Executivo o republicano Thomas Jefferson. O atual presidente da época, Adams, deveria continuar no cargo até março de 1801. Nesse intervalo, os federalistas fizeram uma lei que criava dezesseis tribunais federais em vários pontos do território americano, além de numerosos outros cargos de menor importância, ligados ao Judiciário. Cuidaram de preencher as vagas com partidários federalistas para manter a presença na vida política do Estado.

Como havia pouco tempo até a posse do novo presidente, as nomeações dos cargos criados foram realizadas às pressas, sendo que para muitos cargos a nomeação ocorreu na noite anterior à posse dos republicanos. Dentre os que seriam nomeados estava William Marbury. Ele fora indicado Juiz de Paz pelo Presidente da República, confirmado pelo Congresso, no seu último dia ainda federalista. Entretanto, a carta de nomeação que deveria ser enviada nunca chegou às mãos de Marbury. Inconformado com a demora da entrega do diploma, ele cobrou uma solução do novo Secretário de Estado, James Madison, que instruído por Jefferson, negou o envio do termo de posse para Marbury<sup>50</sup>.

Para solucionar o impasse, Marbury ingressou na justiça. Ele pretendia ter concedido seu direito de ser nomeado para poder tomar posse no seu cargo. Para isso utilizou uma ação criada por uma lei em 1789 que acrescentou um *writ of mandamus* à lista de ações de competência originária da Suprema Corte<sup>51</sup>. A atitude de Marbury provocou uma forte agitação no cenário político da época. Paralelamente, os republicanos que haviam assumido o poder tomaram como objetivo inicial de governo reverter a lei que nomeou os diversos juízes. Assim, posteriormente, foi editada uma nova lei revogando a anterior que previa a criação dos cargos dos juízes.

Embora tenha sido revertida a lei que nomeava os juízes em 1802, pendia o litígio de Marbury contra Madison. Diante do impasse jurídico, a Suprema Corte, em 1803, afirma que é sua atribuição o julgamento do caso, pois caberia a essa corte declarar a inconstitucionalidade de leis do Congresso Nacional e a superioridade da

---

<sup>50</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31-56.

<sup>51</sup> *Ibid.* p. 31-56.

interpretação da constituição. Ao redigir a decisão, a corte superior americana negou provimento para Marbury sob o fundamento de que o *writ* utilizado pelo autor acrescentou ação em matéria de competência originária da Suprema Corte, através de lei ordinária, sendo que tal competência era fixada pela constituição. Assim, não poderia ser alargada tal competência por lei infraconstitucional<sup>52</sup>.

Através desse conturbado episódio ocorrido na história norte-americana, surge o controle difuso de constitucionalidade e se consagra a tese de a constituição representar a norma superior do ordenamento e a lei que contraria ou não respeita seus procedimentos deve ser declarada inconstitucional, sendo atribuição do Judiciário a decretação da nulidade da mesma. Com o desfecho do caso, tem-se a consolidação da superioridade do Judiciário em interpretar as leis e julgar os conflitos entre normas.

Diante do apresentado, confirma-se que o constitucionalismo americano buscava evitar que o congresso se sobrepusesse a supremacia da lei fundamental. Dito de outra maneira, pretendia-se impor a supremacia do texto constitucional aos representantes do povo. Por outro lado, na Europa na Revolução Francesa de 1789, percebe-se um caminho inverso. O parlamento, órgão representativo do povo, não poderia ser considerado apenas como origem e fundamento da constituição, mas, ao contrário, sustentaria o processo revolucionário, na medida em que representaria a vontade geral do povo que se sobrepunha a qualquer ordem jurídica.

A grande verdade desses processos revolucionários (Americano e Francês) nas palavras críticas de Hannah Arendt é que foi a Revolução Francesa que tomou destaque no cenário internacional da época e não a Americana. Embora o movimento americano tenha implementado as realizações mais arrojadas e profundas, sendo um sucesso em termos de consolidação e evolução, ficou adstrito a nível local, enquanto a Revolução Francesa que acabou em tragédia tomou contornos internacionais e notoriedade excepcional<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31-56.

<sup>53</sup> ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 88.

## **1.5 Os limites do constitucionalismo moderno e a formação do constitucionalismo contemporâneo**

Observa-se que até o momento as experiências constitucionais estudadas assumem peculiaridades ligadas aos fatores e contextos locais de onde ocorreram os processos revolucionários. Assim, a versão inglesa do constitucionalismo está baseada na tradição e num processo de modificação paulatino e permanente. A versão americana visa tutelar os direitos individuais, com predomínio da separação equilibrada dos poderes e supremacia da constituição como lei fundamental do Estado e controle jurisdicional realizado pelo Poder Judiciário. O constitucionalismo francês adquire uma faceta com predomínio no Poder Legislativo, que representa a vontade geral do povo. Esses três grandes movimentos constitucionais formaram a base do constitucionalismo moderno que influenciou os importantes movimentos constitucionais na América Latina, até o surgimento do constitucionalismo contemporâneo, neoconstitucionalismo, constitucionalismo latino-americano.

A fase inicial do constitucionalismo moderno foi marcada pelo liberalismo político e econômico. Predominou o individualismo, a proteção da propriedade privada, a não intervenção do Estado – exceto para manter a ordem e a segurança – a separação de poderes, a concessão de direitos civis de liberdade e igualdade num plano formal, sem haver maiores interesses de transformações sociais.

Apenas depois da crise do Estado liberal entre os séculos XIX e XX, no pós-guerra, ganham impulso as chamadas constituições dirigentes ou programáticas, que assimilaram direitos sociais e incorporaram programas de atuação governamental. A partir desse momento o Estado passa a promover o bem-estar da população e tutelar a igualdade num plano material.

O constitucionalismo contemporâneo adquiriu suas características nos últimos cinquenta anos. Ocorreram mudanças constitucionais importantes, por exemplo, cita-se a Constituição da Itália, de 1947; da Alemanha, de 1949; de Portugal, de 1976. Na América Latina observam-se alterações na Constituição da Argentina, com

as respectivas reformas de 1957 e de 1994; da Colômbia, de 1991; e, do Brasil, de 1988<sup>54</sup>.

Por fim, com o constitucionalismo contemporâneo novas formas de proteção e rol de direitos fundamentais emergem. Atualmente, percebem-se mudanças econômicas, políticas, jurídicas, sociais e culturais que remetem à busca por novas maneiras de entender o constitucionalismo. As construções doutrinárias do século XVIII, que inspiraram inúmeros textos constitucionais, mostram-se insuficientes aos Estados contemporâneos, na medida em que as transformações sociais desafiam a Carta maior.

Para Canotilho, o direito constitucional clássico de inspiração francesa entendia o direito como um sistema de *legislativo*, ou seja, compreendia o direito - incluindo o direito constitucional - como um aparato de comando e organização da sociedade por um órgão ou poder funcionalmente superior a esta. Essa estrutura baseava-se em injunções políticas asseguradas por normas constitucionais. Neste modelo, a constituição buscava operar entre o sistema jurídico e o político<sup>55</sup>.

Utilizando-se da teoria dos sistemas de Luhmann, Canotilho explica que a constituição ao normatizar a política criou uma solução jurídica e política para os problemas de autoreferencialidade do sistema político e jurídico, respectivamente. Esta estrutura, no contexto atual, responde com perturbações, em função das diferenciações existentes entre os dois sistemas e por causa do surgimento de novas formas resultantes da diferenciação do sistema econômico<sup>56</sup>. Assim, o grande desafio do constitucionalismo contemporâneo reside em criar estruturas constitucionais apropriadas à sociedade atual.

---

<sup>54</sup> NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O constitucionalismo latinoamericano e os direitos fundamentais: contribuições da Constituição brasileira de 1988. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, 2014. NO PRELO. p. 12.

<sup>55</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 187-190.

<sup>56</sup> *Ibid.* p. 187-190.

## **2 OS DESAFIOS CONSTITUCIONAIS CONTEMPORÂNEOS: NEOCONSTITUCIONALISMO, CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO, PLURALISMO JURÍDICO**

Na América Latina a independência das colônias não representou, no início do século XIX, uma mudança total e definitiva em relação à Europa, mas, tão somente, uma reestruturação sem uma ruptura significativa na ordem social, econômica e política-constitucional. Ao poucos os países, recém-emancipados, foram se integrando ao liberalismo econômico e político, vigente na época. No plano interno politicamente houve o predomínio das conservadoras estruturas agrárias e elitistas. A influência da cultura eurocêntrica não se manifestou apenas no âmbito das ideias jurídicas, mas igualmente em termos de construções formais de direito público, especialmente com a positivação constitucional. Isso fica evidente nos processos constitucionais da época marcados por traços das Revoluções Americana, Francesa e suas Constituições liberais burguesas de 1787 e 1791, respectivamente<sup>57</sup>.

As constituições latino-americanas nesse sentido reproduzem a igualdade formal perante a lei, independência de poderes, soberania popular, garantia liberal de direitos, cidadania culturalmente homogênea. Essas características dentro de uma sociedade predominantemente agrária, com fraco desenvolvimento industrial e urbano, reproduziram estruturas dependentes dos interesses europeus e produziram formas democráticas excludentes, sistemas representativos clientelísticos, experiências de participação elitistas.

Percebe-se que o constitucionalismo, de matriz eurocêntrica e anglo-americana, não se mostra apropriado para regular as complexas sociedades latino-americanas. Dito isso, ganha destaque o que se pode intitular de reconstrução de sentido do constitucionalismo. Assim, surgem teorias que buscam adequar o constitucionalismo à realidade atual, recebendo destaque o neoconstitucionalismo e o constitucionalismo latino-americano.

---

<sup>57</sup> CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 19-42.



## 2.1 O neoconstitucionalismo e a nova cultura jurídica

Quando se fala de neoconstitucionalismo, é preciso entendê-lo como um processo complexo de questões, as quais podem ser experimentadas em separado, complicando ainda mais a atribuição de um conceito. O neoconstitucionalismo está mais relacionado a um conjunto de contribuições doutrinárias do que propriamente um movimento com premissas comuns.

Essas abordagens doutrinárias, embora algumas não apresentem relação com outras, são postas com o objetivo de definir novos caminhos para o direito contemporâneo. Em matéria terminológica tem se observado expressões como constitucionalismo do Pós-Guerra, pós-positivismo, neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, sendo que todas possuem diferentes relações com os poderes estatais e o grau de importância dos valores existentes nos ordenamentos jurídicos.

Para Carbonell, o neoconstitucionalismo pode ser explicado a partir de três níveis distintos: a) o surgimento histórico, uma vez que o termo é fruto da mudança dos textos constitucionais, com a incorporação de dispositivos de cunho material e principiológico que surgem depois da Segunda Guerra Mundial, principalmente a partir dos anos setenta, do século XX; b) as práticas jurisprudenciais, que exigem das cortes constitucionais respostas inovadoras para aplicar as normas constitucionais que não se limitam mais apenas à tarefa de organização do Estado, detendo substancial carga material e principiológica e c) desenvolvimento doutrinário, que procura explicar o direito através dos conteúdos, citados acima, incorporados às constituições dos Estados. Com destaque para: Ronand Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, dentre outros<sup>58</sup>.

Desse modo, o termo neoconstitucionalismo passa a indicar, de acordo com André Rufino Vale *apud* Milena Petters Melo, “uma tendência teórica, ideológica ou um método de análise do direito; ou para designar alguns elementos estruturais de

---

<sup>58</sup> CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 9-10.

um sistema jurídico e político, ou um modelo de Estado de direito<sup>59</sup>. Nesse entendimento, Prieto Sanchís, citado pela autora, refere-se ao neoconstitucionalismo como uma “nova cultura jurídica”, no capítulo sobre “El neoconstitucionalismo y sus implicaciones, em Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”<sup>60</sup>.

Disso podem-se extrair as seguintes constatações, com base em André Rufino citado pela autora:

a) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, condicionando a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e dos sujeitos privados; b) a importância atribuída aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; c) o protagonismo dos juizes em relação ao legislador na função de interpretar a Constituição e/ou o reconhecimento de uma mais ampla comunidade de intérpretes da Constituição, onde, contudo, a figura do juiz é exaltada e enaltecida; d) a ponderação ou balanceamento como método de interpretação e aplicação dos princípios e de solução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; e) o reconhecimento, em maior ou menos grau, da conexão entre direito e moral<sup>61</sup>.

Ainda, de acordo com Luís Roberto Barroso *apud* Milene Petters Melo, é possível afirmar que

o neoconstitucionalismo se relaciona com as novas articulações da teoria do direito, fundadas na centralidade da constituição e na superação de algumas peremptórias distinções que caracterizaram a dogmática e a ciência jurídica até pouco tempo faz, encontrando pontos de diálogo ou complementação onde antes se via contraposição- como, por ex., entre jusnaturalismo e positivismo jurídico; entre sistemas de *civil Law* e de *common Law*; entre Estado e Sociedade civil e, de consequência, entre espaço público e privado. A afirmação da força normativa das constituições hodiernas e o amplo catálogo de direitos que as caracterizam, levou, segundo o autor, os estudiosos a sublinhar os limites positivismo (legalista, formalista, civilista) no modo em que se tinha consolidado até a primeira metade do sec. XX, e a encontrar conexões sempre mais estreitas entre direito, moral, filosofia do direito e direito constitucional, e entre estes e os outros ramos do direito. Estas tendências, somada à objetiva expansão de jurisdição constitucional, reforçou a constitucionalização e crescente judicialização das relações sociais<sup>62</sup>.

O neoconstitucionalismo, nesse sentido, tem como proposta estruturar o Estado Constitucional de Direito, para que se favoreça a positivação e concretização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, contemplando o modelo normativo axiológico, formando uma nova postura hermenêutica, voltada à

<sup>59</sup> MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: Neoconstitucionalismo? In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p.63.

<sup>60</sup> *Ibid.* p. 63.

<sup>61</sup> *Ibid.* p. 63-64.

<sup>62</sup> *Ibid.* p. 66.

legitimação das aspirações sociais com ênfase na força normativa da Constituição, dando vazão à supremacia, imperatividade e efetividade de suas normas<sup>63</sup>.

Para André Puccinelli Júnior, com o neoconstitucionalismo pretende-se superar o Estado Legislativo e expandir, implementar o Estado Constitucional de Direito, que coloca a constituição como centro do sistema jurídico e impõe uma carga axiológica às suas normas, com a incorporação de um peso valorativo centrado na tutela dos direitos fundamentais. Do ponto de vista material, a divisão entre as normas constitucionais e infraconstitucionais supera a ordem meramente formal, adquirindo uma força axiológica ou valorativa<sup>64</sup>.

A absorção de valores políticos associa-se à defesa da dignidade humana, motivando o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais, com eficácia vinculante aos poderes do Estado. Outra característica do neoconstitucionalismo, segundo André Puccinelli Júnior, está na postura hermenêutica adotada centrada na efetividade das normas constitucionais, ou seja, devem encontrar solução que viabilizem sua plena aplicação no caso concreto<sup>65</sup>.

Entretanto, as contribuições neoconstitucionalistas partem de uma visão eurocêntrica e não contemplam completamente as aspirações do direito constitucional na América Latina. Os importantes desafios que as constituições latino-americanas têm pela frente, tanto no plano teórico como na prática, exigem alterações mais profundas na vida da sociedade que vão além das propostas do neoconstitucionalismo. Diante dessa situação, o constitucionalismo latino-americano se apresenta como uma alternativa que contempla as necessidades constitucionais latino-americanas<sup>66</sup>.

## **2.2 O constitucionalismo latino-americano: o garantismo constitucional, individual, coletivo e difuso**

---

<sup>63</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 25.

<sup>64</sup> Ibid. p. 25.

<sup>65</sup> Ibid. p. 25.

<sup>66</sup> MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: Neoconstitucionalismo? In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 59-88.

O constitucionalismo latino-americano caracteriza-se pelo forte comprometimento social para diminuir as desigualdades sociais e proteger direitos fundamentais de populações excluídas socialmente<sup>67</sup>. Nesse sentido, observa-se na América Latina a época de constitucionalismos, com destaque para as Constituições da Bolívia (2009), Equador (2008) e Venezuela (1999) que apresentam as quatro características principais do constitucionalismo latino-americano: originalidade, amplitude, complexidade e rigidez<sup>68</sup>.

Nesse sentido, Raquel Y. Fajardo *apud* Wolkmer afirma que o desenvolvimento do constitucionalismo latino-americano foi marcado por três grandes fases. A primeira acontece no final dos anos 80 e ao longo dos anos 90, caracteriza-se por reformas constitucionais que introduziram as bases do constitucionalismo pluralista, dentre os exemplos, destaca-se as Constituições do Brasil de 1988 e da Colômbia de 1991. Nessa fase, observa-se a ampliação dos direitos coletivos, da participação democrática e das garantias jurisdicionais<sup>69</sup>.

No segundo ciclo tem-se um aprofundamento democrático e presença ideológica emancipatória e anticolonialista, destacando-se a Constituição da Venezuela de 1999. Por fim, a terceira e última etapa representa o chamado novo constitucionalismo latino-americano e tem nas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) os exemplos mais representativos, que expressam um constitucionalismo comunitário, identificado com práticas de pluralismo igualitário, jurisdicional e com o reconhecimento de direitos coletivos a bens comuns da natureza<sup>70</sup>.

Assim, nas últimas décadas, a América Latina passa a viver uma nova fase constitucional e política que de modo geral caracteriza-se pela tutela dos direitos fundamentais. Dentre as principais tendências do constitucionalismo latino-americano tem-se:

---

<sup>67</sup> MARTÍNEZ DALMAU, Rúben; VICIANO PASTOR, Roberto. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano. In: **El nuevo constitucionalismo en América Latina: memorias del encuentro internacional el nuevo constitucionalismo: desafios e retos para el siglo XXI**. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010, p. 18-19. Disponível em: <[http://www.direito.ufg.br/uploads/12/original\\_34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-América-Latina.pdf?1352146324](http://www.direito.ufg.br/uploads/12/original_34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-América-Latina.pdf?1352146324)> Acesso em: 20 ago 2013.

<sup>68</sup> Ibid. p. 50.

<sup>69</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 19-42.

<sup>70</sup> Ibid. p. 19-42.

1) a ampliação dos catálogos de direitos fundamentais e a proteção dos direitos humanos; 2) o aperfeiçoamento da tutela jurisdicional; 3) o garantismo constitucional, individual, coletivo e difuso; 4) a introjeção de figuras similares ao *ombudsman* [significa representante do cidadão] e órgãos institucionais vigilantes dos direitos dos cidadãos e de controle da responsabilidade do Estado em tema de direitos humanos e direitos fundamentais; 5) a responsabilidade patrimonial do Estado; 6) a constituição econômica, que reserva ao Estado a possibilidade de intervir e decidir as regras do jogo econômico na qualidade de Estado interventor e prestacional que, ao fim de realizar os objetivos da justiça social e do desenvolvimento socioeconômico, administra, planifica, controla e subvenciona a economia através de uma administração dirigente; 7º pluralismo político, cultural, social, e multiétnico; e 8) o reforçamento dos direitos e deveres dos cidadãos como agentes co-responsáveis pela defesa da constituição<sup>71</sup>.

Na última década, o constitucionalismo latino-americano recebe novo impulso com as Constituições da Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009). Nessa fase:

Os textos constitucionais são elaborados por assembleias constituintes participativas, sendo posteriormente objeto de aprovação popular através de *referendum*. As cartas são mais amplas, complexas e detalhadas, radicadas na realidade histórico-cultural de cada país e, portanto, daclaramente comprometidas com os processos de descolonização. Ao mesmo tempo, as novas constituições conjugam a integração internacional à redescoberta de valores, tradições e estruturas locais e peculiares, e estimulam, assim, um novo modelo de integração latino-americano, de conteúdo marcadamente social, que supera o isolacionismo intercontinental de origem colonial e enfatiza a solidariedade neste novo contexto de integração<sup>72</sup>.

A novo constitucionalismo latino-americano, desse modo, surge com o objetivo de legitimar e efetivar os direitos estabelecidos nas novas constituições dos países latino-americanos. Assim, ele é resultado da luta e articulações populares por uma nova forma de organização do Estado e do direito, que além de reconhecer e tutelar os direitos fundamentais possa concretizá-los na prática<sup>73</sup>.

Para atingir tal finalidade e imprescindível uma organização estatal sustentada pela soberania popular, ou seja, faze-se necessário um governo apoiado pela democracia e identificado com a população e não em padrões externos ocidentais que não estão em sintonia com a realidade cultural latino-americana. Essa nova teoria constitucional promove a participação direta do povo na elaboração

<sup>71</sup> MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: Neoconstitucionalismo? In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 74.

<sup>72</sup> Ibid. p. 75.

<sup>73</sup> MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo Constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da constituição do Equador de 2008: os direitos de pachama e o bem viver (sumak kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 103-124.

e aprovação da constituição, no controle dos poderes estatais e nas decisões tomadas pelos representantes políticos<sup>74</sup>.

### **2.3 A ideologia emancipatória e anticolonialista: movimentos sociais, assembleia constituinte e a nova Constituição da Bolívia de 2009**

Inicialmente, cabe a título de comparação traçar um panorama entre a cultura ocidental, de ideologia eurocêntrica e anglo-americana, e a cultura andina, de perfil comunitário-indígena. A primeira está calcada na unidade, baseia-se no individualismo, na competência pessoal. A segunda não está baseada na unidade, a unidade é dois, tudo vale por dois, é o mundo da dualidade, da complementaridade. A partir dessa lógica que a sociedade está estruturada<sup>75</sup>.

No mundo ocidental, o homem está na terra. Disso surge a concepção do homem separável da terra. Assim, ele pode vender, alienar, abandonar a terra. No universo andino o homem não está sobre a terra, o homem é parte da terra. Ele não pode vender, alugar, abandonar a terra, porque ela é a sua mãe. No mundo ocidental, o futuro é para frente, sempre para frente, com a ciência, a tecnologia. Na visão andina, o futuro não é para frente, o futuro está atrás, na própria história, nas raízes, na identidade do povo. Uma nação que não tem história não existe<sup>76</sup>.

Como destaca Idon Moises Chivi Vargas:

A Constituição da Bolívia de 2009 é a primeira Constituição das Américas que estabelece as bases para o acesso a direitos e poderes de todos, adotando uma posição íntegra e congruente anticolonialista, a primeira que rompe de uma forma decidida com o trato tipicamente

<sup>74</sup> MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo Constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da constituição do Equador de 2008: os direitos de pachama e o bem viver (sumak kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 103-124.

<sup>75</sup> CÁRDENAS AGUILAR, Félix. Mirando Indio. In: CHIVI VARGAS, Idon Moises (Org.). **Nueva constitución política del estado: conceptos elementales para su desarrollo normativo**. La paz: Vicepresidencia del Estado de Bolívia, 2010. p. 24-27. Disponível em: <[http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id\\_publicacion=33](http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=33)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

<sup>76</sup> Ibid. p. 24-27.

americano do colonialismo constitucional ou constitucionalismo colonial desde os tempos da independência<sup>77</sup>.

Essa proposta fica clara no artigo primeiro da Constituição da Bolívia de 2009<sup>78</sup>:

Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unidad y la solidaridad de todos los bolivianos<sup>79</sup>.

Na Bolívia os movimentos sociais ligados a grupos indígenas, principalmente, realizaram importantes lutas políticas e sociais contra as tradicionais formas de dominação estabelecidas. Esse embate de forças representa o processo mais complexo da história latino-americana. Nas palavras de Rúben Martínez Dalmau *apud* Lucas Machado Fagundes, isso se deve:

No sólo por su extensión, sino también por sus elementos endógenos- mal planteamiento de la hipótesis constituyente, difíciles condiciones de trabajo de la Asamblea Constituyente- y, principalmente, por lo exógenos: los obstáculos planteados por grupos minoritarios que han apostado por el fracaso del proceso desde un primero momento, y por el mantenimiento des status que em el país. Um proceso que há legitimado una constitución, la boliviana de 2009, que, a pesar de los cambios de última hora introducidos por el poder constituido, se convertirá em un texto de referencia en el marco del nuevo constitucionalismo latino-americano<sup>80</sup>.

A formação da assembleia constituinte boliviana é resultado de questões sociais e carência de respostas. O regime democrático, existente anteriormente, mostrava-se opressor, corrupto, beneficiava a classe dominante e os interesses privados em desfavor dos interesses públicos. Assim, para Albert Noguera Fernandez *apud* Lucas Machado Fagundes:

[...] Estas rebeliomes tienen como elemento común el ataque a um sistema político y de partidos marcado por la corrupción, el manejo privado de

<sup>77</sup> CHIVI VARGAS, Idon Moises. Constitucionalismo emancipatorio, desarrollo normativo y jurisdicción indígena. In: CHIVI VARGAS, Idon Moises (Org.). **Nueva constitución política del estado: conceptos elementales para su desarrollo normativo**. La paz: Vicepresidencia del Estado de Bolívia, 2010. p. 74. Disponível em: <[http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id\\_publicacion=33](http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=33)>. Acesso em: 15 ago 2013.

<sup>78</sup> Optou-se por apresentar as citações em espanhol por se tratar de um idioma próximo ao português e também porque o tema envolve inúmeros trabalhos na língua estrangeira, sendo que as páginas ficariam muito carregadas se houvesse a tradução para português e a colocação em rodapé do original, comprometendo a evolução e entendimento do trabalho.

<sup>79</sup> BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/constitucion2009.pdf>>. Acesso em: 25 ago 2013.

<sup>80</sup> FAGUNDES, Lucas Machado. Reflexões sobre o processo constituinte boliviano e o novo constitucionalismo sul-americano. In: In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 157.

empresas proveedoras de servicios públicos y el llamado de atención sobre la desigualdade y la inequidade social. [...] La corrupción y la profundización de la escassa identidade de interés entre los representantes políticos, fue outra de las contradicciones que dio lugar a las revueltas indígenas-populares de septiembre de 2003 la citada guerra del gas, y que fomentó la reivindicación de convocatória de una Asamblea Constituyente para proceder a una democratización del Estado y la sociedade<sup>81</sup>.

A guerra do gás e da água são rebeliões populares que vão manifestar o descontentamento contra a ordem social vigente e pleitear mudanças no quadro social e político boliviano. Os grupos populares desfavoráveis ao modelo que vigorava antes da nova constituição boliviana mobilizaram-se por uma constituinte, inspirada no pensamento que vinham defendendo, estando em sintonia com o novo constitucionalismo latino-americano. Desse modo, apesar da utilização pelos grupos sociais de formas políticas tradicionais, através de uma mudança via assembleia constituinte, isso não representa uma contradição, na medida em que, como afirma Rúben Martinez Dalmau citado por Lucas Machado Fagundes,

La explosión popular que pusieron las asambleas constituyentes del nuevo constitucionalismo provocaram por la tanto la ruptura con un sistema jurídico- y, cuando fue posible, también político- del passado, depositando las esperanzas de la ciudadanía em la transformación social a través del cambio constitucional<sup>82</sup>.

Dessa maneira, observa-se a importância desses movimentos sociais que são os grandes responsáveis pela eclosão do processo constituinte na Bolívia, participando ativamente em lutas não só no período anterior a assembleia constituinte, mas também no processo de formulação do novo texto constitucional. O percurso da assembleia constituinte na Bolívia foi um caminho longo, um ano e quatro meses até a aprovação do texto constitucional. Os temas que mais geraram discussão e atenção dos juristas estão relacionados à criação do Estado plurinacional, do pluralismo jurídico, o reconhecimento de autonomia para as regiões, departamentos e povos, a criação de mecanismos de participação da população<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> FAGUNDES, Lucas Machado. Reflexões sobre o processo constituinte boliviano e o novo constitucionalismo sul-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 157.

<sup>82</sup> Ibid. p. 160.

<sup>83</sup> PRONER, Carol. O estado plurinacional e a nova constituição boliviana- contribuições de experiência boliviana ao debate dos limites ao modelo democrático liberal. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 142-145.



Cuando hablamos de Asamblea Constituyente y de una nueva Constitución Política del Estado, todos piensan que sólo es cuestión de crear leyes y, por lo tanto, competencia de abogados. Algunos diputados decían: ¿Qué ley no les gusta? ¿Por cuál otra ley creen que podemos cambiarla? No se trata solamente de leyes, de sustituir una ley por otra, eso es complementario. De lo que se trata es de definir primero qué visión de país tenemos, cuál es nuestra lógica de país, nuestra concepción de sociedad, nuestra concepción de país. Definido esto, la cuestión de escribir leyes es una cuestión técnica. Para saber qué tipo de país queremos, primero tenemos que saber qué tipo de país es Bolivia. ¿Cuál fue la visión de país de quienes la fundaron<sup>84</sup>?

Nesse sentido:

Buscamos construir una sociedad de iguales, pero para que dentro de esa igualdad tengamos derecho a ejercer nuestra diferencia. Buscamos construir una Bolivia socialmente justa, ecológicamente equilibrada, políticamente pluralista y democrática real, plurilingüe, autogestionaria y autodeterminada<sup>85</sup>.

A criação de um texto constitucional embasado na sociedade boliviana com o reconhecimento de toda sua plurinacionalidade representa uma ruptura com o modelo vigente e está preocupado em produzir mudanças, na medida que defende a participação de sujeitos coletivos, movimentos sociais, partidos de esquerda que sempre foram sonegados e excluídos das instâncias decisórias do Estado. Além disso, adquire fundamental importância esse novo texto constitucional, pois atende a multiplicidade étnico-cultural existente no país.

## 2.4 O pluralismo jurídico: a descentralização do espaço público

Percebe-se na Constituição da Bolívia de 2009 um sentido fomentador de um pluralismo jurídico com características comunitário-participativo que busca modificar as relações do Estado, predominantemente, neoliberal. Nesse sentido, esse pluralismo de base comunitário-participativo não está ligado ao pluralismo corporativista medieval e menos ainda ao pluralismo liberal-burguês desigual e

<sup>84</sup> CÁRDENAS AGUILAR, Félix. Mirando Indio. In: CHIVI VARGAS, Idon Moises (Org.). **Nueva constitución política del estado: conceptos elementales para su desarrollo normativo**. La paz: Vicepresidencia del Estado de Bolívia, 2010. p. 21. Disponível em: <[http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id\\_publicacion=33](http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=33)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

<sup>85</sup> Ibid. p. 36.

excludente, ligado ao capitalismo financeiro, à globalização, à privatização<sup>86</sup>. Ele visa alterar as estruturas jurídicas que submetiam as sociedades primitivas indígenas e a massa da população ao modelo jurídico – monista – de origem eurocêntrica e anglo-americana, estranho ao modo de vida desses indivíduos.

La forma organizacional que se adopta en esta parte de América replica una estructura que estaba configurada para mantener las fuerzas reales de poder en base a una clase dominante que, creando una unidad ficticia, monocultural y monoorganizacional, consolidaba un modo de producción capitalista y la continuidad del colonialismo. [...] Ni el surgimiento del llamado Estado moderno de derecho, producto de la Revolución Francesa, con la nueva concepción del hombre convertido en ciudadano y los fines del Estado contra el despotismo y crueldad, logra imbricarse en la forma organizacional de nuestros pueblos. Por el contrario, origina una construcción política excluyente y desigual, en la que su componente principal, llamado pueblo, en su conglomerado heterogéneo, estaba ausente. La conquista de América ha sobrepuesto formas de dirección política sobre algunos pueblos, los que, compartiendo una cultura como naciones, han sobrevivido al colonialismo externo e interno que se ha producido en nuestro país, han mantenido sus estructura organizacionales a nivel subestatal y han conservado su lengua, su historia, su cosmovisión<sup>87</sup>.

Esse modelo foi adotado pelas elites dirigentes e baseou-se na ideia do monismo jurídico, tendo como fonte do direito apenas a lei. Entretanto, o sistema jurídico utilizado encobria a realidade social boliviana que carecia de fortes demandas sociais. O projeto liberal-individualista e suas características – homogeneidade, individualismo – não representavam meios eficazes para dar uma resposta às necessidades sociais. Assim:

O pluralismo jurídico comunitário-participativo aparece estabelecido constitucionalmente como estratégia decolonial, configurando-se como novo marco jurídico para o direito latino-americano insurgente do século XXI. O objetivo é que a práxis político-institucional a partir deste novo marco jurídico se amplie, para abarcar uma grande parcela da população acostumada a atuar pelas bordas do sistema, satisfazendo de forma sempre e apenas parcial as suas necessidades cotidianas<sup>88</sup>.

O direito passa por um resgate dos valores sociais perdidos na sociedade

<sup>86</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: novo marco emancipatório na historicidade latino-americana. **Cadernos de Direito**, v.2, n.4, p. 11-23, 2003. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/717/250>> Acesso em: 20 ago. 2013.

<sup>87</sup> DELGADO BURGOA, Rebeca. Algunas reflexiones sobre la Constitución Política del Estado. In: CHIVI VARGAS, Idon Moises (Org.). **Nueva constitución política del estado: conceptos elementales para su desarrollo normativo**. La paz: Vicepresidencia del Estado de Bolivia, 2010. p. 41. Disponível em: <[http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id\\_publicacion=33](http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=33)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

<sup>88</sup> ALMEIDA, Maria Corrêa de. Direito insurgente latino-americano: pluralismo, sujeitos coletivos e nova juridicidade no século XXI. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 188.

boliviana. Observa-se uma busca descolonizadora, onde os grupos sociais marginalizados, durante o período de hegemonia das classes dominantes, adquirem espaço para participar das instâncias de decisão. Assim, as novas tendências trazidas pela Constituição da Bolívia (2009) têm por objetivo superar as heranças colonialistas e criar uma identidade jurídica própria que atenda as aspirações políticas, sociais, econômicas, culturais da sociedade.

O pluralismo jurídico representa uma construção jurídica que durante muito tempo perdurou na Europa, durante a Idade Média. De acordo com António Manuel Hespanha *apud* Wolkmer, durante o feudalismo as unidades organizacionais típicas da época – feudos – e mesmo os reinos estavam organizados juridicamente de modo que diante da inexistência de uma norma suprema, havia autonomia para cada unidade aplicar um direito consuetudinário local, produto das relações sociais existentes. Completava o pluralismo jurídico do período as legislações canônica, aristocrática e romana<sup>89</sup>.

Essa temática ressurge com a promulgação da constituição boliviana, estando inspirada no velho pluralismo jurídico adormecido das culturas autóctones ameríndias latino-americanas. O pluralismo jurídico, dessa maneira, baseado na justiça comunitária vai além do sistema judicial institucionalizado pelo pensamento elitista dominante de cultura hegemônica.

Wolkmer divide o pluralismo jurídico em: conservador e emancipatório. Assim, observa-se que o modelo jurídico implantado com a constituição boliviana de 2009 está associado ao pluralismo jurídico emancipatório que se caracteriza pelo

projeto de alteridade para o espaço geopolítico latino-americano e possui cinco características que lhe conferem originalidade como tal e sugerem o período de transição: a) legitimação de novos sujeitos sociais; b) fundamentação na justa satisfação das necessidades humanas; c) democratização e descentralização de um espaço público participativo; d) defesa pedagógica em favor da ética da alteridade; e) consolidação de processos conducentes a uma racionalidade emancipatória<sup>90</sup>.

Assim, a legitimação dos novos sujeitos sociais se deve ao reconhecimento das suas necessidades sociais e diversidade cultural em contraposição ao sujeito

---

<sup>89</sup> FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011. Disponível em: <[http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2\\_artigo1.pdf](http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2_artigo1.pdf)>. Acesso em: 01 set 2013.

<sup>90</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: nuevo marco emancipatório em América Latina. Bogotá: ILSA, 2003. p. 254. Disponível em: <<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs03/eclvs03-11.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

coisificado, abstrato, privado do período anterior. A satisfação das necessidades humanas se reflete na concretização de direitos fundamentais no plano concreto e na democratização e descentralização do espaço público. Com isso se tem a reestruturação do Estado, tradicionalmente dominado pelas elites dirigentes, pelo clientelismo, autoritarismo<sup>91</sup>.

A defesa pedagógica em favor da ética da alteridade está comprometida com a dignidade do outro. Por último, a consolidação de processos conducentes à racionalidade emancipatória, ou seja, desenvolve uma racionalidade voltada aos interesses comunitários, históricos locais, sendo expressão da diversidade e identidade cultural em oposição à racionalidade individualista, progressista, tecnológica<sup>92</sup>.

Notam-se adequações jurídicas que se aproximam da sociedade em substituição ao monismo jurídico vigente anteriormente, formado por instituições que seguiam o modelo de organização colonial. O novo formato pluralista jurídico está centrado em formas simples de enunciar o direito, por meio de normas comunitárias, normas de conduta social, regras de economia popular e um sistema participativo estruturado em assembleias pautadas no diálogo e consenso, dito de outra maneira, enamam desses órgãos as regras definidoras do convívio social<sup>93</sup>. Ele deve considerar a multiplicidade da realidade social, em outras palavras “as múltiplas formas de ação prática e a diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve um conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si<sup>94</sup>”.

Nesse sentido, a possibilidade de mudanças e o desejo de construir uma sociedade baseada na diversidade têm fortalecido na Bolívia um projeto juridicamente alternativo, baseado num direito comunitário-participativo que surgiu “a partir da percepção da teoria, a partir da *práxis* e da norma, a partir do fato<sup>95</sup>”.

---

<sup>91</sup> FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 397-401, jul./dez. 2011. Disponível em: <[http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2\\_artigo1.pdf](http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2_artigo1.pdf)>. Acesso em: 01 set 2013.

<sup>92</sup> Ibid. p. 397-401.

<sup>93</sup> Ibid. p. 145-148.

<sup>94</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo : Alfa ômega, 2001. p. 172.

<sup>95</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: nuevo marco emancipatório em América Latina. Bogotá: ILSA, 2003. p. 255-257. Disponível em: <<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs03/eclvs03-11.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

La realidad boliviana constitucionalizada —por vez primera en la historia de Bolivia— legitima el nuevo marco constitutivo político por el contenido y por la forma en que se ha sido elaborada. Por una parte, la participación del pueblo boliviano en la presentación de sus propuestas, tanto en foros territoriales como en audiencias públicas, y por otra, la primera consulta popular realizada en Bolivia para su aprobación, expresan su legitimidad y promueven el fortalecimiento de una auténtica democracia participativa, directa e igualitaria. Las reivindicaciones del pueblo boliviano —expresadas en las bases fundamentales del Estado, los principios y valores, la incorporación esencial de los derechos colectivos, la estructura institucional, territorial y económica basadas en la ruptura de una continuidad colonial, en la desconcentración de poder y en la consulta previa sobre el aprovechamiento y el beneficio colectivo de los recursos naturales y la soberanía sobre la cadena productiva— establecen una nueva concepción del constitucionalismo en reciente debate<sup>96</sup>.

Disso constata-se que, na Bolívia, está ocorrendo uma reestruturação do Estado, a partir da diminuição das influências privadas no cenário público e crescimento do espaço participativo público com a inserção de vários grupos marginalizados. Assim, tem-se a substituição dos sujeitos individuais pelos sujeitos coletivos. Nesse entendimento, é preciso compreender o pluralismo jurídico a partir da participação desses novos agentes sociais nas instâncias de decisão do Estado. Isso representa o surgimento de um direito participativo nos poderes do Estado.

Pluralismo jurídico. Conceptualización sobre la existencia de un sistema de justicia plural basado en el reconocimiento de diferentes jurisdicciones —ordinaria, agroambiental, indígena originaria campesina— que, bajo sus propias autoridades, normas y procedimientos resuelven controversias que se presentan en los lugares en que se aplican. Su convivencia protege los derechos individuales y colectivos. El concepto de pluralismo, expresado en el artículo 179 inciso II, habla de la igual jerarquía entre la justicia ordinaria y la indígena. Es decir que ambas visiones son válidas en la administración de la justicia, ninguna es superior a la otra, y debe existir colaboración y coordinación entre ambas en los casos que así lo requieran. Es una expresión fundamental de la plurinacionalidad el reconocimiento de que existe en cada pueblo una forma de ejercer justicia según su propia cultura. Es otra forma esencial de descolonización porque deja de lado la visión monocultural y exclusivamente liberal<sup>97</sup>.

O reconhecimento do pluralismo jurídico na carta constitucional boliviana permite uma revisão do próprio entendimento do direito, na medida em que ele é formado por tensões sociais e apenas poderá atender as situações fáticas quando

<sup>96</sup> DELGADO BURGOA, Rebeca. Algunas reflexiones sobre la Constitución Política del Estado. In: CHIVI VARGAS, Idon Moises (Org.). **Nueva constitución política del estado: conceptos elementales para su desarrollo normativo**. La paz: Vicepresidencia del Estado de Bolívia, 2010. p. 41. Disponível em: <[http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id\\_publicacion=33](http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=33)>. Acesso em: 15 ago 2013.

<sup>97</sup> Bolívia. Glosario de la Nueva Constitución Política del Estado. In: CHIVI VARGAS, Idon Moises (Org.). **Nueva constitución política del estado: conceptos elementales para su desarrollo normativo**. La paz: Vicepresidencia del Estado de Bolívia, 2010. p. 199. Disponível em: <[http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id\\_publicacion=33](http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=33)>. Acesso em: 15 ago 2013.

enxergar esses conflitos existentes. O pluralismo jurídico reconhece essa multiplicidade de fenômenos integrantes da sociedade e está comprometido com a solução e satisfação das necessidades sociais, baseando-se na participação e na descentralização.

## **2.5 O pluralismo jurídico: os desafios para concretizar as demandas sociais e jurídicas do estado boliviano**

Importante destacar que esse novo modelo jurídico ao trazer novas formas de entender o direito precisa reanalisar seus fundamentos, formas, fontes. O modelo pluralista jurídico de caráter comunitário-participativo deve ser analisado a partir dos elementos de efetividade formal e material.

A efetividade material, sustenta Wolkmer *apud* Maria Corrêa Almeida, relaciona-se aos sujeitos coletivos e a suas peculiaridades correspondentes, estando ligada a inserção de grupos sociais heterogêneos no processo político boliviano. Assim, os novos atores sociais devem ser compreendidos a partir de suas singularidades e não de maneira universal, devendo ser explicados dentro do espaço comunitário, composto por uma diversidade concreta de sujeitos, que atuam no processo histórico-social<sup>98</sup>.

Juntamente com os elementos materiais são importantes os fundamentos de efetividade formal que irão reestruturar espaço público comunitário-participativo, estando vinculados a uma política democrática que se propõe ser descentralizada e participativa<sup>99</sup>. Objetivando concretizar a efetividade formal é imprescindível reformular os valores presentes na sociedade boliviana.

O comprometimento agora é com um pluralismo-comunitário, para isso faz-se necessário valores sociais adequados às novas inspirações constitucionais. Dessa maneira, resgatam-se os princípios antigos das comunidades primitivas e

---

<sup>98</sup> ALMEIDA, Maria Corrêa de. Direito insurgente latino-americano: pluralismo, sujeitos coletivos e nova juridicidade no século XXI. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 181-187.

<sup>99</sup> *Ibid.* p. 181-187.

originárias<sup>100</sup>.

Agregado aos novos valores, foi incorporada pela constituição boliviana a racionalidade como um cerne para efetividade formal. Essa racionalidade deve estar “afastada da instrumentalização das relações sociais, aproximando-se de uma maior responsabilidade na alteridade, com objetivo de responsabilizar os cidadãos pela necessidade de consciência do outro/diálogo com o outro<sup>101</sup>”.

Diante disso, a Constituição da Bolívia incorporara o pluralismo jurídico e o direito de aplicação da justiça indígena paralela à juridicidade estatal, reconhecendo outro modelo de justiça e de legalidade, diferente daquele aplicado pelo Estado moderno. No artigo 30<sup>102</sup>, a Constituição da Bolívia estabelece inúmeros direitos aos

<sup>100</sup> Artículo 8. I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. p. 13. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/constitucion2009.pdf>>. Acesso em: 25 ago 2013.

<sup>101</sup> ALMEIDA, Maria Corrêa de. Direito insurgente latino-americano: pluralismo, sujeitos coletivos e nova juridicidade no século XXI. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 186.

<sup>102</sup> Artículo 30. I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparte identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.

II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:

1. A existir libremente.

2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión.<sup>21</sup>

3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal.

(...)5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.

(...)8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios.

(...)14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.

15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y em particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. Em este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables em el territorio que habitan.<sup>22</sup>

(...)17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.

18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado.

III. El Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en esta Constitución y la ley

povos indígenas, observa-se o forte protagonismo político concedido aos povos indígenas<sup>103</sup>.

A construção do Estado Plurinacional baseado na autonomia indígena deve ser entendido como um caminho para a autodeterminação desses povos, um caminho para definir as políticas comunitárias, sociais, políticas e jurídicas e reestruturar a organização do governo, eleição de representantes e administração da justiça, com respeito às diferentes formas de vida. Nesse sentido, destaca-se entre os direitos reconhecidos aos povos indígenas o direito à própria jurisdição, definidos nos artigos<sup>104</sup> 190, 191 e 192 da Constituição da Bolívia de 2009<sup>105</sup>.

Observando os artigos supracitados que tratam da jurisdição indígena, constata-se que ela está sujeita ao cumprimento dos direitos e garantias estabelecidos no texto constitucional. Assim, a jurisdição indígena não pode violar princípios e valores presentes na carta constitucional, que são bases para todas as ações dos órgãos do Estado. Outra questão que deve ser explorada está no limite ou âmbito da abrangência de tais previsões legais, ou seja, as competências da justiça comunitária.

<sup>103</sup> BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. p. 20-22. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/constitucion2009.pdf>>. Acesso em: 25 ago 2013.

<sup>104</sup> Artículo 190. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

Artículo 191. I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta em un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciado o imputado, recurrentes o recurridos.

2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una ley de Deslinde Jurisdiccional.

3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

Artículo 192. I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.

II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.

III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas

<sup>105</sup> BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. p. 73-74. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/constitucion2009.pdf>>. Acesso em: 25 ago 2013.



A jurisdição indígena aplica-se apenas aos indígenas, o que leva a um problema quando os conflitos envolvem indígenas e não indígenas. Além disso, a jurisdição indígena limita-se aos territórios indígenas, o que suscita dois problemas. O primeiro está ligado à delimitação do território, em muitos casos não é muito clara; o outro está associado aos conflitos entre indígenas quando ocorrem fora do território<sup>106</sup>.

Outra questão que se mostra problemática é o conflito de culturas jurídicas, ou seja, de um lado, a justiça tradicional e, de outro, a indígena. Diante disso, a Constituição da Bolívia cria um órgão específico para resolver tais conflitos. O Tribunal Constitucional Plurinacional é uma instituição chave para solução de controvérsias no Estado. Visa resolver os conflitos mais complexos resultantes da convivência e coexistência de várias leis no mesmo espaço geopolítico. Para ser verdadeiramente plurinacional não é suficiente para o Tribunal incorporar diferentes nacionalidades, é necessário que o processo da sua formação seja plurinacional<sup>107</sup>.

Para lograr una verdadera refundación de la justicia primero es necesario continuar y profundizar el proceso de democratización. Se habla de la descolonización de la justicia, pero creo que el término más apropiado es el de la democratización del derecho y de las instituciones que lo administran. El término “descolonización” pone el énfasis en el reproche a lo ajeno; creo que es más importante resaltar lo propio e integrar lo ajeno si conviene. Es una tarea aún pendiente. Bolivia y su poder judicial se encuentran en una fase de transición. Como afirma Ernesto Garzón Valdés: “desde el punto de vista de una concepción normativa del poder judicial, puede afirmarse que su función es la de garantizar la estabilidad del respectivo sistema político”. Continúa señalando que la estabilidad es una propiedad disposicional de un sistema político que consiste en el mantenimiento de su identidad a través de la tendencia de quienes detentan el poder a guiar su comportamiento de acuerdo con las normas básicas del sistema<sup>108</sup>.

O novo texto constitucional alterou as normas fundamentais do ordenamento constitucional e a organização das instituições do Estado. Não há mais espaço para

<sup>106</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010. p. 92. Disponível em: <

[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado\\_Lima2010.pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado_Lima2010.pdf)>.

Acesso em 05 set. 2013.

<sup>107</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010. p. 86. Disponível em:

<[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado\\_Lima2010.pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado_Lima2010.pdf)>.

Acesso em 05 set. 2013.

<sup>108</sup> STIPPEL, Jörg. La “transición valórica” de la justicia: una tarea pendiente. In: CHIVI VARGAS, Idon Moises (Org.). **Nueva constitución política del estado: conceptos elementales para su desarrollo normativo**. La paz: Vicepresidencia del Estado de Bolívia, 2010. p. 134-135. Disponível em: < [http://www.vicpresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id\\_publicacion=33](http://www.vicpresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=33)>. Acesso em: 15 ago 2013.

o estado neoliberal com uma democracia formal, o preâmbulo da Constituição dispõe que a Bolívia é um “Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário”. Cabe ao Judiciário garantir a supremacia dos valores constitucionais, devendo as normas ser interpretadas e adequadas ao novo ideal presente na carta constitucional.

A su vez, existen muchas leyes que reflejan los valores del antiguo sistema y que tendrán que ser derogadas. Conscientes de esta necesidad, los constituyentes dispusieron (en la segunda disposición transitoria) que la Asamblea Legislativa Plurinacional sancionará, en el plazo máximo de 180 días a partir de su instalación, la Ley del Órgano Judicial y la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. De esta manera la antigua estructura del poder judicial quedó prácticamente derogada. Bolivia ya se encuentra en una fase de transición estructural hacia otro Poder Judicial<sup>109</sup>.

Pensando nesses problemas normativos, a constituição contemplou no seu ato de disposições transitórias quinto que “Durante el primer mandato de la Asamblea Legislativa Plurinacional se aprobarán las leyes necesarias para el desarrollo de las disposiciones constitucionales<sup>110</sup>”. Dessa maneira, observa-se a preocupação do texto constitucional em adequar a legislação pátria às novas diretrizes do pluralismo comunitário-participativo. O documento designou a tarefa de atualizar os textos legais aos princípios e normas constitucionais vigentes ao legislador.

Fica difícil imaginar um Estado de direito comunitário, com uma estrutura judiciária, notadamente, influenciada por normas inspiradas no monismo jurídico anterior. Nesse sentido, é preciso estabelecer audiências comunitário-participativas para reorganizar as normas jurídicas às necessidades do país. Esse será o verdadeiro desafio da democratização da lei.

La ley en este contexto cumple una función que va más allá de lo estipulado en su texto. Los códigos y demás normas pueden ser instrumentalizados para hacer prevalecer los intereses de un determinado grupo de poder por encima de los intereses de la mayoría. A lo mejor, desde el punto de vista de la teoría marxista, no se trata de una idea muy novedosa. Entonces, ¿por qué vale recordarlo? Creo que hay varias razones que lo justifican. Primero, recordarlo permite desconfiar de las normas aprobadas en los anteriores

<sup>109</sup> STIPPEL, Jörg. La “transición valórica” de la justicia: una tarea pendiente. In: CHIVI VARGAS, Idon Moises (Org.). **Nueva constitución política del estado**: conceptos elementales para su desarrollo normativo. La paz: Vicepresidencia del Estado de Bolívia, 2010. p. 136. Disponível em: <[http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id\\_publicacion=33](http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=33)>. Acesso em: 15 ago 2013.

<sup>110</sup> BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. p. 155. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/constitucion2009.pdf>>. Acesso em: 25 ago 2013.

gobiernos. Dudo que sea posible construir un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario usando estas leyes como base<sup>111</sup>.

Outro ponto que precisa ser analisado se refere à concretização do pluralismo jurídico de raiz comunitário-participativa frente aos aplicadores do direito, ou seja, aos funcionários administradores da justiça: juízes, promotores, advogados e auxiliares da justiça.

El historiador chileno Pablo Ruiz Tagle afirma que la Independencia no supuso una revolución en lo que se refiere al sistema legal imperante; más bien, sólo se limitó a cambiar el centralismo metropolitano y el sistema colonial de control de la corona por uno criollo". En cuanto a los funcionarios judiciales, fueron los mismos jueces de la Real Audiencia los que siguieron administrando la justicia republicana. La única diferencia fue la forma en que se legitimaba el ejercicio de su poder. La legitimidad ya no derivaba de los reyes católicos, y así de Dios, sino de la Constitución, de un contrato social imaginario<sup>112</sup>.

No contexto atual boliviano é imprescindível um corpo judiciário identificado com as diretrizes da constituição. Entretanto, será difícil para o Poder Judiciário acostumado com um sistema jurídico monista aplicar a norma pluralista, levando em consideração as necessidades concretas dos indivíduos na resolução dos conflitos judiciais. Além disso, para conseguir uma mudança de atitude há um desafio a superar: é imprescindível buscar uma visão jurídica mais aberta, comunitária, real. Para isso, é mister difundir uma nova ideologia baseada em valores, profissionalismo e eficiência. Destaca-se que diante dessa fase de transição é difícil descartar a atual equipe técnica, devido à carência de pessoal qualificado<sup>113</sup>. Entretanto,

Gran parte del personal actual no está capacitado para hacer justicia conforme a los valores de la nueva Constitución. El conocimiento abstracto desligado de la realidad social ya no es suficiente para administrar una justicia democrática. Los operadores judiciales a veces proclaman ser "los esclavos de la ley", pero se olvidan de que son servidores de la justicia<sup>114</sup>.

O intérprete da lei ao embassar sua decisão tem a responsabilidade de seguir a constituição, dificilmente estariam preparados os órgãos jurisdicionais tradicionais

<sup>111</sup> STIPPEL, Jörg. La "transición valórica" de la justicia: una tarea pendiente. In: CHIVI VARGAS, Idon Moises (Org.). **Nueva constitución política del estado**: conceptos elementales para su desarrollo normativo. La paz: Vicepresidencia del Estado de Bolivia, 2010. p. 136. Disponível em: < [http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id\\_publicacion=33](http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=33)>. Acesso em: 15 ago 2013.

<sup>112</sup> Ibid. p. 141.

<sup>113</sup> Ibid. p. 141-146.

<sup>114</sup> Ibid. p. 145.

para atuar, de acordo com o pluralismo jurídico. Em vez deles outras pessoas com experiência em justiça comunitário-participativa poderiam atuar. Não é preciso necessariamente ter formação jurídica, podendo ser designados líderes de associações de bairro, sindicalistas dentre outras pessoas<sup>115</sup>. Wilfredo Lopez Suarez critica o modelo jurisdicional tradicional:

cuando los hechos no se afrontan, nos contentamos con las formas, y hemos confundido la auténtica democracia con una especie de superestructura legalista, en que la idea central es el control y no la iniciativa, el reglamento estéril y burocrático, y no la responsabilidad creadora. Cada día nos vamos quedando más con las formas de una democracia que nos sirve de motivo retórico, mientras la estamos desangrando porque la hacemos inoperante y porque su inoperancia acentúa el atraso, la injusticia, y por lo tanto, las tensiones sociales. Hay que preocuparse de que esto no ocurra con la nueva justicia. Hay que afrontar los hechos, es decir, la necesidad de reemplazar a muchos funcionarios judiciales. Sólo así se evita que el nuevo Órgano Judicial se haga inoperante<sup>116</sup>.

Com o pluralismo jurídico centrado na justiça comunitária o conhecimento dogmático e teórico diminui sua influência. O que pode fazer um jurista com conhecimento teórico criminal técnico que estuda distinção de erro de tipo e de proibição, por exemplo, diante da ideia de justiça comunitária? Citando um exemplo prático René Orellana Halkyer descreve que é importante o conhecimento técnico, mas que os ensinamentos jurídicos não serviriam para resolver efetivamente um caso de roubo de gado nas comunidades *quéchuas hum Raqaypampa*<sup>117</sup>.

O autor descreve soluções concretas e efetivas para o caso mencionado acima. Nele entrevistou a autoridade executiva para solucionar o problema, por meio do vice-prefeito; como não surtiram efeito as suas intervenções, se envolveu o prefeito, o agente cantonal e a autoridade judicial<sup>118</sup>. O exemplo demonstra que muitas vezes os conflitos surgidos na comunidade podem ser resolvidos dentro dela, não se exigindo a instauração de um processo para isso. Nesse sentido, com a utilização da justiça comunitária busca-se antes de levar o conflito a instâncias maiores solucioná-lo dentro das instâncias da comunidade.

<sup>115</sup> STIPPEL, Jörg. La “transición valórica” de la justicia: una tarea pendiente. In: CHIVI VARGAS, Idon Moises (Org.). **Nueva constitución política del estado**: conceptos elementales para su desarrollo normativo. La paz: Vicepresidencia del Estado de Bolivia, 2010. p. 141-146. Disponível em: < [http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id\\_publicacion=33](http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=33)>. Acesso em: 15 ago 2013.

<sup>116</sup> Ibid. p. 146

<sup>117</sup> Ibid, p. 140.

<sup>118</sup> Ibid, p. 140.

O autor afirma que no caso descrito observa-se a participação de vários agentes institucionais, como figuras do Poder Executivo, o que poderia ensejar uma crítica à separação dos poderes, sendo que as autoridades judiciais teriam condições de produzir um julgamento imparcial, baseado na lei e nos princípios vigentes. Entretanto, os esforços primordiais desse sistema estão na solução dos conflitos, isso não significa que não deve existir uma separação de poderes e um equilíbrio entre eles para evitar abusos e excessos de um poder sobre outro<sup>119</sup>.

Na verdade seria um exagero afirmar que a tentativa de solucionar um conflito local estaria desestruturando a separação dos poderes, esse pretexto acaba por encobrir interesses descomprometidos com a justiça comunitária, como por exemplo, advogados que temem perder parte de seu mercado de trabalho. Além disso, diante das novas tendências do direito, observa-se que o processo realizado, no caso narrado, está associado à ideia de mediação, conciliação e resolução dos conflitos extrajudicialmente<sup>120</sup>.

Infelizmente, os métodos de resolução dos conflitos extrajudiciais ou inspirado na mediação não despertavam atenção dos juristas que continuavam utilizando seus métodos de resolução baseados nos códigos. Os temas de justiça comunitária eram discutidos em antropologia jurídica e não possuíam muita relevância dentro das escolas de direito da Bolívia. Agora é necessário inserir tal visão nas questões envolvendo direito civil, penal, constitucional e assim por diante. Os juristas precisam adequar-se à nova realidade, a ênfase agora é no local, deixa-se um pouco de lado o mundo abstrato de códigos para ajudar a resolver os conflitos com base em costumes e leis locais<sup>121</sup>.

Observa-se que é imprescindível uma adaptação jurídica que reconheça a nova realidade instaurada com o pluralismo jurídico e a justiça comunitária em oposição à teoria única do direito, baseada estritamente no código. A partir dessa ótica é possível criar uma cultura jurídica própria, apropriada ao modelo social e comunitário boliviano, com o reconhecimento da diversidade cultural e proteção dos direitos fundamentais da integralidade da população do país.

---

<sup>119</sup> STIPPEL, Jörg. La “transición valórica” de la justicia: una tarea pendiente. In: CHIVI VARGAS, Idon Moises (Org.). **Nueva constitución política del estado**: conceptos elementales para su desarrollo normativo. La paz: Vicepresidencia del Estado de Bolívia, 2010. p. 141-146. Disponível em: < [http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id\\_publicacion=33](http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=33)>. Acesso em: 15 ago 2013.

<sup>120</sup> Ibid. p.141-146.

<sup>121</sup> Ibid. p.141-146.

Já existem alguns esforços para gerar uma doutrina jurídica boliviana, mas deve haver iniciativas internas e um programa oficial para estimular uma doutrina jurídica comunitária e plural. Nesse sentido, desenvolve-se um provincianismo de certo modo, mas isso não tem conotação negativa, por outro lado, é preciso analisar e observar as diferentes dimensões do direito no resto do mundo para poder entender e analisar o caminho que se está criando.

No século XIX a Alemanha discutia a criação de um código civil, havia a opção de criar um código próprio ou seguir as tendências de muitos países que estavam adotando o modelo napoleônico. Nesse contexto, a Alemanha escolheu traçar seu próprio caminho sem desconsiderar os padrões e contribuições que representam os outros códigos<sup>122</sup>. A Alemanha buscou, inspirada em suas necessidades e sem negar as demais influências do direito, criar uma legislação civil mais apropriada a sua realidade. Nesse mesmo caminho objetiva a Bolívia mais do que criar uma teoria jurídica comunitária, desenvolver uma cultura jurídica adaptada às necessidades da população e que consolide as demandas sociais e jurídicas do Estado boliviano.

---

<sup>122</sup> STIPPEL, Jörg. La “transición valórica” de la justicia: una tarea pendiente. In: CHIVI VARGAS, Idon Moises (Org.). **Nueva constitución política del estado**: conceptos elementales para su desarrollo normativo. La paz: Vicepresidencia del Estado de Bolívia, 2010. p. 141-146. Disponível em: < [http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id\\_publicacion=33](http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=33)>. Acesso em: 15 ago 2013.

## CONCLUSÃO

O constitucionalismo, no decorrer do tempo, refletiu diferentes modos de organização das normas, de acordo com as peculiaridades locais e o momento histórico. Desde as Cidades-Estado gregas aos dias atuais, muitas transformações e relações sociais foram estabelecidas. Nesse sentido, o constitucionalismo representa uma forma de estruturar as sociedades que estão em constante mudança. A história demonstra que mesmo os grandes impérios enfraquecem e entram em crise, a exemplo do Império Romano. Ressalva-se que os processos de evolução muitas vezes não são lineares, havendo em alguns momentos avanços e noutros retrocessos.

Atualmente, percebe-se uma crise dos valores constitucionais. Essa perda de prestígio tem ocorrido principalmente no pós-guerra, em função das influências da globalização. Diante disso, têm-se hoje movimentos constitucionais com perfil de adequar o constitucionalismo à realidade contemporânea. Observa-se que a América Latina tem vivenciado importantes mudanças constitucionais.

O constitucionalismo latino-americano surge no contexto sociopolítico sul-americano para superar velhos problemas sociais. Ele propõe adequar as normas jurídicas à realidade social, incorporando normas de caráter comunitário-participativo que visam aproximar as pessoas das instâncias de decisão e descentralizar o poder político.

Nesse viés normativo proposto pelo constitucionalismo latino-americano, observa-se um pluralismo jurídico de base comunitário-participativo, baseado no princípio da autonomia jurisdicional. Nota-se que a Constituição da Bolívia de 2009 adotou o pluralismo jurídico. A nova carta constitucional consolida o ideal de justiça comunitária e reflete as necessidades sociais do país, no plano constitucional.

Com a promulgação da nova constituição, a Bolívia vive um período de transição entre dois modelos jurídicos. De um lado o modelo pluralista comunitário-participativo; do outro a velha ordem monista, elitista, individualista. Nesse contexto, há muitas transformações que precisam ocorrer. A aprovação da Constituição de

2009 representa um primeiro passo para concretização de uma sociedade participativa e um Estado descentralizado política e juridicamente.

As normas jurídicas se originam da juridização dos fatos sociais relevantes em determinada época. A constituição boliviana representou o descontentamento de grande parte da população excluída socialmente. Entretanto, apesar do texto constitucional alterar a velha ordem constitucional individualista, muitas heranças e forças políticas do período se mantêm.

A constituição apresenta avanços significativos em termos de democracia, participação, jurisdição, proteção de direitos fundamentais, no entanto para concretizá-los é preciso desenvolver uma nova mentalidade. Essa mudança passa pela adequação das normas infraconstitucionais ao ordenamento constitucional, pela forma de entender e aplicar o direito, pela reestruturação do ensino jurídico no país, pelo respeito às diversidades culturais, pela concretização de uma doutrina que reafirme os preceitos constitucionais e as bases do pluralismo jurídico comunitário-participativo.

Aí reside o grande desafio da sociedade boliviana para democratizar o seu espaço público. Para isso é preciso muita atenção, pois dentro de uma sociedade diversificada existem inúmeros pontos de tensão. O fato de ter sido concedida maior autonomia e participação para a população tem um significado importante, mas é preciso seguir nesse caminho.

Do ponto de vista jurídico observa-se que houve a incorporação no plano constitucional de medidas que atendem as necessidades da população. Além disso, há uma efervescência doutrinária que corrobora para consolidação do pluralismo jurídico comunitário-participativo. Do ponto de vista social o fato de ter havido uma descentralização política e maior autonomia da população merece o reconhecimento por ser um avanço se comparado ao modelo anterior.

É necessário continuar com o processo de democratização. Há muitas leis do período anterior que refletem os valores do antigo sistema que devem, portanto, serem revogadas. Para isso é vital a participação dos vários segmentos sociais, os indivíduos devem atuar ativamente para concretização de códigos e normas que atendam os interesses e necessidades do país.

É preciso gerar uma doutrina jurídica própria, com doutrinadores que demonstrem os valores constitucionais e reformulem as instituições, de acordo com esse modelo. É necessário a reforma dos currículos dos cursos jurídicos, pois serão



os acadêmicos de hoje, os futuros doutrinadores, professores, juízes, promotores. Eles precisam saber quais os valores que representam o Estado social Unitário de Direito Plurinacional Comunitário e como aplicar e interpretar as normas, de acordo com a nova constituição. O pluralismo jurídico comunitário-participativo, inaugurado pela Constituição da Bolívia de 2009, são ideias que ainda seguem em desenvolvimento, com pouquíssimo tempo histórico.

Os capítulos dos próximos anos serão decisivos para o processo constitucional boliviano. Havendo a concretização dos ideais constitucionais com as alterações jurídicas infraconstitucionais, doutrinárias e sociais se terá consolidado o propósito da constituição boliviana. Entretanto, se as forças sociais forem controladas para a permanência das instituições, terá fracassado o pluralismo jurídico e o próprio constitucionalismo latino-americano dentro da Bolívia, pois tudo servirá como nova roupagem para as classes dominantes permanecerem no poder.

Um estado verdadeiramente democrático não é feito apenas de leis adequadas à demanda social, é preciso mentalidade social apropriada às necessidades do Estado. Percebe-se que no plano formal o texto constitucional da Bolívia atende as demandas sociais e jurídicas do Estado. Entretanto, vários fatores precisam ser aprimorados para se falar de um pluralismo jurídico comunitário-participativo que atenda as demandas sociais e jurídicas concretamente na sua totalidade, embora se verifique uma tendência na concretização desse propósito.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Corrêa de. Direito insurgente latino-americano: pluralismo, sujeitos coletivos e nova juridicidade no século XXI. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

\_\_\_\_\_. **Sobre a revolução**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BOLÍVIA. **Constitución Política Del Estado Plurinacional de Bolivia**. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/constitucion2009.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

BOLÍVIA. Glosario de la Nueva Constitución Política del Estado. In: CHIVI VARGAS, Idon Moises (Org.). **Nueva constitución política del estado: conceptos elementales para su desarrollo normativo**. La paz: Vicepresidencia del Estado de Bolívia, 2010. p. 195-212. Disponível em: <[http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id\\_publicacion=33](http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=33)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CÁRDENAS AGUILAR, Félix. Mirando Indio. In: CHIVI VARGAS, Idon Moises (Org.). **Nueva constitución política del estado: conceptos elementales para su desarrollo normativo**. La paz: Vicepresidencia del Estado de Bolívia, 2010. p. 17-38. Disponível em: <[http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id\\_publicacion=33](http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=33)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

CHIVI VARGAS, Idon Moises. Constitucionalismo emancipatorio, desarrollo normativo y jurisdicción indígena. In: CHIVI VARGAS, Idon Moises (Org.). **Nueva constitución política del estado**: conceptos elementales para su desarrollo normativo. La paz: Vicepresidencia del Estado de Bolívia, 2010. p. 73-96. Disponível em: <[http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id\\_publicacion=33](http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=33)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

DELGADO BURGOA, Rebeca. Algunas reflexiones sobre la Constitución Política del Estado. In: CHIVI VARGAS, Idon Moises (Org.). **Nueva constitución política del estado**: conceptos elementales para su desarrollo normativo. La paz: Vicepresidencia del Estado de Bolívia, 2010. p. 39-56. Disponível em: <[http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id\\_publicacion=33](http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=33)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

FAGUNDES, Lucas Machado. Reflexões sobre o processo constituinte boliviano e o novo constitucionalismo sul-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano**: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 153-168.

FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011. Disponível em: <[http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2\\_artigo1.pdf](http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2_artigo1.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

FIORATI, Jete Jane. Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt. **Revista de Informação Legislativa**, n. 142, p. 53-63, abr./jun. 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: da la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Tradução: Eliana Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MARTÍNEZ DALMAU, Rúben; VICIANO PASTOR, Roberto. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano. In: **El nuevo constitucionalismo en América Latina: memorias del encuentro internacional el nuevo constitucionalismo: desafíos e retos para el siglo XXI**. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010. p. 9-36. Disponível em: <[http://www.direito.ufg.br/uploads/12/original\\_34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352146324](http://www.direito.ufg.br/uploads/12/original_34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352146324)> Acesso em: 20 ago. 2013.

MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: Neoconstitucionalismo? In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 59-88.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo Constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da constituição do Equador de 2008: os direitos de pachama e o bem viver (sumak kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 103-124.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O constitucionalismo latinoamericano e os direitos fundamentais: contribuições da Constituição brasileira de 1988. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, 2014. NO PRELO.

PRONER, Carol. O estado plurinacional e a nova constituição boliviana- contribuições de experiência boliviana ao debate dos limites ao modelo democrático liberal. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 141-152.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010. Disponível em: <[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado\\_Li ma2010.pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado_Li ma2010.pdf)>. Acesso em 05 set. 2013.

STIPPEL, Jörg. La “transición valórica” de la justicia: una tarea pendiente. In: CHIVI VARGAS, Idon Moises (Org.). **Nueva constitución política del estado: conceptos elementales para su desarrollo normativo**. La paz: Vicepresidencia del Estado de

Bolívia, 2010. p. 133-150. Disponível em:  
<[http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id\\_publicacion=33](http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=33)>.  
Acesso em: 15 ago. 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 19-42.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo : Alfa ômega, 2001.

\_\_\_\_\_. Pluralismo Jurídico: novo marco emancipatório na historicidade latino-americana. **Cadernos de Direito**. , v.2, n.4, p. 11-23, 2003. Disponível em:  
<<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/717/250>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatório em América Latina**. Bogotá: ILSA, 2003. Disponível em:  
<<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs03/eclvs03-11.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2013.