

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
DIRETORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

TATIANE ALVES MACEDO

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE:
LIMITES E POSSIBILIDADES DO NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DA BOLÍVIA COMO
PROPOSTA DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA, INDEPENDÊNCIA E
FORTALECIMENTO DAS INSTITUIÇÕES JUDICIAIS**

SÃO LEOPOLDO

2024

TATIANE ALVES MACEDO

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE:

**Limites e Possibilidades do Novo Desenho Institucional do Tribunal
Constitucional Plurinacional da Bolívia como Proposta de Legitimação
Democrática, Independência e Fortalecimento das Instituições Judiciais**

Tese apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Doutora em
Direito pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade do Vale do
Rio dos Sinos (UNISINOS)

Linha de pesquisa: Hermenêutica,
Constituição e Concretização de Direitos

Orientador: Prof. Anderson Vichinkeski Teixeira

São Leopoldo

2024

M141j

Macedo, Tatiane Alves

Jurisdição constitucional e legitimidade: limites e possibilidades do novo desenho institucional do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia como proposta de legitimação democrática, independência e fortalecimento das instituições judiciais. / Tatiane Alves Macedo -- 2024.

307 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2024.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira.

1. Direito constitucional. 2. Jurisdição constitucional - América Latina- Modelo. 3. Legitimidade. 4. Tribunal Constitucional Plurinacional. 5. Supremo Tribunal Federal. I. Título. II. Teixeira, Anderson Vichinkeski.

CDU 342

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: "JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA: LIMITES E POSSIBILIDADES DO NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DA BOLÍVIA COMO PROPOSTA DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA, INDEPENDÊNCIA E FORTALECIMENTO DAS INSTITUIÇÕES JUDICIAIS", elaborada pela doutoranda Tatiane Alves Macedo, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 01 de julho de 2024.



Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Wagner Silveira Feloniuk _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dra. Tarin Cristino Frota Mont Alverne _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dra. Roberta Camineiro Baggio _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dra. Clarissa Tassinari _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dra. Jania Maria Lopes Saldanha _____ *Participação por Webconferência*

Dedico este trabalho a todos aqueles que enfrentaram as tempestades de 2020 a 2022, um período de provações inimagináveis. Meus pensamentos mais profundos e minha solidariedade vão para as mães e pais que sofreram a perda inconsolável de seus filhos, e para os filhos que enfrentaram a realidade de um mundo sem suas mães. Meu coração se estende especialmente aos que, em tenra idade, viram-se navegando pela vida como órfãos, numa realidade cruelmente acentuada pela desigualdade social e pela pobreza.

Neste país, onde frequentemente as circunstâncias escolhem por nós, tive a possibilidade de fazer uma escolha - a de proteger a minha família, abraçar meus pais e resguardar meus filhos. Enfrentamos juntos dois anos de reclusão, um afastamento forçado da escola e da normalidade que até então conhecíamos. Alguns podem considerar que perdemos tempo; no entanto, prefiro acreditar que ganhamos algo infinitamente mais valioso: a vida.

O passado, com suas sombras e aprendizados, não nos pertence mais. Mas temos diante de nós, estendido e vasto, todo o tempo do mundo para construir, sonhar e viver. Hoje, ao concluir esta etapa que fora adiada pela tormenta, sinto uma alegria imensa em poder celebrar este triunfo ao lado de meus pais, Vilma e José, minhas irmãs, cunhados, sobrinhos, e em especial, meus filhos Ryan e João - a quem dedico cada batida do meu coração e cada conquista da minha vida.

Que esta tese seja um farol de esperança, um lembrete de que, mesmo nos tempos mais sombrios, podemos encontrar força um no outro e motivos para seguir adiante. Dedico este trabalho a vocês, minha família, com todo o meu amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

A conclusão desta tese de doutorado representa não apenas o fim de um ciclo acadêmico, mas também a celebração de um período repleto de aprendizados, desafios e, acima de tudo, de crescimento pessoal e profissional. Esta jornada não teria sido a mesma sem o apoio indispensável de algumas pessoas muito especiais às quais estou profundamente grata.

Em primeiro lugar, expresso minha sincera gratidão ao Prof. Anderson Vichinkeski Teixeira, cuja orientação foi fundamental para o desenvolvimento desta pesquisa. Sua paciência, dedicação e expertise não apenas me guiaram através dos desafios inerentes ao processo de pesquisa, mas também me inspiraram a buscar excelência e a não temer os obstáculos.

Estendo um reconhecimento especial aos professores do programa de Doutorado em Direito da Unisinos - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Cada um, à sua maneira, contribuiu para que eu expandisse minha visão de mundo e aprofundasse meu conhecimento na área jurídica. A dedicação, o rigor acadêmico que demonstraram foram fontes inesgotáveis de inspiração e motivação.

Entre tantos apoios valiosos, os funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Unisinos merecem uma menção especial por seu papel indispensável no meu percurso. Um agradecimento muito especial é dirigido à Vera e ao Ronaldo. Suas presenças ao longo deste caminho foram mais do que fundamentais, foram inspiradoras.

Aos meus amigos de caminhada, Adair Bera, Celito, Ziel, Augusto, André e Ariane, agradeço por cada momento compartilhado, seja nos períodos de estresse, nas longas noites de estudo ou nos breves intervalos de descontração. Vocês foram mais do que colegas; foram verdadeiros companheiros que contribuíram para tornar este caminho mais leve e significativo. Cada risada, cada conversa e cada gesto de apoio foram essenciais para manter a motivação em alta e o ânimo renovado. Obrigado por fazerem parte desta jornada e por me ajudarem a não desistir.

Aos meus queridos pais, José e Vilma, cujo amor, sacrifício e ensinamentos moldaram a mulher que sou hoje. Vocês me ensinaram sobre a importância da família, da perseverança e da fé na vida.

Agradeço aos meus filhos amados, Ryan e João Caetano. A decisão de viver em São Leopoldo-RS por um ano de nossas vidas representou não apenas um

desafio, mas também um compromisso conjunto, um salto no desconhecido, onde o apoio e a presença de vocês foram fundamentais para transformar essa experiência em algo extraordinariamente enriquecedor. Obrigada por serem minha maior motivação e por me ensinarem o verdadeiro significado da palavra superação.

Não posso deixar de mencionar a calorosa acolhida do povo do Rio Grande do Sul. Os dias passados nessa terra foram enriquecedores e deixaram marcas indeléveis em minha trajetória. O espírito acolhedor do povo da “Grande Porto Alegre” com suas tradições, sua gastronomia e sua história apaixonante. As belezas da Serra Gaúcha foram um pano de fundo extraordinário para a realização deste trabalho.

Com humildade e um coração transbordando em gratidão, elevo meus pensamentos e emoções em agradecimento primeiro a Deus, por ser a fonte de toda força, sabedoria e amor em minha jornada. Em cada desafio enfrentado, em cada lágrima derramada e em cada sorriso compartilhado, Sua presença foi o farol que guiou meus passos, trazendo luz aos momentos de dúvida e me fortalecendo nas horas de fraqueza.

Agradeço especialmente ao Bom Jesus da Mata, padroeiro da terrinha onde nasci, no sertão da Bahia. A fé cultivada sob Sua proteção acompanhou-me desde os primeiros passos, sendo um refúgio espiritual e a recordação constante de minhas raízes e valores.

Levo comigo, por onde quer que eu vá, os ensinamentos e a fé nascidos nesse solo sagrado, sob o olhar misericordioso do Bom Jesus da Mata. Essa conexão divina e terrena foi a inspiração que me permitiu sonhar além das fronteiras visíveis do horizonte, buscando na educação e no conhecimento a possibilidade de transformação pessoal e coletiva.

A todos vocês, meu mais sincero agradecimento.

RESUMO

A presente pesquisa insere-se na área de concentração de Direito Público e na linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e concretização de direitos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. O objetivo da tese se concentra em analisar a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. De forma específica, a primeira parte do trabalho analisa o surgimento e evolução dos sistemas de justiça constitucional, apresenta as características fundamentais dos sistemas clássicos, além de abordar historicamente a expansão, recepção e hibridação da justiça constitucional no contexto latino-americano, com ênfase nos modelos adotados pelo Brasil e pela Bolívia. A segunda parte aborda o modelo de organização, processo de escolha, composição, funcionamento, atribuições e formas de controle de constitucionalidade na jurisdição constitucional da Bolívia. A partir de modelos adotados pelo Brasil e pela Bolívia, analisa-se em que medida a transparência no processo de escolha, ampliação dos mecanismos de participação e garantia de pluralidade refletem reconhecimento da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional. O conceito de legitimidade é reconstruído tendo como referencial teórico a sociologia de Max Weber e Pierre Bourdieu. O problema fundamental que impulsiona a pesquisa centra nos seguintes questionamentos: a) Qual a efetividade do modelo institucional desenhado para o Tribunal Constitucional da Bolívia no sentido de garantir independência do Poder Judiciário? Como a experiência das eleições judiciais na Bolívia pode contribuir para pensar o constitucionalismo na América Latina? A criação de um sistema de organização e composição do Poder Judiciário baseado nos princípios da transparência e pluralidade tornam os tribunais mais legítimos sob a ótica democrática? No que se refere ao método de abordagem, adota-se a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Quanto aos métodos de procedimento, aplicam-se os métodos histórico-comparativo e sociológico de Max Weber para análise e compreensão do funcionamento das instituições. Destarte, a partir dos resultados da pesquisa, é apresentada contribuição própria, apontando caminhos para o fortalecimento da legitimidade democrática da justiça constitucional no Brasil.

Palavras-chave: jurisdição constitucional; América Latina; modelo; legitimidade; Tribunal Constitucional Plurinacional; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present research focuses on Public Law concentration area and its take place on the Hermeneutics, Constitution, and Right's realization research line based on the Graduate Program in Law at the University of Vale do Rio dos Sinos. The thesis aims to analyze the democratic legitimacy of constitutional jurisdiction. To get the objectives, the first part of the work examines the emergence and evolution of constitutional justice systems, presenting the fundamental characteristics of classical systems, as well as historically addressing the expansion, reception, and hybridization of constitutional justice in the Latin American context, with emphasis on the models adopted by Brazil and Bolivia. The second part analyzes the organization model, selection process, composition, functioning, attributions, and forms of constitutional control at Bolivia's constitutional jurisdiction. Based on the models adopted by Brazil and Bolivia, we analyze the transparency extension in the selection process, expansion of participation mechanisms, and guarantee of plurality reflect recognition of the democratic legitimacy of Constitutional Jurisdiction. The concept of legitimacy is reconstructed with Max Weber's and Pierre Bourdieu's sociology as theoretical reference. The fundamental problem that drove the research focuses on the following questions: a) What is the effectiveness of the institutional model designed for the Constitutional Court of Bolivia in guaranteeing the independence of the Judiciary? How can the experience of judicial elections in Bolivia contribute to thinking about constitutionalism in Latin America? Does the creation of a system concerned about the organization and composition of the Judiciary based on the principles of transparency and plurality make the courts more legitimate from a democratic perspective? Regarding the method of approach, Hans-Georg Gadamer's philosophical hermeneutics is adopted. As procedural methods, Max Weber's historical-comparative and sociological methods are applied to do the analysis and understanding institutional functioning. Thus, based on the research results, own contribution is presented, pointing out paths for strengthening the democratic legitimacy of constitutional justice in Brazil.

Keywords: constitutional jurisdiction; Latin American Model; legitimacy; Plurinational Constitutional Court; Supreme Federal Court.

LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AIA	Ação de Inconstitucionalidade Abstrata
AIDC	Associação Internacional de Direito Constitucional
CCJ	Comissão de Constituição e Justiça
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIDOB	Confederação dos Povos Indígenas da Bolívia
CJIC	Corte Ibero-Americana de Justiça Constitucional
CNMCIQB "BS"	Confederação Nacional das Camponesas Indígenas Originárias da Bolívia "Bartolina Sisa"
CONAMAQ	Conselho Nacional de Ayllus e Markas de Qallasuyu
CPB	Constituição Política da Bolívia
CPC	Common Place Court
CPE	Constituição Política do Estado
CSUTCB	Confederação Sindical Única dos Trabalhadores Camponeses da Bolívia
DPC	Direito Penal Processual
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
MAS	Movimento ao Socialismo
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
QPC	Questão Prioritária de Constitucionalidade
RCP	Royal College of Physicians
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TCB	Tribunal Constitucional da Bolívia
TCP	Tribunal Constitucional Plurinacional
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TSJ	Tribunal Superior de Justiça
USSC	United States Supreme Court

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
PRIMEIRA PARTE - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ASPECTOS TEÓRICOS E HISTÓRICOS	20
2 DOS SISTEMAS CLÁSSICOS À HIBRIDAÇÃO DE MODELOS	20
2.1 Origem da jurisdição constitucional.....	25
2.2 Modelos e sistemas de justiça constitucional.....	29
2.2.1 Modelo americano de jurisdição constitucional	34
2.2.1.1 <i>Origem e bases do Judicial Review</i>	<i>38</i>
2.2.1.2 <i>Corte Constitucional do Estados Unidos: composição, modelo escolha dos juízes e competência.....</i>	<i>45</i>
2.2.2 Modelo continental europeu de jurisdição continental.....	48
2.2.2.1 <i>Origem e bases do sistema concentrado de controle de constitucionalidade</i>	<i>49</i>
2.2.2.2 <i>Corte Constitucional Austríaca: composição, modelo de escolha dos juízes e competência.....</i>	<i>57</i>
2.2.3 Controle político de constitucionalidade – modelo francês.....	61
2.2.3.1 <i>O Conselho Constitucional: composição e competência.....</i>	<i>65</i>
2.2.3.2 <i>Natureza jurídica do Conselho Constitucional.....</i>	<i>72</i>
2.3 Hibridação dos modelos de controle de constitucionalidade.....	75
3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA	80
3.1 Constitucionalismo na América: ponto de partida.....	83
3.2 Breve contextualização sobre a trajetória do Constitucionalismo na América Latina.....	87
3.3 Origem da jurisdição constitucional na América Latina: influência francesa, americana e europeia.....	98
3.3.1 <i>Influência francesa: o controle político de constitucionalidade</i>	<i>100</i>
3.3.2 <i>Influência norte-americana e a adoção do judicial review</i>	<i>108</i>
3.3.3 <i>Modelo europeu Kelseniano: Tribunais, Cortes e Salas constitucionais na América Latina</i>	<i>113</i>
3.4 Novo papel dos Tribunais Constitucionais na América Latina	118
3.4.1 <i>Tribunais Constitucionais como guardiões da ordem democrática: independência e tensões com o poder executivo.....</i>	<i>124</i>
3.5 Jurisdição constitucional no contexto brasileiro	134

4 FORMAÇÃO HISTÓRICA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NA BOLÍVIA.....	140
4.1 Primeira fase republicana – influência francesa e adoção do controle político de constitucionalidade (1826-1861)	143
4.2 Segunda fase republicana – adoção do modelo americano: sistema de controle jurisdicional difuso de constitucionalidade (1861-1994)	146
4.3 Terceira fase republicana - Influência Europeia e criação do Tribunal Constitucional da Bolívia (TCB) (1999-2009)	150
4.3.1 Crise política, ataques e dismantelamento do Tribunal Constitucional da Bolívia	155
SEGUNDA PARTE – EXPERIÊNCIA BOLIVIANA COMO PROPOSTA PARA REPENSAR A LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NA.....	159
AMÉRICA LATINA	159
5 ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DO JUDICIÁRIO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA DE 2009	159
5.1 Poder judiciário boliviano: jurisdição ordinária, agroambiental e especializada	167
5.2 Poder judiciário boliviano: jurisdição indígena originária campesina	169
5.3 O Tribunal Constitucional Plurinacional: estrutura orgânica.....	177
5.3.1 O modelo de controle constitucional	178
5.4 Composição plural, eleição de juízes e mandato temporário como fundamento de legitimidade da Corte Constitucional: uma análise empírica da experiência boliviana	183
5.4.1 Processo eleitoral - Primeira fase (pré-seleção).....	190
5.4.2 Processo eleitoral - Segunda fase.....	195
5.4.3 Composição plural: representação indígena originária campesina e paridade de gênero	197
5.4.4 Eleições judiciais na Bolívia: (in) aptidão para alcançar a independência judicial	200
6 LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: O PODER JUDICIÁRIO PODE SER ENTENDIDO COMO UM ESPAÇO DE REPRESENTAÇÃO DO POVO?	208
6.1 Poder, dominação e legitimidade	215
6.1.1 Poder, dominação, legitimidade na sociologia de Max Weber	216
6.1.2 Pierre Bourdieu: poder simbólico e legitimação	227

6.2 Legitimidade a justiça constitucional no Brasil pós 1988	233
6.2.1 Supremo Tribunal Federal: composição e modelo de escolha dos juízes.....	235
6.2.2 Indicação do nome pelo presidente da república: uma decisão política.....	239
6.2.3 A função fiscalizatória do Senado Federal	246
6.2.4 Problema da ausência de pluralidade na composição histórica da Corte Constitucional.....	248
6.3 Mecanismos para o fortalecimento da legitimidade democrática da justiça constitucional	258
7 CONCLUSÃO	265
REFERÊNCIAS.....	278

1 INTRODUÇÃO

A doutrina em matéria de direito constitucional e as legislações ao redor do mundo evoluem constantemente em busca da concepção de instituições, instrumentos e mecanismos capazes de fortalecer a democracia, a defesa da Constituição e, por conseguinte, a independência da jurisdição constitucional, como instituição que garante o Estado Constitucional de Direito e a democracia como sistema político.

No final do século XX, a maior parte dos países da América Latina promulgou novas Constituições e/ou promoveu importantes reformas constitucionais sob o impulso dos movimentos de abertura democrática com estreita conexão entre o processo de (re)democratização. Nesse período de reconstrução institucional, mesmo nas especificidades históricas, políticas e jurídicas de cada país, podem ser identificados elementos comuns que marcam um momento de expansão do Direito Constitucional na região e que alimentam o debate sobre um *novo constitucionalismo latino-americano*, o qual pode ser definido como um processo que tem sua origem na elaboração de novas Constituições, o que ocorreu no Brasil em 1988, na Colômbia em 1991, no Paraguai em 1992, no Peru em 1993, na Venezuela em 1999, no Equador em 2008 e na Bolívia em 2009.

O surgimento das novas constituições latino-americanas, fruto do novo constitucionalismo, despertou nos países do continente o desejo de olhar para suas próprias realidades. As novas Cartas chamam atenção pela alta carga inovadora de seus textos, que rompiam com padrões *modernos* até então arraigados nas normas constitucionais, com abertura de espaços para dialogar com os povos – os quais, até então, se localizavam à margem do debate público.

A inquietação que move a realização desta pesquisa é justamente investigar se a criação de novos mecanismos de participação democrática conseguiu efetivamente ampliar o acesso aos espaços de poder e de participação dos cidadãos nas decisões políticas do Estado. Dentre os diversos instrumentos de participação democrática inseridos nos textos constitucionais da América Latina, nos chama a atenção o modelo adotado pela Bolívia (2009) para escolha dos juízes da Corte Constitucional. A escolha de juízes para mandatos temporários, por meio de voto popular, eleitos por critérios de plurinacionalidade, igualdade de gênero e representação do sistema ordinário e do sistema indígena originário campesino

talvez foi a mais ousada das propostas ali estipulada, em um contexto em que as pesquisas buscam por saídas teóricas capazes de justificar a legitimidade das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas para atribuir sentido à Constituição e arbitrar conflitos políticos importantes.

O problema fundamental que impulsionou a elaboração da tese está centrado nos seguintes questionamentos: a) Qual a efetividade do modelo institucional desenhado para o Tribunal Constitucional da Bolívia no sentido de garantir independência do Poder Judiciário? Como a experiência das eleições judiciais na Bolívia pode contribuir para pensar o constitucionalismo na América Latina? A criação de um sistema de organização e composição do Poder Judiciário baseado nos princípios da transparência e pluralidade torna os tribunais mais legítimos sob a ótica democrática?

A hipótese que se apresenta é a de que a Constituição Boliviana de 2009, ao desenhar um modelo institucional baseado na abertura, transparência e diversidade para escolha dos juízes, estabelecendo critérios como eleição popular, garantia de participação de mulheres, assim como dos membros do sistema indígena originário campesino, e mandato delimitado temporalmente, criou um sistema de justiça constitucional mais legítimo sob a ótica democrática. A transparência no processo de escolha, ampliação dos mecanismos de participação democrática e garantia de pluralidade dentro das estruturas que compõem a Justiça Constitucional é condição necessária para o reconhecimento da legitimidade da Jurisdição Constitucional, além de contribuir para o processo de tomada de decisão mais democrático, especialmente ao longo de sua dimensão mais importante: a proteção de direitos para grupos sem poder.

No que se refere ao método de abordagem que estabelece os fundamentos lógicos da investigação, adotou-se a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Nesse contexto, foram consideradas as categorias essenciais do projeto filosófico gadameriano: o círculo hermenêutico, a pré-compreensão, tradição e fusão de horizontes, notadamente o conceito do círculo hermenêutico, da pré-compreensão, da tradição e da fusão de horizontes. No âmbito do círculo hermenêutico, a pré-compreensão precede a compreensão, interpretação e aplicação, conferindo significado aos resultados alcançados na investigação. Destaca-se que a análise de Gadamer sobre a compreensão do sentido não parte

semanticamente na abertura linguística para o mundo, mas, de forma pragmática, na busca pelo mútuo entendimento entre autor e intérprete.

Na perspectiva do círculo hermenêutico, toda compreensão é histórica, o ser que compreende é histórico. Cada indivíduo tem em si historicidade, uma vez que esta tem “vínculo vital que liga a tradição e a origem com a investigação histórica crítica. Mesmo quem procura apagar a sua própria individualidade [...] permanece sempre como um filho de seu tempo e um cidadão da sua pátria”.¹ Sendo um ser mergulhado em sua historicidade, o homem vai se refazendo no tempo: criando e recriando sentidos. A compreensão, portanto, é um diálogo constante entre o leitor e o texto. O intérprete traz consigo suas próprias experiências, valores e perspectivas prévias, que influenciam a forma como ele interpreta o texto, ao mesmo tempo em que o texto também influencia o intérprete, desafiando e transformando suas perspectivas iniciais. A compreensão plena ocorre quando há uma fusão de horizontes entre o intérprete e o texto, gerando uma compreensão compartilhada.

Quanto aos métodos de procedimento, adotou-se os métodos histórico e comparativo, o que permitiu remontar os fatos que culminaram nos modelos institucionais atuais, destacando-se os atravessamentos sociais e políticos que levaram à construção dos modelos. No último capítulo, aplicou-se o método sociológico de Max Weber para compreender o funcionamento das instituições, voltando-se ao estabelecimento de uma conexão de sentido nas ações sociais. Como o método sociológico weberiano não possui um caráter experimental, é necessário efetuar sempre uma interpretação baseada em comparações, análises avaliativas e referência a valores. Para isso, o rigor é peça chave, pois o que se deseja é alcançar maior objetividade e certeza na investigação (mesmo que a realidade da ação humana seja sempre subjetiva).

O objetivo geral da tese consistiu em analisar a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. De forma específica, a primeira parte do trabalho tem o objetivo de descrever e analisar o surgimento e evolução dos sistemas de justiça constitucional, apresentar as características fundamentais dos sistemas clássicos (americano, continental europeu e francês), além de abordar historicamente a expansão, recepção e hibridação da justiça constitucional no contexto latino-americano, com ênfase nos modelos adotados pelo Brasil e pela Bolívia. A segunda

¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2003.

parte da pesquisa, a partir da ideia de plurinacionalidade, objetiva descrever o modelo de organização, composição, funcionamento, atribuições e formas de controle de constitucionalidade na jurisdição constitucional da Bolívia. Descrever e analisar os processos eleitorais para escolha dos membros do Tribunal Constitucional Plurinacional ocorridos em 2011 e 2017. A partir dos modelos adotados pelo Brasil e Bolívia, analisar em que medida a democratização do processo para a escolha dos juizes pode contribuir para ampliar a diversidade dos membros da Corte Constitucional como pressuposto para fortalecimento da legitimidade da Justiça Constitucional.

No primeiro capítulo, analisamos o conceito de jurisdição constitucional, destacando sua complexidade de definição e sua evolução desde a supressão da autotutela pelo Estado. Exploramos a sinonímia entre "justiça constitucional" e "jurisdição constitucional", citando autores como Kelsen, Eisenmann e Mirkine-Guetzevitch. Destacamos a importância da jurisdição constitucional na preservação do Estado Democrático de Direito e no controle de constitucionalidade. Enfatizamos a necessidade de uma instância neutra na resolução de conflitos constitucionais e a relação entre jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade. Por fim, foi mencionada a adoção do termo "jurisdição constitucional" no sentido formal-orgânico para se referir aos modelos de organização e funcionamento de tribunais especializados em questões constitucionais.

Em uma abordagem histórico-comparativa, o capítulo 2 aborda, ainda, os aspectos teóricos e a origem histórica da Jurisdição Constitucional, desde a Antiguidade até modelos clássicos desenvolvidos nos EUA (*judicial review*) e na Europa. Sobre o modelo americano, apresentamos uma precisa descrição do caso *Marbury vs Madison*, que serve para ilustrar a tensão natural que se cria entre Legislativo e Judiciário. Na Europa, a ideia de jurisdição constitucional só apareceu na década de 1920. Destacamos a origem e as bases do sistema concentrado de controle de constitucionalidade, a criação dos Tribunais Constitucionais, movimento esse oriundo da Europa na década de 1920, em especial com a promulgação da Constituição Federal austríaca de 1920 redigida pelo mestre da "escola jurídica de Viena", Hans Kelsen, que acabou por influenciar a criação de tribunais constitucionais na ex-Tchecoslováquia e na Espanha Franquista. Posteriormente, esse movimento acabou por influenciar uma segunda onda de criação de Tribunais Constitucionais na Alemanha, Turquia e Iugoslávia (no pós 1945), bem como na

França. A partir disso, outros países seguiram o modelo criando seus próprios Tribunais Constitucionais: Portugal (1976), Espanha (1978), Bélgica (1983), Polônia (1985), Hungria (1989), Romênia e Bulgária (1991), Albânia e Rep. Tcheca (1992), Lituânia (1993), Eslovênia (1994), Rússia (1995) e Armênia (1996). Foi tratada, também, a composição dos juízes que a Constituição Austríaca regulamentou.

A partir do item 2.2.3 foi tratado o modelo francês de controle de constitucionalidade, em especial o processo que deu origem ao Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), marco legal daquele país e que influenciou na criação de modelos híbridos de controle constitucional. Nesse ponto, contrastamos o modelo francês com o modelo norte-americano e austríaco. Essa hibridização influenciou particularmente os países latino-americanos recém independentes na primeira metade do século XIX. Nessa época, quase todos os países recém independentes adotaram o modelo norte-americano, mas com o decorrer do tempo, em especial a partir do século XX, houve uma influência maior do modelo francês, bem como do modelo austríaco de Hans Kelsen.

A questão da jurisdição constitucional na América Latina foi tratada no capítulo 3. Partindo das bases e fundamentos teóricos do constitucionalismo latino-americano, revisamos a história da justiça constitucional na América Latina para analisar os modelos de Justiça Constitucional, e, ao final, ponderamos se as Cortes Constitucionais estão conseguindo cumprir suas funções principais, quais sejam, a de contrabalancear o poder concentrado no/do governo central, melhorar as condições democráticas de atuação das instituições políticas, e, especialmente, exercer o papel contra majoritário no sentido de garantir os direitos das minorias dentro de determinado tempo e contexto.

No item 3.4, destacou-se o papel que os Tribunais Constitucionais na América Latina, em especial no período de redemocratização que a maioria dos países viveu durante as décadas de 1980 e 1990. Abordamos, ademais, a questão da jurisdição constitucional no contexto brasileiro, dando destaque para a formação histórico-cultural do Brasil e de como o processo de constitucionalidade se deu, desde a independência até a contemporaneidade. A criação do Supremo Tribunal Federal, (1890) ainda durante o Império do Brasil, inspirada na matriz norte-americana de controle de constitucionalidade. A partir daí, fez-se uma análise do papel da corte constitucional sob cada nova Constituição outorgada ou promulgada dali em diante.

No capítulo 4, foi abordado o histórico de formação da justiça constitucional na Bolívia, desde sua independência em 1825 até os impactos da última constituição (2009) nesse processo de controle constitucional. Ao longo da história boliviana, foram aprovadas 19 constituições, evidenciando uma relação complexa com a democracia, marcada por aproximadamente 150 golpes de Estado desde a sua independência. Destacamos, ainda, as quatro fases de controle constitucional na Bolívia: o controle político (1826-1861), o controle jurisdicional difuso (1861-1994), o controle jurisdicional concentrado (1994-2009) e um sistema predominantemente concentrado e plural a partir de 2009, delineado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Plurinacional.

Na segunda parte desta tese, buscou-se compreender o papel da experiência boliviana como proposta para repensar a legitimidade da Justiça Constitucional na América Latina. Além disso, discutimos a organização e do funcionamento do judiciário sob a égide da Constituição de 2009 na Bolívia. A Constituição Boliviana de 2009, aprovada por referendo popular, trouxe mudanças significativas no modelo de Estado, refletindo a influência dos movimentos indígenas e da resistência histórica. A plurinacionalidade, a interculturalidade e o pluralismo jurídico foram conquistas importantes, reconhecendo 36 nações indígenas e promovendo a descolonização. Tal Constituição está assentada sob o conceito do "bem viver" (*suma qamaña*) como princípio axiológico, incorporando valores ético-morais indígenas.

Explanou-se as diversas divisões do poder judiciário boliviano, tais como a Jurisdição Ordinária, Agroambiental e Especializada, bem como a Jurisdição Indígena Originária Campesina, assim como seus respectivos papéis na composição do poder judiciário da Bolívia. Em destaque, abordamos o papel do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, órgão responsável pela justiça constitucional daquele país. Ao abordarmos o papel do TCP, constatamos que o funcionamento deste se dá por várias práticas já existentes no Direito (influência kelseniana, bem como da *judicial review* americana), numa forma híbrida.

No item 5.4, examinamos a mudança no processo de nomeação de juízes, destacando a eleição de autoridades judiciárias por voto popular como uma inovação. Constatamos a insatisfação com os resultados iniciais e as subsequentes modificações na legislação, mantendo a eleição popular, mas alterando o sistema normativo. Ademais, descrevemos o processo de seleção dos juízes para integrar o

Tribunal Constitucional Plurinacional, em especial a composição indígena dos quadros desse tribunal, bem como os entraves desse processo inédito no mundo.

O Capítulo 6 enfrenta a questão da legitimidade da Justiça Constitucional. Analisamos a busca pela legitimidade das instituições sociais e políticas ao longo da história, incluindo o poder judiciário. Nos últimos anos, a legitimidade do poder judicial tem sido questionada, especialmente diante de crises democráticas. A erosão do poder judicial, após a Segunda Guerra Mundial, levou ao surgimento do "constitucionalismo dirigente" e à atuação dos Tribunais Constitucionais. São discutidas teorias explicativas para a expansão global do poder judicial, como as conceitualistas e as funcionalistas. A reflexão sobre a legitimidade da decisão judicial torna-se crucial, com destaque para as diferentes teorias do Direito. Após a Segunda Guerra Mundial, surge o "neo-constitucionalismo", caracterizado por mais ênfase na Constituição do que nas leis e uma atuação mais ampla do poder judicial. A discussão sobre a representação do judiciário em democracias plurais é abordada, com menção à concepção de Robert Alexy sobre a corte constitucional como representante argumentativo da sociedade. A centralidade do judiciário na dinâmica estatal e social destaca a importância de discutir quem integra os tribunais e os critérios de acesso, mantendo viva a reflexão sobre a legitimidade das instituições diante das diversas formas de autoridade e distribuição desigual de poder.

O conceito de legitimidade democrática da justiça constitucional é reconstruído tendo como referencial teórico a sociologia de Max Weber e Pierre Bourdieu. A análise das formas de legitimação está ancorada nos conceitos weberianos de Poder, Dominação e Legitimidade, bem como na abordagem de Bourdieu sobre os fundamentos da dominação social, poder simbólico e legitimação. Max Weber e Pierre Bourdieu elaboram a concepção de que a legitimidade de um determinado desenho institucional está intrinsecamente ligada à crença, aprovação ou reconhecimento efetivo por parte daqueles que se encontram submetidos à autoridade e às regras estabelecidas por essa instituição. Em última análise, a legitimidade de um sistema institucional é essencial para a sua sustentabilidade e eficácia, pois está intrinsecamente ligada à confiança e ao reconhecimento por parte daqueles que a ele estão subordinados.

A partir dos pressupostos teóricos apresentados, analisamos a jurisdição constitucional brasileira desenhada na Constituição de 1988, destacando os progressos alcançados, as reformas implementadas e as propostas legislativas que

influenciam a seleção dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Também examinamos a falta de políticas de inclusão baseadas em gênero e raça e seus impactos na composição das cortes constitucionais. Finalmente, sugerimos algumas medidas visando a reforçar a legitimidade democrática da justiça constitucional.

PRIMEIRA PARTE - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ASPECTOS TEÓRICOS E HISTÓRICOS

2 DOS SISTEMAS CLÁSSICOS À HIBRIDAÇÃO DE MODELOS

O conceito de jurisdição constitucional apresenta-se como de complexa definição já que, em sua própria configuração, abriga dois conteúdos semânticos de difícil precisão: Jurisdição e Constituição. Desde que o Estado suprimiu a possibilidade de composição dos litígios por intermédio da autotutela, os órgãos estatais têm o dever de solucionar as questões consoante o modelo legal estabelecido. Tal prerrogativa não pode ser considerada apenas como um poder, uma vez que o Estado tem a obrigação de compor os conflitos, situação comprometedora da paz social, configurando-se como uma função imprescindível, ligada à própria razão de sua existência. O Estado atua, quando provocado, para solucionar os conflitos de interesses, tendo como escopo político uma resolução justa – atribuição conferida à jurisdição ordinária.

Afora essa (jurisdição ordinária) – de resolução de conflitos de interesse e de administração de interesses socialmente relevantes (jurisdição voluntária) –, revela-se a jurisdição, também, quando exigida a preservação e/ou restauração do Estado Democrático de Direito, sua forma, regime de governo político-constitucional, direitos fundamentais, individuais, coletivos, sociais e todo o rol das chamadas liberdades públicas. E, nesse âmbito, se situa a denominada jurisdição constitucional a qual, entre as diferentes classificações que pode apresentar, volta-se ao cuidado dos conflitos de natureza constitucional.²

A expressão "jurisdição constitucional" aparece na literatura jurídica europeia do período entreguerras (entre o fim da Primeira Guerra Mundial em 1918 e o início da Segunda Guerra Mundial em 1939). Antes, ou não era usada, ou, quando era, isso ocorria de maneira comum, indiferente e sem ligação direta com o que o termo significa expressamente em conteúdo: controle de normas ou supremacia constitucional, qualquer que seja sua natureza. Na verdade, quando três importantes

² Acerca dos diferentes tipos de jurisdição, consultar: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2021; GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020.

trabalhos sobre o tema foram publicados em 1928 (trabalhos de Kelsen,³ Eisenmann⁴ e Mirkine-Guetzevitch⁵), nenhum dos autores tentou conceituar ou especificar tal termo, ou ao menos compará-lo a outros institutos análogos ou semelhantes. Em vez disso, eles o deram como conhecido/manifesto, dispensando maiores esclarecimentos.⁶

Kelsen, no famoso texto apresentado no Quinto Encontro de Professores Alemães de Direito Público realizado em Viena nos dias 23 e 24 de abril de 1928 apresenta ambos os termos "jurisdição constitucional" ou "justiça constitucional", os quais aparecem indistintamente, como sinônimos, tanto que o jurista empregou o termo "jurisdição constitucional" ou "verfassungsgerichtsbarkeit".⁷ Na verdade, o autor não deu muita atenção ao impasse proveniente (do uso) de tal nomeação. Anos depois, quando escreveu em inglês sobre a mesma matéria, usou o conceito que agradava ao mundo saxão – *judicial review*.

Eisenmann,⁸ em sua conhecida Tese de doutorado sobre o Tribunal Constitucional austríaco, prefere usar a nomenclatura "justiça constitucional".⁹ Já Mirkine-Guetzévitch no ensaio sobre tendências internacionais nas novas

³ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição: exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público. *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 119-125.

⁴ EISENMANN, Charles. **Dix ans d'histoire constitutionnelle autrichienne (1918-1928)**: étude suivie de la traduction de la constitution fédérale de 1er octobre 1920. [Paris]: M. Giard, 1928.

⁵ MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. Les tendances internationales des nouvelles constitutions europeennes. **Les Esprit Int'l**, Paris, v. 2, n. 8, p. 531, 1928.

⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. **La jurisdicción constitucional como concepto**. [S. l., s. n.], 1990a. p. 40.

⁷ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. **De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional**. 4. ed. rev. cor. aum. Perú: IIDC, 2003a. p. 39.

⁸ Charles Eisenmann foi discípulo de Kelsen, responsável pela tradução do texto deste último para o francês e sua divulgação naquele mundo acadêmico. O texto francês, como se sabe por intermédio de comparação efetuada pelos estudiosos, é praticamente igual ao alemão, com a vantagem de o primeiro ter um título – visto que o texto alemão não o possui –, também por neste (texto francês) ter sido incluída uma introdução explicativa, alguns acréscimos, outrossim por apresentar uma melhor distribuição de seus parágrafos com os títulos correspondentes, o que o tornou eleito/preferido para estudos/análises futuras. A versão francesa de Eisenmann foi publicada no mesmo ano (1928), na prestigiosa *Revue du Droit Public et de la Science Politique*. Como se não bastasse, incorporou-se ao recém-fundado "Institut International of Droit Public". Kelsen viajou a Paris e participou da sessão do Instituto, datada de 20 de outubro de 1928, com a presença de Mirkine-Guetzévicht, Gastón Jèze (presidente do Instituto), Gascón e Marín, Léon Duguit, Barthélemy, entre outros.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Nota preliminar. *In*: KELSEN, Hans. **Sobre la jurisdicción constitucional**. Liminar de Luis Cervantes Liñan. 1. ed. Lince, Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2017. p. 39-40. Adaptado.

⁹ EISENMANN, *op. cit.*, *passim*.

constituições europeias, que tem como prólogo um pequeno texto de Kelsen, se utiliza, de forma preferencial, do termo “jurisdição constitucional”.¹⁰

O primeiro problema que se coloca, é, qual nomenclatura deve ser utilizada - "justiça constitucional" ou "jurisdição constitucional", uma vez que os próprios fundadores da disciplina usam esses termos indistintamente, de forma que, tanto nos autores mencionados assim como em outros (autores) do pós-guerra, havia consciência dessa sinonímia.¹¹

Contudo, parece claro que o termo "justiça" tem, para estes autores, e certamente também para Kelsen, o significado de "justiça judicial", "justiça pelos tribunais" ou "justiça segundo a lei escrita e legislada" – ou seja, justiça real, concreta, efetivada por intermédio dos tribunais e sistemas jurídicos positivos. Em nenhum momento se pensou que o termo "justiça" aí mencionado tivesse qualquer relação com a "justiça" no sentido axiológico, estimativo, avaliativo ou filosófico, especialmente quando se fala de um autor positivista como Kelsen. Nesse sentido, a sinonímia é perfeita e claramente compreensível.¹²

Apesar disso, oportuno mencionar que alguns autores estabeleceram diferenças entre os termos *jurisdição constitucional* e *justiça constitucional*, como é o caso de Fix-Zamudio, o qual apontou distinções de ordem axiológica e técnicas entre as duas terminologias. Para o autor, em sentido estrito, *jurisdição constitucional* compreende o estudo da atividade de verdadeiros tribunais, formal e materialmente considerados, que conheçam e resolvam as controvérsias de natureza constitucional de maneira específica; significa dizer que os citados tribunais são especializados nas decisões dos conflitos de caráter constitucional. De outro

¹⁰ MIRKINE-GUETZÉVITCH. Boris. Les tendances internationales des nouvelles constitutions europeennes. **Les Esprit Int'l**, Paris, v. 2, n. 8, 1928. *passim*.

¹¹ Cappelletti, a título de exemplificação, se utilizou dessa sinonímia quando escrevia acerca disso em italiano, usava *giurisdizione costituzionale*; quando o fez em francês, referiu-se a *justice constitutionnelle*; e, em inglês, usou *judicial review*. Cappelletti, como Kelsen, não dá muita atenção ao fato da nomeação, mas ao conteúdo, especificamente no que se refere a seu alcance e modalidades. Carl Schmitt, no clássico ensaio *Der Hüter der Verfassung* (O guardião da constituição), em um outro exemplo, utilizou o termo “Defesa da Constituição”.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional: 1940-1965**. 1. ed. Ciudad de México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1968. p. 12-13.

¹² GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Sobre la jurisdicción constitucional. *In*: QUIROGA LEON, Aníbal (comp.). **Sobre la jurisdicción constitucional**. Peru: Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP: Fondo, 1990b. p. 48. Disponível em: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11104?show=full>. Acesso em: 02 fev. 2022.

lado, entende-se que havia *justiça constitucional* quando os órgãos ou tribunais comuns se dedicavam a resolver problemas constitucionais.¹³

Essa tese, apesar de sua importância, vem perdendo força, e o próprio Fix-Zamudio posteriormente a abandonou, uma vez que o que realmente importa é quem decide sobre as questões constitucionais e quais são os efeitos daí provindos, independentemente de se tratar de uma Corte Suprema (como é o caso do Estados Unidos) ou de um tribunal constitucional.

Além do aspecto formal-orgânico (jurisdição-função), a jurisdição pode ser também conceituada ponderando-se seu sentido material, da função em si mesma considerada. A jurisdição-função, então, dentro de suas atribuições, pode ser exercida tanto de forma concentrada quanto difusa por tribunais especializados ou ordinários.¹⁴

A conciliação dos critérios formais e materiais pode ser alcançada com a identificação da jurisdição constitucional com uma garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior – integrante ou não da estrutura do Judiciário comum – e de processos jurisdicionais orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais¹⁵ de controle da “[...] atividade do poder do ponto de vista da constituição [...]”,¹⁶ com destaque para a proteção e a realização de direitos fundamentais. A referência a um “órgão jurisdicional” (conceito formal-orgânico) e a “processos jurisdicionais” (jurisdição-função) atrai os elementos conceituais de jurisdição.¹⁷

Por último, faz-se importante mencionar, a jurisdição constitucional não pode ser confundida com *controle de constitucionalidade*. Aquela é gênero enquanto essa é espécie, uma vez que é apenas uma das diversas manifestações da justiça constitucional. Cappelletti, acerca disso, assevera que:

O controle de constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou justiça constitucional, a *Verfassungsgerichtsbarkeit* dos alemães. Ele, ao contrário, não

¹³ Acerca disso, consultar: FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional**: 1940-1965. 1. ed. Ciudad de México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1968.

¹⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 24.

¹⁵ *Ibid.*, p. 23.

¹⁶ RUBIO LLORENTE, Francisco. Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa. *In*: RUBIO LLORENTE, Francisco; JIMÉNEZ CAMPO, Javier. **Estudios sobre jurisdicción constitucional**. Madrid: McGraw-Hill, 1998. p. 156.

¹⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 99.

representa senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada 'justiça constitucional', não obstante um dos aspectos mais importantes¹⁸.

Em regra, a jurisdição constitucional é uma instância distinta, especializada e isenta da jurisdição ordinária. Bonavides esclarece que o conceito de jurisdição constitucional, em uma versão contemporânea, necessita de “[...] uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais”.¹⁹ E, em se tratando de sociedades pluralistas e complexas, regidas por um princípio democrático e jurídico de limitações do poder, essa instância há de ser, sobretudo, moderadora de tais conflitos.²⁰

O matiz da jurisdição constitucional é, pois, a defesa da Constituição e o controle da constitucionalidade das normas frente a ela. Para isso, variando de sistema para sistema, há uma definição de método eficiente, hábil e capaz de instrumentalizar a atividade da função – trata-se do processo constitucional.

Nesse sentido, Canotilho acentua que a justiça constitucional:

[...] consiste em decidir vinculativamente, num processo jurisdicional, o que é o direito, tomado como parâmetro material a Constituição ou o bloco de legalidade reforçada, conforme se trate de fiscalização da constitucionalidade ou fiscalização da legalidade. Como em qualquer jurisdição, trata-se de obter a medida do reto e do justo de acordo com uma norma jurídica.²¹

Assim, entende-se que a ideia de um Tribunal Constitucional não pode ser separada do seu *modus operandi*. Este é sistematizado no âmbito do Direito Processual Constitucional, assim, é construído por um conjunto de normas que disciplinam a tutela jurisdicional específica da supremacia de uma Constituição. A Justiça Constitucional designa, de tal forma, a própria atividade e o órgão de proteção e aplicação da Constituição em todas as suas dimensões. Dessas funções, se sobressaem: o controle de constitucionalidade dos atos normativos em geral (difuso ou concentrado) e a resolução dos conflitos (atritos constitucionais) entre os

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 23-24.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 128, ago. 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/262448119_Jurisdiacao_constitucional_e_legitimidade_algumas_observacoes_sobre_o_Brasil. Acesso em: 4 maio 2014.

²⁰ *Ibid.*, p. 128.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 859.

“poderes” (função arbitral da Justiça Constitucional).²² Não se trata, contudo, de um Tribunal Constitucional como “[...] mero defensor da Constituição ‘seca’, numa postura de pseudo-neutralidade (sic), mas como um de seus principais agentes implementadores, em toda extensão de sua materialidade”.²³

Para fins desta pesquisa, adotou-se a expressão *jurisdição constitucional* no sentido formal-orgânico para referir-se, especificamente, aos modelos de organização e funcionamento de tribunais, formal e materialmente considerados, legitimados para conhecer e resolver as controvérsias de natureza constitucional.

2.1 Origem da jurisdição constitucional

A jurisdição constitucional, na forma como se apresenta contemporaneamente, está intimamente ligada à criação do conceito de norma fundamental ou lei fundamental, conceito este que tem sua origem desde o período clássico, percebendo-se, já na época de Atenas e também na Grécia, a existência de uma divisão entre lei superior (*nómos*) e lei inferior (*pséfisma*), havendo ainda uma distinção entre os órgãos e poderes que cuidariam de avaliar cada caso e do respeito à hierarquia dessas leis.²⁴

Sampaio aponta três versões que marcaram a história em relação ao controle (das leis) realizado pelos juízes: (I) relativo a Sir. Edward Coke na primeira metade do século XVII; (II) relativo aos *Parlements franceses*, espécie de tribunais superiores da virada do século XVII para o XVIII que efetuavam o exame dos éditos e leis reais (*Lois du Roi*) em relação às leis fundamentais do reino (*Lois fondamentales du Royaume*); e, por fim, (III) relativo ao *Privy Council*²⁵ (Conselho Privado) do rei que, no século XVIII, declarava ou não a legitimidade e eficácia das

²² TAVARES, André Ramos. Processo "objetivo" como processo aberto ao concreto. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 73-74.

²³ *Ibid.*, p. 75.

²⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 24.

²⁵ O *Privy Council* do rei, ao longo do século XVIII, tratava-se de declarar ou não a legitimidade e eficácia das leis promulgadas pelas colônias inglesas na América (*Plantation*), de acordo com as leis do Reino – leia-se do Parlamento de Westminster. Além desse controle, um outro se fazia: o da compatibilidade das leis aprovadas pelos colonos com as disposições das Cartas Coloniais que haviam sido outorgadas pela Coroa Britânica. Há registros de que, entre 1696 e 1782, o *Privy Council* anulou mais de 600 leis coloniais, tanto em face de controle abstrato (*legislative review*) quanto de controle concreto (*judicial review*) – Mais informações em: *Ibid.*, p. 28; CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 61.

leis promulgadas pelas colônias inglesas na América (*Plantation*) de acordo com as leis do reino.²⁶

A origem da jurisdição constitucional se relaciona diretamente com a criação das diferentes formas de controle de constitucionalidade e da ideia da supremacia da Constituição, mas não coincide, pelo menos nas democracias da Europa Ocidental, com o início do constitucionalismo. Nos Estados Unidos, o instituto do *judicial review* é considerado como algo inerente à própria Constituição;²⁷ já na Europa, a ideia de jurisdição constitucional só apareceu na década de 1920. Os Europeus aprenderam sobre o modelo americano de controle constitucional, mas não o seguiram. Como advertiu Fisher, no final do século passado, nenhuma outra característica do sistema de governo americano "[...] despertou tanta curiosidade na mente europeia, causou tanta discussão, recebeu tanta admiração, assim como foi tão frequentemente mal interpretado do que o do *judicial review*"²⁸ (grifo do autor).

Muitas são as razões apresentadas para justificar a rejeição europeia do modelo de controle de constitucionalidade adotado pelos norte-americanos, as quais derivam das condições que apresentavam as diferentes sociedades no momento de suas respectivas (r)evoluções e reformas.

No momento em que os Estados Unidos emergiram como nação, o fizeram como uma república democrática, o que significa que os chefes dos principais ramos do governo foram eleitos por voto popular. Na Europa, o que existia eram monarquias, sendo a maioria delas de caráter absoluto e quase sempre autoritário.²⁹

O sistema jurídico norte-americano principiou-se e se desenvolveu a partir da atuação dos juízes; enquanto na Europa, pelo contrário, os juízes eram malvistos, geralmente fiéis e servos obsequiosos do poder. Isso possibilitou a tese de que os juízes eram meros aplicadores da lei e, precisamente por isso, "a libertação" deveria

²⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 27-28. Adaptado.

²⁷ HUGHES, Charles Evans. **La suprema corte de los Estados Unidos**. 2. ed. corr. aum. Traducción de Vicente Herrero y Roberto Molina Pasquel. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 7.

²⁸ FISHER, James Bryce. **The american commonwealth**. New York: Macmillan, 1914. p. 183. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/0004-01_eBk.pdf. Acesso em: 02 fev. 2022.

²⁹ Lembrando que na Inglaterra, desde o final da Idade Média, o poder real encontrava-se limitado por determinados costumes e pactos estamentais, entre os quais o mais conhecido é a Carta Magna de 1215. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001. p. 51-520.

ser tarefa dos legisladores, dos parlamentos, como órgãos representativos do povo.³⁰

Enquanto na América os indivíduos eram protegidos por uma lei superior às elaboradas pelo Congresso; na Europa, mediante influência da *volonté générale* idealizada por Rousseau,³¹ os cidadãos deviam ser salvaguardados pelas leis elaboradas pelo Parlamento; não se desconfiava do legislador, mas do juiz³² – uma consequência de sua posição como servo do príncipe em um Estado absolutista.

Assim, havia na Europa uma preocupação não apenas no sentido de controlar o juiz, em razão de sua anterior sujeição ao soberano, mas também de *prendê-lo* – aqui, no sentido de limitar sua atuação – como um escravo da letra da lei. A partir de tais concepções, surgiria a Escola da Exegese, como

[...] uma corrente do pensamento jurídico francês nascida nos começos do século XIX, que tinha como característica o entendimento do Direito como conjunto de textos legais sistematizados nos códigos e a submissão a uma estrita hermenêutica exegética, dogmática, lógico-analítica e dedutiva.³³

Sobre o positivismo exegético, Streck aponta que, na perspectiva do Direito, a “[...] mensurabilidade positivista será encontrada no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos”,³⁴ de forma que a sacralização da lei, na tradição europeia, é apontada como uma primeira razão para o fracasso da adoção do modelo estadunidense.

Uma segunda razão, segundo Cappelletti, seria a incapacidade do juiz ordinário de exercer a justiça constitucional. Segundo o autor, os juízes da Europa eram geralmente magistrados de carreira, pouco aptos a assumir um trabalho de controle das leis, o qual é inevitavelmente criativo e que vai muito além das funções tradicionais de intérpretes e servidores das leis (ação inerente àqueles magistrados). A própria interpretação das normas constitucionais e, especialmente, do núcleo

³⁰ DIETZE, Gottfried. America and Europe: decline and emergence of judicial review. **Virginia Law Review**, [Virgínia, USA], v. 44, n. 8, p. 1241, Dec. 1958. DOI: <https://doi.org/10.2307/1070910>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1070910>. Acesso em: 02 fev. 2021.

³¹ Consultar mais dados em: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

³² De forma mais aprofundada, consultar a seguinte obra: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

³³ NEVES, Antônio Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2, p. 181.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos-NEJ**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 160, jan./abr. 2010.

central destas – que é a declaração dos direitos fundamentais – é normalmente muito diferente da interpretação das leis ordinárias; ela não se coaduna, consoante Cappelletti, com a tradicional fraqueza e timidez do juiz do modelo continental.³⁵

A doutrina constitucional europeia, especialmente a francesa e a alemã, levantou o tema (acerca da rejeição europeia do modelo de controle de constitucionalidade adotado pelos norte-americanos) no final da Grande Guerra, coincidindo com a queda do Império Austro-Húngaro e o nascimento de novos países, entre os quais a Áustria. A Constituição da República Federal da Áustria, de 1º de outubro de 1920, irá projetar um novo sistema de controle de constitucionalidade que será diferente do modelo americano, não apenas na atribuição a um órgão *ad hoc* - o Tribunal Constitucional – com atribuição de controle de constitucionalidade das normas gerais, mas em um conjunto de características de relevância indiscutível que tem muito a ver com a natureza peculiar do “legislador negativo” que Kelsen atribuirá ao Tribunal Constitucional.³⁶

Nesse momento, na Europa, são criados os primeiros Tribunais Constitucionais, mais especificamente, nas Constituições da Áustria e da Tchecoslováquia (1920), e em seguida, no Tribunal Espanhol de Garantias Constitucionais em 1931.³⁷

Por certo, a criação desses Tribunais Constitucionais era algo novo, mas não despertou um seguimento imediato. Além disso, eles não tiveram, pode-se dizer, uma boa sorte, um bom êxito. O Tribunal Constitucional austríaco funcionou regularmente até 1930, e com dificuldade até 1933, quando sofreu intervenção e foi desativado. A corte da Tchecoslováquia quase não funcionou: proferiu uma única sentença, ficou paralisada em 1931, e *morreu* de forma inane em 1938. E o Tribunal espanhol, instalado em 1933, extinguiu-se em 1936 devido à guerra civil. Desses três Tribunais, o único que ressurgiu após o fim da Segunda Guerra Mundial foi o austríaco, o qual retomou sua Constituição de 1920 e suas instituições democráticas e, desde então, está em funcionamento (tradução nossa)³⁸ – daí sua importância não só teórica, mas também histórica, que os demais não têm.

García Belaunde, acerca disso, ainda aponta o seguinte:

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 85.

³⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. **De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional**. 4. ed. rev. cor. aum. Perú: IIDC, 2003a. p. 31-32. Adaptado.

³⁷ *Ibid.*, p. 32.

³⁸ *Ibid.*, p. 33.

Por el contrario, el español republicano y el checoslovaco murieron definitivamente en sus respectivas versiones. La Constitución española de 1978, monárquica y parlamentaria, creó un nuevo Tribunal Constitucional que funciona ejemplarmente desde entonces. Checoslovaquia, invadida por las tropas stalinistas a fines de la guerra, se convirtió en democracia popular y adoptó, en 1968, un Tribunal Constitucional bastante discreto, que se movía dentro de la legalidad socialista, hasta que finalmente el país en cuanto tal, desapareció, dando nacimiento, en 1991 y tras el derrumbe de la antigua Unión Soviética, a la República Checa y a la República Eslovaca, ambas con un Tribunal Constitucional desde 1992 [...]. Pero esta experiencia del periodo de entreguerras, aun cuando fallida, iba a ser definitiva para la aparición del debate doctrinario entre los mejores teóricos del Derecho público de esa época (Kelsen, Schmitt, Duguit, Carré de Malberg, etc.) La que iba a renacer posteriormente, haciendo posible el surgimiento de los tribunales constitucionales después de 1945, con una fuerte onda expansiva dentro del continente europeo, primero, y luego en otros ámbitos geográficos.³⁹

O primeiro período do pós-guerra marcará uma virada radical nas posições constitucionais europeias em torno do instituto do *judicial review*. O constitucionalismo do segundo pós-guerra ofereceu uma verdadeira emergência dos institutos e órgãos de controle de constitucionalidade das leis, o qual passaria por uma mudança profunda de perspectiva após as terríveis lições aprendidas diante dos abusos cometidos pelos regimes nazista e fascista.

Assim, na Europa, a gestão, criação e posterior consolidação do primeiro Tribunal Constitucional ocorreu na Áustria (como mencionado anteriormente), e a doutrina o reconheceu pacificamente, razão pela qual é denominado como: modelo austríaco (pelo país que o adotou e desenvolveu de forma serial, ininterrupta e sistemática), modelo europeu (pelo continente que o fez seu, o desenvolveu e o impulsionou) ou modelo Kelseniano (em homenagem ao teórico da instituição).⁴⁰

2.2 Modelos e sistemas de justiça constitucional

Muitos foram os modelos e sistemas de justiça constitucional propostos pela doutrina constitucional comparada, desde os mais simples e lineares, os quais se reduzem a contrastar os chamados modelos abstratos com os concretos, àqueles

³⁹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. **De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional**. 4. ed. rev. cor. aum. Perú: IIDC, 2003a. p. 32-33). Ainda sobre isso, consultar a seguinte obra: VERDUSSEN, Marc. **La justice constitutionnelle en Europe Centrale**. Bruxelles: [s. n.], 1997. p. 157-228.

⁴⁰ GARCÍA BELAUNDE, *op. cit.*, p. 32.

mais complexos que, considerando a ampla evolução do controle de constitucionalidade, propõem soluções relacionadas com a fase de controle, a estrutura dos Tribunais, o tipo de funções exercidas, o parâmetro e o objeto de controle, bem como a eficácia da sentença. Tais modelos foram propostos por renomados estudiosos de culturas jurídicas diferentes. Podem ser citadas, por exemplo, as obras de Calamandrei,⁴¹ Cappelletti,⁴² García Belaunde,⁴³ Pegoraro,⁴⁴ Ruggeri e Spadaro,⁴⁵ Harutyunyan e Mavèiè,⁴⁶ Marcic,⁴⁷ Reinaldo Vanossi,⁴⁸ Pedro Sagüés,⁴⁹ Brewer-Carías,⁵⁰ Nogueira,⁵¹ Von Brünneck,⁵² Favoreu⁵³ e Pasquino⁵⁴.

García Belaunde afirma que foi Calamandrei, numa monografia dos anos 1950, que formulou uma classificação de controle jurisdicional de constitucionalidade, a qual se tornou um clássico e que mais tarde foi desenvolvida por Fix-Zamudio e Cappelletti via contemplação de dois sistemas: um "judicial" e outro "autônomo". O primeiro corresponde a um caráter difuso, incidental, especial e declarativo; enquanto o segundo é definido por sua natureza concentrada, principal,

⁴¹ CALAMANDREI Piero. **La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile**. Recensione di: Enzo Collotti. Padova, IT: Cedam, 1950.

⁴² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984.

⁴³ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. **De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional**. 4. ed. rev. cor. aum. Perú: IIDC, 2003a.

⁴⁴ PEGORARO, Lucio. **Giustizia costituzionale comparata: dai modelli ai sistemi**. Torino, IT: G. Giappichelli, 2015.

⁴⁵ RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. **Lineamenti di giustizia costituzionale**. Torino, IT: Giappichelli, 2009.

⁴⁶ HARUTYUNYAN Gegham; MAVÈIÈ Arne. **The constitutional review and its development in the modern world: a comparative constitutional analysis**. Erevan, Lubiana: Hayagitak, 1999.

⁴⁷ MARCIC, Rene. **Verfassung und Verfassungsgericht**. Wien, Áustria: Springer-Verlag, 1963.

⁴⁸ REINALDO VANOSSO, Jorge. **Teoría constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 2000. v. 2.

⁴⁹ PEDRO SAGÜÉS, Néstor. **Derecho procesal constitucional**. 4. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Astrea, 2002.

⁵⁰ BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. **Instituciones políticas y constitucionales**. Caracas, San Cristóbal: Editorial Jurídica Venezolana, 1996. t. 6: Justicia constitucional.

⁵¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **La jurisdicción constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI**. México: Porrúa, 2004.

⁵² BRÜNNECK, Alexander von. Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales. **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**, [S. l.], v. 4, p. 15-49, 1988.

⁵³ Para Favoreu, a composição das cortes constitucionais no modelo europeu é basicamente a mesma em todos os Estados. O integrante da Corte Constitucional, uma vez indicado, permanece na Corte por tempo determinado. A justificativa apresentada pelos ordenamentos jurídicos europeus para a escolha política dos membros do Tribunal Constitucional é a garantia de legitimidade de seus membros, uma vez que não são eleitos pelo voto popular. A designação política de membros do Tribunal Constitucional assume contornos de eleição indireta, pois a designação é efetuada por quem foi legitimado democraticamente (Parlamento, chefe do Estado), ensejando a composição plural do Tribunal Constitucional com as correntes políticas mais importantes do contexto político, sem vinculação estrita ou subordinação.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. p. 12-13.

⁵⁴ PASQUINO, Pasquale. Tipologia della giustizia costituzionale in Europa. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, n. 2, p. 359-369, 2002.

especial e constitutiva.⁵⁵ Essas características correspondem, respectivamente, aos chamados sistemas ou modelos *difusos* ou *americanos* e *concentrados* ou *européus*.

Cappelletti, por sua vez, rejeitou qualquer padrão geográfico e classificou os modelos de jurisdição constitucional em *políticos* e *judiciais*. Analisou esses modelos a partir de três perspectivas: estrutural, referente ao controle da lei; processual, acerca do acesso aos tribunais; e também com relação aos efeitos da sentença.⁵⁶

O ponto de partida clássico para análise dos modelos de justiça constitucional comparada adota como critérios os sistemas de controle de constitucionalidade em paralelo com a existência de três modelos originais (ou clássicos) de jurisdição constitucional ou de justiça constitucional em relação ao controle de constitucionalidade das leis. Estes são os chamados sistemas *americano* ou *difuso*, *européu* ou *concentrado* e *político*.⁵⁷

Em seu estudo sobre as Cortes Constitucionais, Favoreu analisa a organização da justiça constitucional em diversos países sob a perspectiva do *modelo europeu* de justiça constitucional *concentrada*. São características comuns desse modelo: o contexto institucional e jurídico particular com dualidade de jurisdições (contencioso administrativo e contencioso ordinário); a especialização do contencioso constitucional em órgão autônomo, fora da instância judicial, responsável pelo monopólio no exercício da justiça constitucional; a indicação política dos membros desses tribunais – que nem sempre serão juízes de carreira; e a concentração da competência para realizar o controle de constitucionalidade com

⁵⁵ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo. *Advocatus*, Lima, n. 1, p. 66. 1998.

⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984. *passim*. Nas palavras de Streck: “Com efeito, Cappelletti, em 1968, classificou os modelos constitucionais, dividindo-os em políticos e judiciais. Analisou-os sob três perspectivas: estrutural, relacionado ao controle da lei; processual, sobre o acesso aos tribunais; e sobre os efeitos da sentença. [...] O trabalho apresentou as três metodologias utilizadas: os modelos austríaco, americano e o francês, sendo este último não mais exclusivamente com o controle preventivo. Estabeleceu as dicotomias entre o modelo americano e o austríaco, o primeiro com o controle difuso, incidental, sentenças declarativas, e o segundo com o controle concentrado, incidental (após a reforma constitucional de 1975), direto e sentenças constitutivas”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 59.

⁵⁷ PEGORARO, Lucio. La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 6, p. 394, 2002.

eficácia *erga omnes*,⁵⁸ seja por via principal (por ação direta), seja por via incidental (por meio de recurso da parte ou mediante remessas de autos).⁵⁹

Contra-pondo-se a esse modelo (europeu), situa-se o *modelo estadunidense* de justiça constitucional *difusa*, cujas características gerais podem ser reunidas por intermédio dos seguintes traços: exercício da jurisdição constitucional por meio da justiça ordinária; possível presença da questão constitucional em qualquer litígio; ausência de contencioso constitucional – o que se deve em parte à unidade da jurisdição norte-americana, na qual não existe diferença entre tribunais administrativos e tribunais judiciários; e eficácia *inter partes* das decisões.⁶⁰

Por último, para completar o trio das tipologias clássicas, há ainda o *modelo francês* (o modelo político) de procedimentalização da constitucionalidade, oposto ao modelo americano, com peculiaridades que afetaram “[...] a composição do Tribunal, o método de acesso e, sobretudo, o caráter preventivo do controle, cuja ‘jurisdicionalização’ tem sido mais pronunciada do que no passado”.⁶¹ Isso porque o modelo francês, na sua gênese, exclui a concepção de um procedimento propriamente “jurisdicional” de controle de constitucionalidade das leis, para, diversamente, desenvolver um (controle) de caráter puramente “político”, seguindo a tradição histórico-constitucional de não consignar tal controle a um órgão de natureza judiciária.^{62,63}

Nos três modelos clássicos, a despeito dos pressupostos histórico-político e ideológico em relação aos Poderes Judiciário e Legislativo, os quais são

⁵⁸ “[...] esta característica é, depois, em boa parte, eliminada nos Estados Unidos (especialmente quando se trata de controle exercido pela *Supreme Court*), por força do princípio do *stare decisis*”. (grifo do autor). CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 118.

⁵⁹ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. *passim*.

⁶⁰ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 118-119.

⁶¹ PEGORARO, Lucio. La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 6, p. 394, 2002.

⁶² De forma mais aprofundada acerca disso, consultar: CAPPELLETTI, *op. cit.*

⁶³ Somente em 2008 ocorre, de fato, a introdução do controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos normativos com força de lei no sistema constitucional francês. (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FINGER, Brunize Altamiranda. A justiça constitucional francesa e a questão prioritária de constitucionalidade: uma reforma que virou revolução constitucional. **Direito Público**, Brasília, DF, v. 13, n. 72, 2016). Introduzida com a reforma constitucional de 2008, a *questio prioritaire de constitutioalite* (QPC) inaugurou uma nova era no direito constitucional francês. Com a entrada em vigor da lei orgânica que a regulamentou, consolidou-se a possibilidade de um jurisdicionado, no curso de um litígio, questionar a constitucionalidade da lei que lhe seria aplicável, podendo levar a discussão até o Conselho Constitucional. (ROUSSEAU, Dominique. **Viva a QPC! Viva o quê?** Belo Horizonte: Fórum, 2018.). Trata-se de uma versão revista e atualizada pelo autor de artigo originalmente publicado como ROUSSEAU, Dominique. Le procès constitutionnel. **Pouvoirs**, Paris, n. 137, p. 47-55, abril 2011. La Question prioritaire de constitutionnalité.

responsáveis pelas divergências estruturais entre eles, é marcante a forma procedimental com que a Justiça Constitucional exercita a decisão acerca da constitucionalidade.

Quando o controle de constitucionalidade, no direito comparado, consistia em um fenômeno circunscrito a algumas ordens, não era difícil justapor os três modelos paradigmáticos de controle. Não obstante, após a expansão intensa do constitucionalismo e da forma de Estado democrático liberal, as formas de justiça constitucional tornaram-se mais complexas, de maneira que as velhas tipologias necessitaram de uma nova sistematização, a fim de criar modelos dotados de prescritividade.⁶⁴

De fato, a mistura ou hibridação dos modelos (americano e austríaco) provocou maior complexidade e heterogeneidade dos procedimentos da Justiça Constitucional, cuja redução passa pela estruturação analítica das novas tipologias, capazes de captar integralmente os procedimentos considerados em todas as suas variáveis e características estruturais, de sorte que não são identificadas como mera derivação fiel ou reprodução dos sistemas clássicos.

Dessa forma, não faltam construções doutrinárias que indiquem ou a contenção ou a superação dessa força paradigmática, visto que, de todos os sistemas concretamente existentes, nenhum responde fielmente aos modelos clássicos. Em um estudo denominado *Para acabar con los modelos de jurisdicción constitucional*, Tusseau, nessa perspectiva, traz a ideia de uma modelagem desenvolvida pela doutrina sobre a circulação/recepção dos modelos clássicos de Justiça Constitucional.⁶⁵

Contudo, considerando-se a importância histórica, optou-se aqui pela apresentação das características fundamentais dos sistemas clássicos (americano, continental europeu e francês), com o objetivo de conferir maior sistematização à análise dos modelos de Jurisdição Constitucional, para depois enfrentar a expansão da justiça constitucional, sua recepção e hibridação.

⁶⁴ Para um melhor aprofundamento, consultar: PEGORARO, Lucio. La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 6, p. 393-416, 2002.

⁶⁵ TUSSEAU, Guillaume. **Para acabar con los modelos de jurisdicción constitucional**: un ensayo de crítica. Traducción de Teresa García Berrio. México, Porrúa: IMDPC, 2011.

2.2.1 Modelo americano de jurisdição constitucional

A importância da Constituição norte-americana de 1787 é, sem dúvida, importante não só para a história dos Estados Unidos, mas também internacionalmente. Nesse sentido, por exemplo, não se deve olvidar de que boa parte das Constituições adotadas na América Latina, desde o século XIX, seguiram muito de perto a pioneira Constituição norte-americana.

Nas palavras de Gargarella:

Nos Estados Unidos, a Constituição pareceu servir, antes de mais nada, para escapar das grandes ameaças que todos diziam temer durante o chamado 'período crítico da história norte-americana' [...]: a ameaça da anarquia [...] e a ameaça da tirania.⁶⁶

Na primeira fase do direito norte-americano (de 1800 até a Guerra Civil), vigorava o constitucionalismo inglês – daí surgiu a primeira questão: deveria o direito inglês continuar a ser aplicado?⁶⁷ Os colonos ingleses trouxeram a tradição da *British Constitution*, mas não tinham um monarca para limitar ou derrubar. Ainda assim, como os franceses, precisaram romper com a ordem política anterior para instaurar a sua própria. Esse desejo de autodeterminação – com ruptura, porém mais branda que a francesa – caracteriza, nesse pensar, o constitucionalismo norte-americano.

Naqueles anos, o estabelecimento de uma Constituição capaz de organizar a vida constitucional do novo país surgiu como uma promessa certa de salvação. Liberais, radicais, conservadores, todos pareciam desejar a Constituição. No entanto, nem todos pretendiam estabelecer uma mesma Constituição. Isso explica o fato de nem todos, à época, conferirem seu consentimento diante da Constituição elaborada pela Convenção Federal de 1787. E aqueles que, ao finalizar a Convenção, a aprovaram - foram definitivamente nomeados como *federalistas*, enquanto os que se negaram a respaldar o novo texto foram chamados de *antifederalistas*.⁶⁸

A obra *The Federalist Papers*, de Hamilton, Madison e Jay, reúnem artigos que foram publicados em jornais de Nova Iorque entre 1787 e 1788, orientados a convencer a cidadania nova-iorquina da necessidade de ratificar a Constituição – a

⁶⁶ GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição: o legado federalista dois séculos depois. In: ALBERTO BORON, Atílio (org.). **Filosofia política moderna**: de Hobbes a Marx. Traducciones de Celina Lagrutta. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO); San Pablo: Depto. de Ciência Política - FFLCH, 2006. p. 170.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 24.

⁶⁸ De forma mais aprofundada, consultar: GARGARELLA, *op. cit.*, p. 169-174.

recém-promulgada Constituição Federal dos Estados Unidos. Posteriormente, os artigos foram reunidos em um livro publicado com o título *O Federalista*, tornando-se, desde sua primeira edição, uma importante obra no que se refere ao pensamento constitucional dos Estados Unidos.⁶⁹

Os escritos de *O Federalista* não só resultaram bem-sucedidos quanto ao seu propósito mais imediato – gerar respaldo a favor da Constituição –, mas também atravessaram, ao longo do tempo, toda a história da teoria política e constitucional, e continuam representando, na conjuntura atual, um material de consulta indispensável para aqueles que estão preocupados com questões relativas ao desenho institucional.⁷⁰

São de autoria (na obra *O Federalista*) de Hamilton, Madison e Jay os seis capítulos – 78 a 83 – dedicados ao Poder Judiciário. Neles, o autor defende a independência desse Poder, argumenta em favor de garantias para os magistrados e aprofunda o conceito então incipiente sobre o funcionamento do Judiciário e a escolha de seus membros. O texto se tornou referência na defesa da independência e do *judicial review*. Dentre os argumentos esgrimidos por Hamilton, Madison e Jay, interessa aos propósitos do presente capítulo os três pontos que, para ele, se apresentavam como cruciais ao Judiciário: a) o modo de escolha dos juízes; b) a extensão temporal do mandato; e, c) a divisão das competências entre os órgãos judiciais (Adaptado).⁷¹

Com relação ao *modo de escolha dos juízes*, o autor remete o leitor aos dois capítulos anteriores (capítulos 76 e 77), nos quais defendeu a nomeação de servidores públicos, por ato do Presidente da República, com a supervisão do Senado: “O Presidente, com o consentimento e parecer do Senado, deve nomear os embaixadores e ministros plenipotenciários, os cônsules, os juízes dos tribunais superiores [...]”, e reitera, por sua vez, as vantagens desse sistema, exaltando o controle recíproco como um “bem” sem qualquer mal.⁷²

Sobre a *estabilidade assegurada ao cargo de juiz*, defendeu que, em conformidade com o plano da Convenção, todos os juízes nomeados pelos Estados

⁶⁹ De forma mais aprofundada, consultar: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

⁷⁰ GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição: o legado federalista dois séculos depois. In: ALBERTO BORON, Atílio (org.). **Filosofia política moderna**: de Hobbes a Marx. Traducciones de Celina Lagrutta. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO); San Pablo: Depto. de Ciência Política - FFLCH, 2006. p. 174.

⁷¹ HAMILTON; MADISON; JAY, *op. cit.*, p. 457.

⁷² *Ibid.*, p. 448.

Unidos devem ser inamovíveis e não podem perder seus empregos senão por sentença que os declare indignos deles. A lei que estabelece esse critério de dependência do comportamento dos juízes à duração do seu exercício foi um dos mais apreciáveis melhoramentos modernos em matéria de governos:

[...] em uma monarquia é um obstáculo salutar ao despotismo do príncipe; em uma República, um freio às usurpações e à tirania do corpo legislativo. Em qualquer governo que seja, é o melhor meio de segurar a prontidão, a firmeza e a imparcialidade da administração da justiça.⁷³

Por último, Hamilton, Madison e Jay defenderam a *razoabilidade da separação entre a atividade legislativa e a judiciária* concordando, nesse ponto, com Montesquieu: “Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo”.⁷⁴

Algumas dúvidas se têm suscitado sobre o direito atribuído aos tribunais de justiça de declarar nulos, como contrários à Constituição, atos do corpo legislativo; porque se pensa que de semelhante doutrina resultaria a superioridade do Poder Judiciário sobre a legislatura, visto que uma autoridade não pode declarar nulos os atos de outra sem que lhe seja necessariamente superior. Como essa doutrina é de grande importância em todas as Constituições da América, não será fora de propósito discutir os princípios em que se funda. Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade.⁷⁵

Como se sabe, esse argumento de Hamilton, Madison e Jay pavimentou o terreno para a construção posterior da *judicial review* (gérmen, no Brasil, do controle difuso de constitucionalidade), algo que desde sempre foi objeto de resistência por parte de outros “pais fundadores”, cujo caso mais emblemático é, certamente, o de Jefferson.

Para Jefferson, o Judiciário não se tratava de um poder “menos perigoso”. Ao contrário, dar a ele a guarda da Constituição com a possibilidade de sustar atos do governo e do Congresso representaria uma doutrina muito perigosa e que colocaria

⁷³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 458.

⁷⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 168.

⁷⁵ HAMILTON; MADISON; JAY, *op. cit.*, p. 448.

a República então nascente sob o despotismo de uma oligarquia. Num trecho de uma carta a um colega de partido, Jefferson afirmou:

Nossos juízes são tão honestos quanto quaisquer outros homens e nada mais. Eles possuem, como qualquer outro, as mesmas paixões por partidos, poder, (sic) e privilégios de suas corporações [...] Seu poder é perigoso porque passam a vida em escritórios e não são responsáveis diante do eleitor, como outros funcionários são.⁷⁶

O papel do Poder Judiciário foi um dos mais habitualmente impugnados pelos críticos da Constituição Americana. A razão principal de tais críticas voltou-se à vocação de preservar o poder da Legislatura frente a um órgão que ameaçava desvirtuar tal poder. O Poder da Câmara aparece desafiado, entende-se, especialmente quando a judicatura exerce seu poder de controlar a constitucionalidade das leis.⁷⁷

De fato, os “antifederalistas” discordavam dessas propostas por entenderem que a atribuição de tão grande poder tornaria o Judiciário superior aos demais poderes e sem sujeição a nenhum controle, pois, ao decidirem o significado da Constituição, não de acordo com suas palavras, mas de acordo com seu espírito ou intenção, os juízes sobrepor-se-iam à legislatura. Além disso, de acordo com o argumento antifederalista, se o Legislativo somente pode exercer o poder concedido pelo povo por intermédio da Constituição, isso também se dá com o Judiciário, pois, imaginar o contrário significaria dizer que este Poder não está sujeito à Constituição.⁷⁸

Contudo, as razões dos que advogavam por um Judiciário totalmente independente, sem qualquer vínculo com o Legislativo, acabaram prevalecendo na Constituição de 1787, permanecendo assim desde então.

Diferentemente dos modelos inglês e francês, no modelo americano a centralidade não está na lei, mas na Constituição, o que é parâmetro a ser observado. Duas consequências decorrem desse compromisso constitucional. A primeira foi o estabelecimento de um dificultoso processo de alteração formal da

⁷⁶ JEFFERSON, Thomas. **Writings of Thomas Jefferson**. New York: Derby & Jackson, 1854. p. 178.

⁷⁷ GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição: o legado federalista dois séculos depois. *In*: ALBERTO BORON, Atílio (org.). **Filosofia política moderna**: de Hobbes a Marx. Traducciones de Celina Lagrutta. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO); San Pablo: Depto. de Ciência Política - FFLCH 2006. p. 183-184.

⁷⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 576.

Constituição;⁷⁹ e a segunda consequência, diretamente ligada à primeira, relaciona-se à criação de um processo de revisão judicial da constitucionalidade das leis. A solução norte-americana orientou-se no sentido de atribuir a tarefa de garantir a compatibilidade da legislação com a Constituição ao Poder Judiciário.

2.2.1.1 Origem e bases do *Judicial Review*

Diversamente do modelo europeu continental, nasce nos Estados Unidos outra tipologia procedimental constitucional: o *Judicial Review*. Primitivamente exercitado no famoso caso *Marbury vs Madison* em 1803 pela Corte Suprema, obra do Chief Justice John Marshall, claramente influenciada por ideias embrionárias do problema da jurisdição constitucional que remontam a princípios do século XVII.⁸⁰

Parece ser amplamente aceito que uma das fontes primárias da instituição americana de revisão judicial foi inspirada na doutrina inglesa de Edward Coke, especialmente no caso de *Thomas Bonham* (1610). Para Cappelletti, a decisão seria um precedente imediato à criação da teoria americana e, portanto, daquilo que foi chamado de “governo dos juízes”,⁸¹ radicalmente oposta (tal decisão) ao sistema inglês da absoluta supremacia do Parlamento.

Esse parece ser também o entendimento de Streck, para quem: “A ideia de controle judicial vem de antes da Revolução Gloriosa, a partir da supremacia do *common law* defendida pelo Sir Edward Coke, no enfrentamento da prerrogativa real”.⁸²

A sentença do caso *Bonham* é certamente a mais famosa e a mais discutida nesse sentido, uma vez que a ela credita-se a moderna instituição do controle de constitucionalidade das leis por parte do Poder Judiciário no âmbito norte-americano.

No célebre caso, o médico Thomas Bonham, graduado pela Universidade de Cambridge, foi notificado pelo *Royal College of Physicians* em Londres para comparecer e responder à acusação de praticar a medicina sem que tivesse obtido a devida licença ou autorização para tanto, ocasião em que foi multado em razão da prática irregular. O Colégio de Médicos, à época, era a instituição responsável pela

⁷⁹ AVRITZER, Leonardo. Revolução americana e constitucionalismo. In: BIGNOTO, Newton *et al.* (org.). **Dimensões políticas da justiça**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013. p. 172.

⁸⁰ Acerca disso, consultar a seguinte obra: NELSON, William E. **Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review**. 2nd. ed. rev. exp. [Kansas, US]: University Press of Kansas, 2018.

⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 58-59.

⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 38.

concessão de licença para a prática da medicina. Em 1540, nesse sentido, foi promulgada pelo Parlamento inglês a lei *Act of Parliament*. A partir dela, o Colégio de Médicos, além de admitir e expulsar sócios, passou a poder apenar com prisão os infratores que praticassem medicina sem licença ou fizessem mau uso dela, mantendo-os presos durante o tempo que se considerasse oportuno.⁸³

Contudo, o médico continuou a exercer a medicina na cidade de Londres sem a licença. Em resposta ao descumprimento da ordem proibitiva, o *Royal College of Physicians* determinou a prisão do Dr. Bonham. Em ambos os casos, consoante as penas aplicadas (multa e prisão), o *Royal College of Physicians* agiu com poderes que lhe foram delegados pelo rei, e que foram expressamente confirmados pelo Parlamento por meio da aprovação de um *statute*. Dr. Bonham se recusava a obter a licença via alegação de que um médico graduado por uma das mais antigas universidades do país prescindia da autorização de um conselho privado para exercer sua profissão.⁸⁴

Dessa forma, sustentou a invalidade das ações adotadas pelo *Royal College of Physicians* e alegou ser vítima de uma prisão abusiva (*false imprisonment*). Seu caso chegou, então, à *Court of Common Pleas*, cujo presidente (*Chief Justice*) era Sir Edward Coke.⁸⁵ A Corte julgou de forma favorável o pedido do Dr. Bonham com base em uma série de argumentos, mas um deles tornou-se célebre e objeto de intensa disputa acadêmica, política e terminou por ser alvo de uma inabarcável bibliografia.⁸⁶

O decreto real, confirmado por um *statute* (lei) do Parlamento, era claro ao prescrever que ninguém deveria ser autorizado a praticar medicina em Londres sem prévia aprovação do *Royal College of Physicians* e que a pena a ser aplicada seria o pagamento de uma multa no valor de 100 (cem) *shillings* por cada mês de prática irregular da profissão – essa era a primeira cláusula da lei; a segunda cláusula dispunha que o *College* teria poderes disciplinares e de supervisão sobre todos os profissionais médicos que atuassem na cidade de Londres.⁸⁷

⁸³ De forma mais aprofundada, acerca do caso, consultar: REY MARTÍNEZ, Fernando. Una relectura del "Dr. Bonham's case" y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la "Judicial Review". **Revista Española de Derecho Constitucional**, [S. l.], v. 27, n. 81, p. 163-181, sept./dic. 2007.

⁸⁴ Sobre isso, consultar a seguinte obra: *Ibid.*, p. 163-181.

⁸⁵ HELMHOLZ, Richard H. Bonham's case, Judicial Review, and the law of nature. **Journal of Legal Analysis**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 326, 2009.

⁸⁶ Sobre isso, consultar as seguintes obras: REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 163-181; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Sir Edward Coke, El Bonham's Case y la Judicial Review. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, DF: IDP, ano 6, n. 2, p. 167-236, jul./dez. 2013.

⁸⁷ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da

Como se sabe, em seu julgamento, o juiz Coke, então presidente do Tribunal de Justiça do *Common Pleas Court*, considerou que o *Royal College of Physicians*, apesar do fato de que uma lei o autorizava, não poderia impor sanções aos médicos. Não concedeu licença para o exercício de seu ofício porque, nesse caso, estaria o *College* atuando concomitantemente como juiz e parte - já que os censores do Colégio recebiam metade da multa aplicada. E, portanto, os Atos Parlamentares que confirmam essa autoridade (inicialmente concedida pelo rei ao Colégio de Médicos) seriam nulos, inválidos. O ditado com o qual Coke apresenta esse argumento, que poderia ser denominado de "constitucional", é um clássico:

Os censores não podem ser juízes, ministros e partes. E aparece em nossos livros que, em muitos casos, a lei comum controlará as Atas do Parlamento e algumas vezes as julga(rá) totalmente nulas: para quando um Ato do Parlamento é contra o direito e a razão comuns, ou repugnante, ou impossível de ser realizado (tradução nossa).⁸⁸

Para alguns estudiosos, o caso Bonham trata-se apenas de uma reafirmação dos princípios da legislação e (sua) interpretação. No entanto, o real significado concatena-se com a crença na supremacia de uma lei superior, vinculada tanto ao Parlamento como aos tribunais quando afirmou (o juiz Coke) estar o direito natural acima do rei, o que abriu espaço posteriormente, já em solo americano, para o controle de constitucionalidade das leis por parte dos juízes.⁸⁹

Aliás, importante mencionar que a doutrina de Edward Coke, diz Cappelletti, foi abandonada na Inglaterra após o advento da Revolução Gloriosa, que consagrou a Supremacia do Parlamento.⁹⁰ Todavia, essa doutrina deixou frutos na América, os quais culminaram na *judicial review* e na supremacia do Poder Judiciário.

No modelo americano de Justiça Constitucional, a Constituição também ocupa o patamar mais elevado na cadeia normativa e é lei contra a qual não pode subsistir qualquer incompatibilidade provocada por outra lei considerada de escalão inferior. O controle de incompatibilidade exige um procedimento, o qual não estrutura as operações da função própria de um órgão especialmente criado para tanto, como

Constituição. 2013. f. 31. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.

⁸⁸ EDWARDS, R. A. Bonham's case: the ghost in the constitutional machine. **Denning Law Journal**, [USA], v. 11, p. 63, 1996.

⁸⁹ Para mais dados acerca disso, consultar: GARCÍA BELAUNDE, Domingo. **De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional**. 4. ed. rev. cor. aum. Perú: IIDC, 2003a.

⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 60.

no sistema austríaco. Por ser a Constituição antes de tudo uma lei, e como é confiada a todos os juízes sua interpretação, cabe à Suprema Corte – e a todos os juízes – verificar se a lei é compatível ou não com a Constituição antes de aplicá-la à relação jurídica concreta. Ou seja, é um modelo cujo “[...] aspecto ‘modal’ tem o caráter de um controle que se exerce em via incidental”.⁹¹

Nesse contexto, o primeiro modelo do controle de constitucionalidade das leis foi “descoberto” em 1803 pelo *Chief Justice John Marshall* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como uma decorrência pretensamente *lógica* da supremacia da ainda tenra Constituição norte-americana. Muito embora haja notícias de decisões de Supremas Cortes ressaltando essa tese, historicamente, tem-se como paradigma o caso *Marbury v. Madison* (supracitado), o qual afirmou a supremacia da Constituição Federal em face das próprias leis federais.⁹²

O caso iniciou-se com a eleição presidencial de 1800, quando o presidente federalista John Adams perdeu a reeleição para o republicano Thomas Jefferson. O Presidente Adams, nos últimos dias de seu mandato, conseguiu obter do Congresso a aprovação de uma lei de reorganização do Judiciário Federal (*The Circuit Court Act*), por via da qual, dentre outras providências: a) reduzia-se o número de Ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo Presidente que ingressava; b) criavam-se 16 (dezesesseis) novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado.⁹³

Uma segunda lei, aprovada em 27 de fevereiro de 1801 (*The Organic Act of the District of Columbia*), autorizou o Presidente a nomear 42 (quarenta e dois) juízes de paz, tendo os nomes indicados sido confirmados pelo Senado em 3 de março do mesmo ano, véspera da posse de Thomas Jefferson. John Adams, assim, assinou os atos de investidura (*commissions*) dos novos juízes no último dia de governo, ficando seu Secretário de Estado, John Marshall, encarregado de entregá-los aos nomeados⁹⁴ – estes foram apelidados pela oposição como *juízes da meia-noite*.⁹⁵

⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 101.

⁹² Para um melhor aprofundamento, consultar a seguinte obra: NELSON, William E. **Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review**. 2nd. ed. rev. exp. [Kansas, US]: University Press of Kansas, 2018.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 25-26.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 26.

⁹⁵ BENOIT, William L.; D'AGOSTINE, J. Michael. “The case of the midnight judges” and multiple audience discourse: Chief Justice Marshall and Marbury V. Madison. **Southern Communication Journal**, [S. l.], v. 59, n. 2, p. 89-96, 1994. *passim*.

Entre os novos juízes, William Marbury, banqueiro e grande proprietário de terras de uma tradicional família de Maryland, fora designado para um cargo de juiz de paz do Distrito de Columbia. O Senado confirmou as designações e os processos foram encaminhados ao então Secretário de Estado, John Marshall, para que efetivasse as nomeações e entregasse os termos de posse aos nomeados. Marshall, que acabara de ser nomeado para servir como *Chief Justice* da Suprema Corte, não teve tempo suficiente para encaminhar todas as nomeações antes do término do mandato de Adams, de forma que alguns juízes – Marbury sendo um deles – não foram empossados.⁹⁶

Quando assumiu o poder, o presidente Thomas Jefferson, do Partido Republicano, não tinha qualquer interesse nas nomeações e orientou o novo Secretário de Estado, James Madison, a não dar posse a esses juízes.⁹⁷

Assim, com base na Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, por meio de um *writ of mandamus*, Marbury requereu, em dezembro de 1801, que a Suprema Corte ordenasse ao Secretário de Estado Madison que entregasse sua comissão.⁹⁸

Contudo, em março de 1802, o Congresso Republicano editou a lei conhecida como *Repeal Act* que revogou o Ato Judiciário de 1801, restabelecendo a estrutura anterior do Judiciário Federal e, assim, abolindo também os 16 novos cargos da magistratura federal que haviam sido criados pelo governo anterior. Em abril do mesmo ano, sob a alegação de estar reformando o calendário de atuação da Suprema Corte, o Congresso editou o Ato Judiciário de 1802, o qual suspendeu as sessões da Corte de junho e dezembro de 1802, postergando as sessões da Corte até fevereiro de 1803 para evitar o julgamento do *Repeal Act*.⁹⁹

Esse quadro foi agravado por outros elementos de tensão, dentre os quais é possível destacar dois:

- a) Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da Corte que ordenasse ao governo a entrega dos atos de investidura e sinalizava que não iria cumpri-la;

⁹⁶ CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a corte fora da política. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 201, abr./jun. 2019.

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 40.

⁹⁸ *Ibid.*, 39.

⁹⁹ BENOIT, William L.; D'AGOSTINE, J. Michael. "The case of the midnight judges" and multiple audience discourse: Chief Justice Marshall and Marbury V. Madison. **Southern Communication Journal**, [S. l.], v. 59, n. 2, p. 90, 1994.

b) a partir do início de 1802, a Câmara deflagrou processo de *impeachment* de um juiz federalista, em uma ação política que ameaçava estender-se até os Ministros da Suprema Corte.¹⁰⁰

Foi nesse ambiente politicamente hostil e de paixões exacerbadas que a Suprema Corte se reuniu em 1803 para julgar *Marbury v. Madison*.¹⁰¹ O ponto central era determinar se a Suprema Corte poderia expedir uma decisão mandamental contra o Secretário de Estado. Se os juízes respondessem negativamente, estariam abdicando do “poder judicial” que a Constituição lhes conferira, restringindo a plenitude de sua função de “freio e contrapeso” em relação ao Poder Executivo. Se, ao contrário, os juízes decidissem favoravelmente à tese de Marbury, corriam o risco de um enfrentamento institucional, já que o Judiciário não teria meios de impor o cumprimento dessa decisão, e era muito provável que Jefferson e Madison estivessem dispostos a confrontar a Corte, o que levaria igualmente à sua desmoralização e redução de seu papel político.

A solução encontrada pelo *Chief Justice* John Marshall contornou essas duas soluções possíveis, criando uma terceira via para o caso. No desenvolvimento de seu voto, Marshall dedicou a primeira parte a examinar se Marbury tinha direito à investidura no cargo. Na sequência, argumentou que, se Marbury tinha o direito, necessariamente deveria haver um remédio jurídico para assegurá-lo.¹⁰² Na última parte, enfrentou duas questões distintas: se o mandado de segurança era a via própria e, em caso positivo, se a Suprema Corte poderia legitimamente concedê-lo.¹⁰³

A Corte reconheceu – e todos os juízes concordaram – que Marbury tinha direito à comissão (à investidura no cargo), uma vez que esta foi assinada pelo então Presidente da República e selada pelo Secretário de Estado, portanto, a nomeação era

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 27.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 27.

¹⁰² A própria essência da liberdade civil certamente consiste no direito de cada indivíduo de reivindicar a proteção das leis sempre que ocorre um dano; um dos primeiros deveres do governo é proporcionar essa proteção. Mais dados acerca disso em: UNITED STATES OF AMERICA (USA). U. S. Supreme Court. **William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States**. Legal Information Institute. Cornell Law School. 5 U.S. 137, 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60, February Term, 1803. United States of America: U.S. Supreme Court: Cornell Law School, 1803. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137/#writing-USSC_CR_0005_0137_ZO. Acesso em: 06 ago. 2021.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 29; UNITED STATES OF AMERICA (USA), *op. cit.*

válida e não poderia ser revogada.¹⁰⁴ Em segundo lugar, Marshall argumenta que todo indivíduo tem direito a reivindicar a proteção das leis sempre que for lesado e que um mandado de segurança é o remédio adequado para reivindicar esse direito.¹⁰⁵

Contudo, embora sendo reconhecido o direito de Marbury à nomeação, *Chief Marshall* entendeu que não tinha competência para julgar o mandado de segurança, isso porque a lei ordinária (*Judiciary Act* de 1789), que autorizava a impetração do mandado de segurança, havia criado uma hipótese de competência originária para a Suprema Corte não prevista na Constituição. A decisão da Suprema Corte foi no sentido de que o art. 13 do *Judiciary Act* de 1789 era inconstitucional.¹⁰⁶

Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade, os quais, daí em diante, seriam a base do sistema estadunidense desse tipo de controle: a) a supremacia da Constituição; b) a nulidade da lei que contrarie a Constituição; c) o Poder Judiciário como intérprete final da Constituição. Dessa forma: “É enfaticamente a competência, bem como o dever do Poder Judiciário dizer o que é o Direito” (tradução nossa).¹⁰⁷ Foi a primeira vez que o Tribunal anulou um ato do Congresso como inconstitucional, que, como lembra Cappelletti, inicia efetivamente algo novo e importante, não em um gesto de improvisação, mas como um ato amadurecido durante séculos de história.¹⁰⁸

As características da *judicial review* também estão expostas na decisão de Marshall. Assim, o sistema norte-americano desenvolveu-se com feição jurisdicional-repressiva, isto é, um controle ligado à função propriamente judicial (exercida pelo Poder Judiciário) e dirigido contra atos já editados, tendo como características básicas (1) a difusão, (2) a concreção, (3) a eficácia subjetiva *inter partes*, (4) o caráter incidental e (5) o efeito temporal *ex tunc*.

¹⁰⁴ UNITED STATES OF AMERICA (USA). **U. S. Supreme Court. William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States**. Legal Information Institute. Cornell Law School. 5 U.S. 137, 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60, February Term, 1803. United States of America: U.S. Supreme Court: Cornell Law School, 1803. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137/#writing-USSC_CR_0005_0137_ZO. Acesso em: 06 ago. 2021.

¹⁰⁵ BENOIT, William L.; D'AGOSTINE, J. Michael. “The case of the midnight judges” and multiple audience discourse: Chief Justice Marshall and Marbury V. Madison. **Southern Communication Journal**, [S. l.], v. 59, n. 2, p. 91, 1994.

¹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 40.

¹⁰⁷ “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is”. UNITED STATES OF AMERICA (USA), *op. cit.*

¹⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 63.

Pois bem, a doutrina que está na base do mecanismo de controle judicial "difuso" de constitucionalidade das leis é muito coerente e de extrema simplicidade: a função de todos os juízes é a de interpretar as leis a fim de aplicá-las aos casos concretos submetidos a seu julgamento; quando há a ocorrência de uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve o juiz aplicar, pois, a Constituição.¹⁰⁹

Contudo, muito embora o método americano seja aquele de um controle "difuso" que pertence a todos os juízes – inferiores e superiores, estaduais e federais –, é também verdadeiro, no entanto, que praticamente a última palavra, por meio do sistema das impugnações, acaba por competir às Cortes Superiores e, definitivamente, à *Suprema Corte* (pelo menos no que concerne à conformidade com a Constituição Federal), cujas decisões, por força da regra do *stare decisis*, são, depois, vinculatórias para todos os outros juízes, e não apenas no caso concreto em que a questão tenha surgido.

2.2.1.2 Corte Constitucional do Estados Unidos: composição, modelo escolha dos juízes e competência

No que se refere à Corte Constitucional, inicialmente era composta por seis juízes conforme dispunha a Lei de Organização Judiciária de 1789. A Corte, desde 1869, passou a ser composta por nove juízes. Em conformidade com o que dispõe a Constituição Americana, o presidente da República, via aconselhamento e consentimento do Senado, deve nomear os juízes da Suprema Corte. Não havendo previsão especial a respeito, a aprovação pelo Senado se dá pela maioria simples dos membros da Casa.¹¹⁰

Para a composição da Corte e para a escolha dos juízes que a compõem, não há o estabelecimento de qualquer requisito formal quanto ao candidato indicado, nem com relação à idade nem relativamente à formação ou idoneidade moral, porém, na prática, são considerados critérios como: formação jurídica, moral ilibada

¹⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 75-76.

¹¹⁰ UNITED STATES OF AMERICA (USA). [Constituição (1787)]. **U.S. Constitution: The Constitution of the United States of America**. Ithaca, NY: Cornell Law School, [1787]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution>. Acesso em: 06 ago. 2021.

e indicação por parte da base política do Presidente da República.¹¹¹ Percebe-se, assim, que o processo de escolha é um processo eminentemente político, marcado pelas disputas entre as grandes forças político-partidárias dominantes na democracia norte-americana, mas com a preeminência do Executivo. É, de tal forma, mais um mecanismo que decorre do sistema de freios e contrapesos do federalismo norte-americano.

Os juizes permanecem no cargo “enquanto bem servirem à nação” (*good behavior*), não havendo limite mínimo ou máximo de idade nem aposentadoria compulsória; os cargos são vitalícios e os juizes somente podem perdê-los por meio de um processo de *impeachment*.¹¹²

A Corte é presidida pelo *Chief Justice* indicado pelo Presidente da República. Por prática estabelecida desde a criação da Corte, o presidente indica o candidato diretamente para a posição, que deverá ser aprovado pelo Senado, do mesmo modo que os demais juizes, podendo a escolha recair, eventualmente, sobre um dos juizes da Corte, hipótese na qual ele (o presidente) indicará, subsequentemente, outro candidato para a vaga daquele que se tornou *Chief Justice*. Quanto aos demais juizes da Suprema Corte, embora conhecidos como *Associates Justices of the Supreme Court*, inexistente qualquer referência na Constituição a essa denominação, sendo nela todos tratados como juizes da Suprema Corte.¹¹³

No que diz respeito à competência, a Constituição norte-americana dedicou apenas um artigo, o Art. III, ao Judiciário federal; instituiu um Tribunal nacional de cúpula, a Suprema Corte dos Estados Unidos (*United States Supreme Court*); fixou tão só sua competência originária (*trial court*), deixando para o Congresso a função de estabelecer a competência recursal, o número de juizes, bem como a criação oportuna de Tribunais Federais inferiores (tradução nossa).¹¹⁴

¹¹¹ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 336.

¹¹² *Ibid.*, p. 336.

¹¹³ *Ibid.*, p. 337.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 32.

¹¹⁴ UNITED STATES OF AMERICA (USA). [Constituição (1787)]. **U.S. Constitution**: The Constitution of the United States of America. Ithaca, NY: Cornell Law School, [1787]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution>. Acesso em: 06 ago. 2021.

No que se refere à competência originária, compete à Suprema Corte as causas que envolvam “[...] embaixadores, enviados diplomáticos e cônsules e aquelas em que seja parte qualquer Estado” (tradução nossa).¹¹⁵

A triagem das questões sobre as quais o Tribunal se manifestará é efetuada via apreciação do *writ of certiorari*, cuja admissão fica sujeita aos critérios objetivos do Regimento Interno da Suprema Corte (*U.S.S.C. Rules – Rule n. 10: Considerations Governing Review on Certiorari*),¹¹⁶ e, em segundo lugar, ao critério subjetivo da relevância, o qual consiste em uma avaliação discricionária. O *writ of certiorari* só vai para a *discuss list* se pelo menos 4 dos 9 juízes entenderem que a questão é relevante para o país e para a sociedade de modo geral. Se não figurar na lista, o recurso não é conhecido.¹¹⁷

O mérito a respeito da aceitação ou rejeição do *writ* é de integral discricionariedade da Corte que pode rejeitar a apreciação da causa porque não deseja debater a questão de direito envolvida no caso, ou porque esteja com sua pauta preenchida, por entender que a questão envolvida não tenha maior significância ou, ainda, porque a Corte deseja que a questão seja mais discutida em outros Tribunais. Ademais, a corroborar essa discricionariedade de escolha, a Suprema Corte poderá avocar algumas causas antes que sejam julgadas pela Corte de Apelação quando se verificar especial urgência na apreciação de questão de grande importância política.¹¹⁸

O número de casos que recebem decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos diminuiu ao longo das décadas devido a um conjunto de reformas as quais ocorreram no decurso do tempo e que culminaram na *Regra 10* da Suprema

¹¹⁵ “[...] ambassadors, other public ministers and consuls, and those in which a state shall be a party”. UNITED STATES OF AMERICA (USA). [Constituição (1787)]. **U.S. Constitution: The Constitution of the United States of America**. Ithaca, NY: Cornell Law School, [1787]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution>. Acesso em: 06 ago. 2021.

¹¹⁶ UNITED STATES OF AMERICA (USA). Supreme Court of the United States. **Rules of the Supreme Court of the United States**. Adopted April 18, 2019. Effective July 1, 2019. Washington, DC: Supreme Court of the United States, 2019. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2021.

¹¹⁷ ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Direito constitucional ao redor do globo: o controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos e o “*writ of certiorari*”. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 198, jan./abr. 2020.

¹¹⁸ Para mais detalhes, consultar: *Ibid.*, p. 189-204, jan./abr. 2020; SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Corte.¹¹⁹ Na prática, um pequeno número de casos acaba recebendo uma decisão, isso após uma seleção bastante discricionária e rigorosa.¹²⁰

2.2.2 Modelo continental europeu de jurisdição continental

No contexto político acirrado da Áustria em 1919, a discussão central que se deu foi acerca do modelo de estado a ser construído, sendo a Corte Constitucional vista, por conseguinte, como peça fundamental para sustentar o equilíbrio delicado entre a União e os *Länder*.¹²¹

Em dezembro de 1918, a partir desse enquadramento, Hans Kelsen redigiu um *memorandum* instigante sob o seguinte título: “Projeto de lei para o estabelecimento de um Tribunal Constitucional” – primeiro passo das contribuições de Kelsen para a jurisdição constitucional austríaca.

Para Lagi, o mecanismo da *Verfassungsgerichtsbarkeit* formulado por Kelsen estava longe de ser um mero produto de “abstrata especulação científica”. A jurisdição constitucional, segundo a autora, foi uma resposta a estímulos específicos de natureza histórica e política relacionados, principalmente, à nova forma institucional que a Áustria assumiria: “Seria melhor transformar o país em um estado unitário e centralizado ou em uma república federativa? Seria melhor uma federação ou uma confederação?”¹²²⁻¹²³

Esse debate tomava conta da agenda, das propostas e dos primeiros atos, fazendo com que outros temas, como a proteção dos direitos individuais, deixassem de ser tratados como pontos centrais. Isso porque a República da Áustria, que substituiu a monarquia austríaca, justamente como os Estados tcheco-eslovaco,

¹¹⁹ UNITED STATES OF AMERICA (USA). Supreme Court of the United States. **Rules of the Supreme Court of the United States**. Adopted April 18, 2019. Effective July 1, 2019. Washington, DC: Supreme Court of the United States, 2019. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2021.

¹²⁰ De forma mais aprofundada, consultar: *Ibid.*, p. 189-204.

¹²¹ De acordo com o art. 2º da Constituição Federal, a Áustria é um Estado federal composto por nove Estados autônomos, denominados *Länder*, quais sejam: Burgenland, Caríntia, Baixa Áustria, Alta Áustria, Salzburgo, Estíria, Tirol, Vorarlberg e Viena. BUßJÄGER, Peter. Very small worlds: the Austrian Länder as Constituent Units of the Austrian Federation. **L'Europe en Formation**, [S. l.], n. 3, p. 71-85, 2013.

¹²² LAGI, Sara. Hans Kelsen e a Corte Constitucional Austríaca: 1918-1929. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 263, jan./abr. 2021.

¹²³ Acerca da gênese/desenvolvimento do modelo austríaco de controle de constitucionalidade, igualmente se faz importante a leitura do seguinte texto: CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. Gênese do modelo austríaco de controle de constitucionalidade: construção eminentemente racional voltada à proteção dos direitos fundamentais? **Revista IHGB-Instituto Histórico Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, ano 181, n. 483, p. 205-234, maio/ago. 2020.

polonês e iugoslavo apresentava, originalmente, a Constituição de um Estado unitário centralista.¹²⁴

A primeira Constituição provisória da Áustria alemã (*Resolução sobre as instituições fundamentais do poder do Estado*, de 30 de outubro de 1918) conferiu todo o Poder Legislativo à Assembleia Nacional Provisória e o Executivo a um Conselho de Estado. Entretanto, simultaneamente a essa Constituição centralista, as Assembleias Estaduais Provisórias ou Parlamentos Estaduais, que se haviam formado de forma revolucionária nos Estados (*Länder*) da Coroa da antiga Áustria, haviam promulgado Constituições estaduais as quais reservavam aos Estados tanto o Poder Legislativo como o Executivo.¹²⁵ Do ponto de vista dessas Constituições estaduais, entende-se que a Áustria deveria ser uma confederação de Estados a ser criada por intermédio de um acordo entre todos esses Estados.

Estabeleceu-se, assim, um confronto entre as novas instituições centrais, a saber, a Assembleia Nacional e os *Länder*. Os socialistas, à vista disso, foram favoráveis a um projeto unitário enquanto o principal partido conservador, os socialistas-cristãos, pressionaram pela estruturação/concepção de uma federação, interpretando, assim, o raciocínio dos *Länder*.¹²⁶ Nesse mencionado antagonismo é que se encontra o motivo para que a Constituição definitiva da Áustria tenha se tornado uma Constituição de Estado Federativo, eis que a característica desta é justamente de estruturação/concepção de formas federalistas com uma garantia suficiente que propende para a unidade de um todo, o qual reúne e organiza os Estados-membros.¹²⁷ Não foi por acaso que a Constituição foi intitulada “Estatuto de 1º de outubro de 1920” por meio do qual a República da Áustria é estabelecida como um Estado Federal. Dessa forma, tem-se que: “A Constituição federal austríaca é, assim, a lei de um Estado Unitário que se transformou em Estado federativo”.¹²⁸

2.2.2.1 Origem e bases do sistema concentrado de controle de constitucionalidade

O movimento de criação de Tribunais Constitucionais europeus teve início em 1920, com a criação da Corte Constitucional da extinta Tchecoslováquia

¹²⁴ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹²⁶ LAGI, Sara. Hans Kelsen e a Corte Constitucional Austríaca: 1918-1929. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 263, jan./abr. 2021.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 7.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 7.

(Constituição de 29 de fevereiro de 1920) e da Alta Corte Constitucional da Áustria (Constituição de 1º de outubro de 1920). A Espanha republicana seguiu essa dinâmica, estabelecendo, em sua Constituição de 1931, um Tribunal de Garantias Constitucionais, o qual durou até a ascensão de Francisco Franco.¹²⁹

A segunda onda originária dos Tribunais Constitucionais europeus surge após a Segunda Guerra Mundial em 1945 na Alemanha, na Turquia, na Iugoslávia e na França e, em um terceiro período esparso, a partir de 1970. Essa terceira onda de criação das Cortes Constitucionais manifestou-se com a criação dos Tribunais Constitucionais de Portugal (Constituição de 1976, revista em 1982) e da Espanha (Constituição de 1978). O movimento se espalhou, então, pela Bélgica (1983) com a criação da Corte de Arbitragem; seguidamente: Polônia (1985), Hungria (1989), Romênia e Bulgária (1991), Albânia e República Tcheca (1992), Lituânia (1993), Eslovênia (1994), Rússia (1995) e Armênia (1996).¹³⁰

O modelo europeu de revisão constitucional, como mencionado, tem origem com a Constituição Federal austríaca de 1920 redigida com base em um projeto elaborado a pedido do governo pelo mestre da "escola jurídica de Viena", Hans Kelsen – o qual, inclusive, foi o primeiro relator permanente da Corte após ser nomeado em 1921. Tal texto constitucional foi posto novamente em vigor na Áustria no último pós-guerra no texto da Emenda de 1929 que tinha sofrido notáveis modificações exatamente em matéria de justiça constitucional.¹³¹

Ao longo daquele século, referido sistema foi adotado por outros países, mas não sem que antes se operassem mudanças em sua formulação preambular.¹³² Foi chamado, por conseguinte, de controle "concentrado" de constitucionalidade das leis: *concentrado*, precisamente, em um único órgão judiciário, idealizado e criado, propositadamente, para essa função de controle normativo.¹³³

Em seu trabalho sobre as Cortes Constitucionais, Favoreu compara o modelo europeu com o modelo americano e aponta seis características essenciais:

¹²⁹ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. p. 17.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 16.

¹³¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 68.

¹³² De acordo com uma pesquisa apresentada por Donald Kommers, o "Modelo Austríaco" foi empregado em 34 países europeus, 21 africanos, 10 árabes e asiáticos e 2 países latino-americanos.

KOMMERS, Donald Paul. An introduction to the federal constitutional court. **German Law Journal**, [Frankfurt, DE], v. 2, n. 9, June 2001. Special Issue: Fifty years of the Bundesverfassungsgericht.

¹³³ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 84.

- a) existência de um contencioso constitucional distinto dos outros contenciosos;
- b) o monopólio de julgamento desse contencioso em benefício de apenas uma jurisdição, a Corte ou Tribunal Constitucional;
- c) a especificidade dessa Corte;
- d) as condições decorrentes de suas próprias faculdades;
- e) a natureza do contencioso constitucional;
- f) as consequências que resultam dos efeitos das decisões ou arestos feitos pelas Cortes ou Tribunais Constitucionais (Adaptado).¹³⁴

Entre os elementos que influenciaram a gênese da jurisdição constitucional austríaca, destaca-se a Corte Imperial, a qual iniciou suas atividades em 1867 por ocasião do *Ausgleich* que transformou o Império austríaco em Monarquia Dual Constitucional Austro-Húngara.¹³⁵

O Tribunal monárquico exercia basicamente três funções:

- a) Tribunal administrativo especial, voltado à proteção dos “direitos políticos dos cidadãos”, apesar de suas decisões não serem de cassação;
- b) Tribunal causal, direcionado à resolução de potenciais conflitos entre os *Länder* (equivalentes a Estados) e o poder central, (conflitos estes) que não infringissem a competência da jurisdição ordinária; e
- c) Tribunal da(s) competência(s), orientado à supervisão dos limites entre as autoridades administrativa e judicial, bem como entre as autoridades administrativas regional e estadual (Adaptado).¹³⁶

Somando-se a esse aspecto, advindo da tradição, outros personagens, além de Kelsen, influenciaram (n)a configuração da Corte Constitucional austríaca, como Jellinek, mentor de Kelsen em Heidelberg, e Renner, amigo pessoal de Kelsen e líder do Partido Social-Democrata.¹³⁷

¹³⁴ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. p. 26-29.

¹³⁵ Leia, de forma aprofundada, acerca disso em: LAGI, Sara. Hans Kelsen e a Corte Constitucional Austríaca: 1918-1929. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 258-277, jan./abr. 2021.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 260.

¹³⁷ CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. Gênese do modelo austríaco de controle de constitucionalidade: construção eminentemente racional voltada à proteção dos direitos fundamentais? **Revista do IHGB-Instituto Histórico Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, ano 181, n. 483, p. 211, maio/ago. 2020.

Ponderando-se acerca de acontecimentos externos, pode-se considerar a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Marbury v. Madison*¹³⁸ desencadeou uma discussão na Europa sobre a questão de como os tribunais devem lidar com estatutos inconstitucionais, no entanto, apesar de se manter como tema de discussão acadêmica, a ideia foi rejeitada quando da promulgação da Constituição austríaca de 1867. No relatório do Comitê Constitucional sobre a Act on the Establishment of a Reich's Court a seguinte declaração pode ser encontrada: "With regard to the incompleteness of our constitution and to the experience of the past, any restriction of the legislative branch through a court's decision seems dangerous. This issue must therefore be left to the future".¹³⁹

O próprio tratado de Jellinek, intitulado "Um Tribunal Constitucional para a Áustria" (1885),¹⁴⁰ já consignava o próprio nome da instituição a ser criada posteriormente. Jellinek propôs um poder de revisão preventiva do Tribunal Constitucional no caso de conflitos entre a legislação do *Reich* e os órgãos legislativos do Estados. Mas ele vai além dessa concepção: o Tribunal, a pedido de uma minoria parlamentar, também poderia decidir se um projeto de lei continha disposições que seriam equivalentes a uma mudança na Constituição e, portanto, exigiria um quórum qualificado para aprovação. O filósofo do direito e juiz alemão considerava que uma disputa acerca da constitucionalidade de uma lei equivaleria a um conflito entre a maioria parlamentar, que aprovou uma emenda à Constituição, e aquela minoria a qual teria de concordar com a aprovação. Nesse caso, o Tribunal Constitucional atuaria como um árbitro entre a maioria e os menores grupos sociais no Parlamento.¹⁴¹

Renner, nessa perspectiva, desenvolveu a proposta de Jellinek e aventou uma estrutura federal para dirimir os conflitos entre os variados grupos étnicos do Império Habsburgo. Um dos órgãos institucionais dessa Federação seria um Tribunal Constitucional com a atribuição de garantir a conformidade da separação de poderes entre o Parlamento federal e os órgãos representativos das respectivas nações e territórios. O Governo Federal e o Parlamento Federal teriam o direito de apresentar uma ação ao Tribunal Constitucional; este teria o poder de decidir sobre

¹³⁸ NELSON, William E. **Marbury v. Madison**: the origins and legacy of judicial review. 2nd. ed. rev. exp. [Kansas, US]: University Press of Kansas, 2018.

¹³⁹ ÖHLINGER, Theo. The genesis of the Austrian model of constitutional review of legislation. **Ratio Juris**, Oxford, UK, v. 16, n. 2, p. 210, jun. 2003.

¹⁴⁰ JELLINEK, Georg. **Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich**. Wien: A. Hölder, 1885.

¹⁴¹ ÖHLINGER, *op. cit.*, p. 211.

a constitucionalidade dos estatutos e dos atos da Federação, bem como relativamente aos Estados individuais. Prevendo o perigo de decisões equivocadas do Tribunal, Renner sublinhou o poder do Parlamento Federal no que se refere à alteração da Constituição retificando, de tal forma, as possíveis decisões inaceitáveis do Tribunal Constitucional.¹⁴²

O jurista e político austríaco Karl Renner seguindo a linha de Jellinek, tinha em mente dois pontos essenciais: o primeiro era a ideia de que a solução para o contexto político da Áustria, à época, teria de passar por decisões de uma Corte; o segundo, por sua vez, era acerca da convicção de que os Estados federados, por sua própria configuração, necessitavam de uma Corte Constitucional, que poderia resolver potenciais conflitos entre o Centro e os Entes Periféricos. Das palavras para a ação, não tardou para que, entre novembro e dezembro de 1918, o Chanceler Social-Democrata Karl Renner iniciasse a transformação da Corte Imperial em uma verdadeira Corte Constitucional da nova democracia austríaca.¹⁴³

Renner, que deveria preparar o texto inicial (relativo à nova estrutura federal austríaca), incumbiu o professor Hans Kelsen de fazê-lo, solicitando observância a determinados pontos, entre os quais a criação de uma Corte Constitucional. Em dezembro de 1918, como já mencionado, Kelsen redigiu o memorando *Entwurf eines Gesetz über die Errichtung eines Verfassungsgerichtshofes* (Projeto de lei para o estabelecimento de um Tribunal Constitucional), em que, exatamente como Renner tinha escrito, propunha-se que a Corte se encarregasse da “legitimação eleitoral” e da proteção da Constituição.¹⁴⁴

Em 25 de janeiro de 1919, a Corte Constitucional iniciou suas atividades, tendo como funções (preliminares) básicas arbitrar conflitos de competência e de potenciais disputas entre instituições centrais e os *Länder* (“Estados”), na linha do “memorando” de Kelsen, além da defesa dos direitos políticos individuais, o que era uma preocupação já externada por Karl Renner.¹⁴⁵ Antes da entrada em vigor da Constituição de 1920, republicana e federativa, os tribunais austríacos só podiam

¹⁴² RENNEN, Karl. **Das selbstbestimmungsrecht der nationen**. Leipzig-Vienna: J. Deuticke, 1917. Ainda se faz importante, nesse sentido, a leitura da seguinte obra:

ÖHLINGER, *op. cit.*, p. 211.

¹⁴³ LAGI, Sara. Hans Kelsen e a Corte Constitucional austríaca: 1918-1929. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 262, jan./abr. 2021.

¹⁴⁴ SCHMITZ, Georg. The Constitutional Court of the Republic of Austria: 1918-1920. **Ratio Juris**, Oxford, UK, v. 16, n. 2, p. 241, jun. 2003.

¹⁴⁵ LAGI, *op. cit.*, p. 264.

controlar a constitucionalidade das leis no que se referia à sua existência, mas jamais com relação à sua validade em face do texto constitucional.¹⁴⁶

Em uma federação, sabe-se que os Parlamentos existem em dois níveis e suas legislações podem entrar em conflito, de modo que somente dentro do contexto de um sistema federal poderia se pensar em uma revisão judicial dos estatutos. Dessa forma, há a assimilação de que o sistema federal da Constituição de 1920 era uma condição para a concretização do modelo de tribunal específico de revisão dos estatutos.

Portanto, o primeiro aspecto que merece destaque nesse modelo diz respeito à necessidade da harmonização de um Estado Federal na Áustria. Como o sistema era federativo, leis estaduais, criadas por Parlamentos estaduais, poderiam entrar em conflito com leis federais, criadas pelo Parlamento federal. Dessa forma, ao contrário da Inglaterra, por exemplo, não poderia prevalecer o princípio da supremacia do Parlamento. Decidiu-se, à vista disso, que caberia, na Áustria, a uma instância judiciária resolver esses conflitos.¹⁴⁷

Contudo, a origem do modelo austríaco de revisão constitucional não pode ser explicada apenas com base em termos do aspecto federal. A construção da República como uma federação desencadeou o desenvolvimento da revisão constitucional, mas uma concepção particular do Estado e da lei é que preparou o terreno para essa instituição.

O segundo ponto forte do sistema trata-se da influência do legalismo jurídico. Havia uma forte identificação entre Estado e Direito, originária do Império Austro-Húngaro, tendo sido a lei o fator de unidade do mencionado Império. De fato, é amplamente reconhecido que a teoria que identifica o Estado com a lei foi desenvolvida na Áustria: de acordo com a "Teoria pura do direito", um Estado é o sistema jurídico em vigor em um determinado território. O conceito de constituição, por conseguinte, que se encontra no positivismo jurídico kelseniano, define a constituição como um estatuto aprovado por maioria qualificada, independentemente de seu conteúdo.¹⁴⁸

Para essa concepção, também, a "Teoria pura do direito" fornece o máximo de expressão radical em sua doutrina da estrutura hierárquica: a Constituição, bem

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 12.

¹⁴⁷ De forma mais aprofundada, consultar: LAGI, Sara. Hans Kelsen e a Corte Constitucional austríaca: 1918-1929. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 258-277, jan./abr. 2021; ÖHLINGER, Theo. The genesis of the Austrian model of constitutional review of legislation. **Ratio Juris**, Oxford, UK, v. 16, n. 2, p. 206-222, jun. 2003.

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2015. *passim*.

como estatutos, decretos, decisões de tribunais e administrações das autoridades judiciárias formam diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A Constituição, concebida como elemento normativo superior a todos os demais atos normativos, é premissa básica da estrutura do sistema concentrado. Tal superioridade é convertida em parte essencial da “Teoria pura do direito”, por influência das ideias de escalonamento normativo do discípulo de Kelsen, Adolf Merkel (1890-1970).¹⁴⁹ Tornou-se, pois, (a Constituição) a base para a construção da ideia de norma suprema, a partir da qual as demais extraem o fundamento de validade expresso numa relação de compatibilidade.

A relação entre Constituição e estatuto tem, portanto, o mesmo caráter que a relação entre estatutos e atos administrativos. Uma vez que não se duvidou, no início do século XX, que a legalidade da execução dos estatutos pelas autoridades administrativas poderia ser revisada por um tribunal, poder-se-ia então, pela mesma razão, não haver objeção a uma revisão da execução da Constituição pelo Legislativo. Nesse sentido, como já mencionado, Jellinek definia a questão da constitucionalidade de um estatuto como um conflito entre a maioria e a minoria em Parlamento, e que tal conflito seria resolvido de maneira mais adequada por um tribunal.¹⁵⁰

A argumentação em torno da necessidade de um Tribunal Constitucional foi, então, amadurecendo. Em sua obra clássica: *Jurisdição Constitucional*, Kelsen estabelece os parâmetros institucionais para a existência do Tribunal. Para o autor, o órgão encarregado do controle de constitucionalidade deve ser distinto e independente dos poderes representativos, pois estes são os principais sujeitos voltados a controlar a Constituição por via das leis e regulamentos – assim: “[m]anter

¹⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 247.

¹⁵⁰ Assim: “For this conception, too, the “Pure Theory of Law” provides the most radical expression in its doctrine of hierarchical structure (*Stufenbaulehre*): The constitution as well as statutes, ordinances, rulings of courts and administrative authorities form different levels of the legal pyramid. The relationship between constitution and statute has therefore the same character as the relationship between statutes and administrative acts: Legislation is conceived as the execution of the higher level of law manifest in the constitution, just as administrative acts execute a statute. Since it was not doubted, at the beginning of the twentieth century, that the legality of the execution of statutes by administrative authorities could be reviewed by a court, there could, by the same token, be no objection to a review of the execution of the constitution by the legislature”. ÖHLINGER, Theo. The genesis of the Austrian model of constitutional review of legislation. **Ratio Juris**, Oxford, UK, v. 16, n. 2, p. 217, jun. 2003.

a jurisprudência do tribunal a salvo de toda influência política será uma tarefa tão difícil quanto desejável”.¹⁵¹

Kelsen considerou, de tal forma, que um órgão técnico deveria manter a função de proteger e defender a Constituição.¹⁵² O autor analisa o problema da garantia jurisdicional da Constituição sob dois aspectos: primeiro aborda o aspecto teórico, expõe a natureza jurídica dessa garantia, fundamentando-se no sistema globalmente descrito em sua “Teoria geral do direito e do estado”¹⁵³; em segundo lugar, e sob o aspecto prático, o autor procura identificar os meios mais aptos à efetivação da justiça constitucional. Para tanto, apoia-se nas suas próprias experiências como membro e relator permanente da Alta Corte Constitucional da Áustria.¹⁵⁴

Pois bem, para Kelsen a garantia constitucional é, de todas as hipóteses de garantia da regularidade, aquela em que é maior o ímpeto no sentido de encarregar da anulação dos atos irregulares o próprio órgão que os produziu. Mas é, também, a situação em que tal procedimento parece ser mais contraindicado: primeiro porque o Parlamento não pode, por natureza, ser obrigado de forma eficaz; segundo porque incorreria em um ato de ingenuidade política supor que o Parlamento anularia uma lei por ele aprovada. Ademais, o órgão legislativo se considera um livre criador do Direito, quando na verdade é um órgão de aplicação do Direito vinculado à Constituição.¹⁵⁵

Kelsen defende então que não se deve contar com o Parlamento para implementar sua própria subordinação à Constituição. O órgão ao qual convém a incumbência de anular os atos inconstitucionais provindos do Parlamento deve ser distinto deste, independente dele e, portanto, de qualquer outra autoridade estatal: esse órgão deve ser uma jurisdição ou um tribunal constitucional.¹⁵⁶

Importante mencionar que a disputa sobre quem deve ser o guardião da Constituição já teve outros palcos, valendo revisitar aqui o célebre debate entre Carl Schmitt e Kelsen¹⁵⁷ que atravessou o século XX. Em 1929, Carl Schmitt publicou o ensaio *Das Reichsgerichts als Hüter de Verfassung* (O tribunal do Reich como

¹⁵¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 154.

¹⁵² *Ibid.*, p. 150-155.

¹⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁵⁴ KELSEN, *op. cit.*, 2003. p. 123.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 150.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 150.

¹⁵⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 15.

guardião da Constituição), reeditado em 1931, no qual defendia a tese de que caberia ao Presidente do *Reich* a tarefa de salvaguardar a Constituição em nome do povo.¹⁵⁸ No mesmo ano, logo após o lançamento do livro de Schmitt, Kelsen publicou o ensaio *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Quem deve ser o defensor da Constituição?), sustentando a prevalência de um Tribunal de Justiça Constitucional como guardião da Constituição.¹⁵⁹

Indubitavelmente, não há como deixar de verificar maior proximidade com a democracia em Kelsen do que em Schmitt. Contemporaneamente, com a prevalência da tese kelseniana sobre a de Schmitt, é muito difícil sustentar que o presidente é quem deva ser o guardião da Constituição e não um Tribunal Constitucional, como também buscar sua instauração fática sem que receba críticas no sentido de promover sérias rupturas com a tradição democrática ocidental.

O modelo kelseniano, dessarte, foi transposto como base para as Cortes Constitucionais europeias e adaptado conforme a realidade, a cultura, a história e as peculiaridades de cada país (europeu). Isso acarretou a identificação de elementos característicos próprios quanto ao parâmetro de constitucionalidade, à autonomia, ao monopólio do controle jurisdicional de constitucionalidade, aos efeitos da decisão e à composição.

2.2.2.2 Corte Constitucional Austríaca: composição, modelo de escolha dos juízes e competência

A Corte Constitucional austríaca, desde sua criação, passou por várias alterações. A estrutura e a organização da Corte foram modificadas em 1925 e em 1929 – esta última reforma, inclusive, provocou a saída de Kelsen. Fechada durante o golpe de Estado de 1933, ela foi substituída, com a nova Constituição de 1934, por uma "Corte Federal" – a qual reunia as competências das antigas Corte Constitucional e Corte Administrativa. A Corte foi suprimida em 13 de março de 1938 após a ocupação da Áustria pela Alemanha. Foi restabelecida pela Lei Constitucional de 12 de outubro de 1945 que introduziu, na Constituição provisória, o artigo 48.¹⁶⁰

¹⁵⁸ SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 19.

¹⁵⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 119-125.

¹⁶⁰ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. p. 42.

Acerca do modelo de composição da Jurisdição Constitucional, Kelsen afirma que não se pode propor um modelo uniforme para todas as Constituições possíveis, devendo a organização da Jurisdição Constitucional adaptar-se às peculiaridades de cada uma das Constituições.¹⁶¹ Contudo, indica as seguintes soluções de alcance e valor gerais:

- a) o número de seus membros não poderá ser muito grande, pois deverá deliberar sobre questões de direito, cumprindo uma missão puramente jurídica de interpretação da Constituição;
- b) entre as modalidades de recrutamento mais típicas, não é aconselhável a eleição pura e simples pelo Parlamento, nem tampouco a nomeação de responsabilidade exclusiva do Chefe do Estado ou do governo. Quiçá possa se efetuar uma conjugação, fazendo com que os juízes sejam eleitos pelo Parlamento em lista elaborada pelo governo, o qual deveria designar vários candidatos para cada vaga a ser preenchida;
- c) é importante assegurar a participação de juristas profissionais – um procedimento interessante para tal seria outorgar às Faculdades de Direito ou a uma comissão para que todas compartilhem o direito de apresentar candidatos para, pelo menos, parte dos cargos, ou ainda outorgar ao próprio Tribunal o direito de apresentar candidatos para cada vaga, a qual seria provida mediante eleição.¹⁶²

Propriamente, a Constituição Federal da República da Áustria de 1920 em seu art. 147 regulamentou a composição do Tribunal Constitucional, o qual previa que este fosse composto por um presidente, um vice-presidente e o número necessário de membros efetivos e suplentes.¹⁶³ Entre 1920 e 1929, a Corte era composta por 14 (catorze) juízes, sendo um presidente, um vice-presidente, 12 (doze) magistrados – e ainda havia 6 (seis) suplentes –, os quais eram designados na seguinte proporção: metade designado pelo Conselho Nacional e a outra metade pelo Conselho Federal. A partir de 1929, o poder de nomeação passou a ser do

¹⁶¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 154.

¹⁶² *Ibid.*, p. 150-155. Adaptado.

¹⁶³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad. **Pensamiento Constitucional**, [Perú], ano 4, n. 4, p. 208, 1997b.

Presidente da Federação por proposição: do Governo Federal para Presidente, Vice-Presidente, 6 (seis) juízes titulares e 3 (três) juízes suplentes; do Conselho Nacional, para 3 (três) juízes titulares e 2 (dois) juízes suplentes; do Conselho Federal, para 3 (três) juízes titulares e 1 (um) juiz suplente. Quando o Conselho Nacional ou o Conselho Federal precisam fazer indicações para preencher uma vaga, elaboram uma lista contendo três nomes, e, entre estes, o Presidente da Federação pode teoricamente escolher, porém é sempre nomeado o primeiro da lista.¹⁶⁴

Pode-se notar que o Governo, ao indicar sozinho oito membros titulares, entre os quais o Presidente e o Vice-Presidente – a maioria do poder – tem potencial para orientar a composição da Corte no sentido que lhe for favorável, entretanto, em virtude de um pacto tácito entre os dois principais partidos, estabelece-se geralmente um equilíbrio. Uma vez nomeados, os juízes permanecem na função até completarem 70 (setenta) anos. Para ser nomeado juiz titular ou suplente era preciso ter completado os estudos na área de Direito e ter exercido ao menos por 10 (dez) anos uma profissão em que a graduação em Direito fosse exigida.¹⁶⁵

As funções de membro da Corte Constitucional são incompatíveis com as funções de membro do Governo Federal ou Estadual, do Conselho Nacional, do Conselho Federal ou de "qualquer outro órgão de representação em geral".¹⁶⁶ O exercício das funções de Presidente e de Vice-Presidente da Corte, durante os 4 (quatro) anos de seu mandato, impede sua designação para as assembleias locais. Há também incompatibilidade entre as funções de membro da Corte Constitucional e as funções de representante ou assalariado de partidos políticos. Quanto ao estatuto jurídico dos magistrados constitucionais, este é semelhante ao dos juízes ordinários, sendo independentes no exercício da sua função.¹⁶⁷

Sobre a competência, o Tribunal Constitucional decidia sobre a legalidade dos regulamentos e a constitucionalidade das leis. O Tribunal viria a centralizar o controle da regularidade de todos os atos por meio dos quais as autoridades públicas ditaram regras gerais obrigatórias. A partir desse contexto, na reforma constitucional ocorrida em 1925, o Tribunal recebeu atribuição para decidir se um ato legislativo ou administrativo era da competência da Federação ou dos *Länder*. Essa atribuição da Corte é, então, exercida em relação a projetos de lei, de

¹⁶⁴ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. p. 42.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 42.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 43.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 42-43.

regulamentos – ou de outros atos administrativos – ainda não votados pelas assembleias ou publicados pelas autoridades administrativas com o objetivo de prevenir conflitos constitucionais (controle preventivo).¹⁶⁸

Por fim, o Art. 144 da Constituição de 1920 autorizava a Corte Constitucional a conhecer dos recursos interpostos contra decisões administrativas supostamente violadoras de direitos garantidos constitucionalmente, desde que esgotados os recursos administrativos. O Tribunal tornou-se, assim, o "guardião das liberdades individuais."¹⁶⁹

Eram legitimados a recorrer ao Tribunal Constitucional: o Governo Federal, os governos dos *Länder*, o próprio Tribunal – que poderia proceder *ex officio* para controlar um regulamento ou lei quando a norma em questão serviria como fundamento em um de seus próprios julgamentos, levantando dúvidas sobre a legalidade no caso de regulamentos ou sobre a constitucionalidade no caso de leis, e, finalmente e em relação exclusiva aos regulamentos, os Tribunais ordinários.¹⁷⁰

Os acórdãos do Tribunal Constitucional detinham força de coisa julgada (não se admitindo qualquer recurso) e força vinculante em relação a todos os poderes públicos, os quais também eram obrigados a garantir sua execução.¹⁷¹

Em relação aos efeitos das sentenças que reconheciam a ilegalidade dos regulamentos ou a inconstitucionalidade da lei impugnada, a ideia predominante era a assimilação da anulação, via decisão da Corte Constitucional, à própria revogação, ou seja, o ato anulado pela sentença desapareceria do ordenamento jurídico semelhantemente ao ato de ter sido revogado por uma norma contrária. A anulação da lei ou regulamento entra em vigor no momento da publicação pela autoridade competente da referida anulação (artigos 139 e 140 da Constituição de 1920). Excepcionalmente, o Tribunal poderia fixar data para início dos efeitos da decisão, desde que não excedesse o prazo de 6 meses. A anulação de uma lei ou a regulação gerou, em princípio, apenas efeitos pró-futuro, ou seja, o efeito revogatório do regulamento ou a lei não ocorreu retroativamente (*ex tunc*).¹⁷²

¹⁶⁸ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. p. 48.

¹⁶⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad. **Pensamiento Constitucional**, [Perú], ano 4, n. 4, p. 210, 1997b.

¹⁷⁰ *Ibid.*, 4, p. 209.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 209.

¹⁷² *Ibid.*, p. 209.

2.2.3 Controle político de constitucionalidade – modelo francês

O constitucionalismo moderno na França tem como marco inicial a Revolução Francesa iniciada em 1789 que, consoante conhecimento histórico, representou um rompimento em relação ao regime anterior. Os revolucionários franceses pretendiam formar um novo Estado e uma nova sociedade erigida sobre o ideário iluminista da igualdade, da liberdade e da fraternidade.¹⁷³

Os revolucionários acreditavam firmemente na necessidade de uma Constituição para proteger os cidadãos contra a arbitrariedade do monarca, mas não estabeleceram nenhum mecanismo para garantir a supremacia da Constituição e, conseqüentemente, como se efetivar o controle de constitucionalidade das leis. Pelo menos inicialmente, pode-se afirmar que houve uma hostilidade em relação à técnica operada.¹⁷⁴

A origem dessa hostilidade remonta à Revolução de 1789 e as razões são distintamente conhecidas. Por um lado, os revolucionários, em consonância com as ideias de Rousseau,¹⁷⁵ santificam a lei: trata-se da ideia de que a lei não pode ser injusta; ela é de fato a emanção da vontade geral. Por outro lado, se por acaso uma lei violar a Constituição, apenas o juiz parece ser capaz de invalidá-la, entretanto, para os revolucionários, a ideia era totalmente imprópria.¹⁷⁶

Dentro desse escopo, os revolucionários não se olvidaram que, sob o manto do antigo regime, os juízes tentaram desempenhar um papel político e se opuseram às poucas tentativas de reforma. Além disso, eles temiam que os juízes tentassem se opor à revolução. Em suma, a santificação da lei torna o controle de constitucionalidade desnecessário, e desconfiança em relação aos juízes o torna inoportuno. É por isso que as Constituições do período revolucionário não são acompanhadas de qualquer mecanismo legal destinado a garantir sua eficácia.¹⁷⁷

Para explicar as razões disso, basta recordar que o ofício judiciário fora considerado pelos juízes franceses do antigo regime, em particular pelos

¹⁷³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: su evolución. *In*: QUIROGA LEON, Aníbal (comp.). **Sobre la jurisdicción constitucional**. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú: Fondo, 1990. p.128-129.

¹⁷⁴ BON, Pierre. La létimité du Conseil Constitutionnel français. *In*: COLÓQUIO DO 10º ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1993, Lisboa. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 141.

¹⁷⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

¹⁷⁶ BON, *op. cit.*, p. 141.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 141-142.

Parlementaires –, ou seja, pelos juízes daquelas Cortes Superiores (que eram os *Parlements*) –, como um direito de propriedade, logo, assim como os demais bens patrimoniais privados, os cargos poderiam ser comprados, vendidos e transmitidos por herança. Da mesma forma que um proprietário tem direito de usufruir de seus bens, os titulares de tal ofício desfrutavam dos cargos à custa das partes litigantes – não foi à toa que aqueles juízes estiveram, quase sempre, entre os adversários mais implacáveis de qualquer reforma em sentido liberal, incluindo a Revolução.¹⁷⁸

Em segundo lugar, razões ideológicas, a influência do contratualismo de Rousseau e a doutrina de separação dos Poderes de Montesquieu¹⁷⁹ foram decisivas na construção do constitucionalismo francês e sua forma de controle.¹⁸⁰ Montesquieu, em sua formulação mais rígida da doutrina da divisão de Poderes, considerava totalmente inadmissível a ingerência dos juízes na esfera do poder legislativo, especialmente por força dos desenvolvimentos/dos avanços rousseauianos como a *volonté generale*¹⁸¹ como a direta manifestação da soberania popular.¹⁸²

Finalmente, podem ser citadas razões práticas, as quais se unem àquelas históricas e ideológicas. Tais razões advêm da exigência prática prevalente sentida na história francesa de mais de um século e meio. Trata-se da exigência de assegurar, especialmente mediante o glorioso instituto do *Conseil d'Etat*, uma tutela contra as ilegalidades e os abusos do Poder Executivo, também, especialmente por meio da *Cour de Cassation*, nesse caso, contra as ilegalidades do Poder Judiciário, previamente à asseguaração de uma tutela contra os excessos do Poder Legislativo. Mesmo quando a Constituição de 1958 pretendeu colocar um limite aos poderes do Parlamento, isso se fez via aumento dos poderes do Executivo, sobretudo os poderes do Chefe de Estado em detrimento do Judiciário.¹⁸³

Não por acaso, as Assembleias Constituintes, após a Revolução de 1789, procuraram limitar a influência do Poder Judiciário. A Lei de 16-24 de agosto de 1790 sobre a organização judicial (*Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire*) dispôs, em seu art. 10, que os tribunais não poderiam tomar, direta ou

¹⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 97.

¹⁷⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 53.

¹⁸¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 37-38 e 125.

¹⁸² CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 97.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 98-99.

indiretamente, parte no exercício do Poder Legislativo nem impedir ou suspender a execução dos decretos do corpo legislativo.¹⁸⁴ Previu-se também que o poder de interpretação não deveria ser exercido, em última instância, pelo Judiciário, mas pelo próprio corpo legislativo, a pedido dos juízes (art. 12 da mesma lei).¹⁸⁵

Assim, seguindo a clássica concepção de Montesquieu, ao Judiciário nada restaria senão assumir seu papel de simples “boca da lei”, que pronuncia as palavras da lei, sendo os juízes seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor da lei.¹⁸⁶

Nessa perspectiva, como as normas editadas pelo legislador seriam supostamente completas, claras e coerentes, ao magistrado não caberia mais do que simplesmente aplicar a solução abstrata e previamente dada pelo legislador para resolver o caso concreto. Seu raciocínio seria simples e mecânico, construído na forma de um silogismo formal, em que a premissa maior seria a lei, a premissa menor seria o fato a ser julgado, extraíndo-se da subsunção do fato à norma como a única conclusão possível.

A lei, como passou a ser compreendida na França após a Revolução, tornou-se a rainha das fontes. Sobre sua primazia, construíram-se a noção de Estado de Direito, de legalidade e de Direito Penal Liberal. O grande trunfo do Parlamento, como origem e motor principal do Direito, assenta-se, por conseguinte, em características reais, mas também simbólicas (que tal órgão possui), especialmente diante da convicção da legitimidade democrática dos representantes do povo. Segundo essa tradição, a lei, como expressão direta da vontade geral, necessariamente deveria ser respeitada pelos demais Poderes.¹⁸⁷

O dogma francês, segundo o qual a lei é a expressão da vontade geral, praticamente liberta o legislador de sua submissão à Constituição – de tal forma, não é favorável à ideia de primazia desta. Isso porque a concepção absolutista de lei,

¹⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 53.

¹⁸⁵ Artigo 10: "Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture".

Artigo 12: "Ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle". RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire**. Droit national en vigueur. Titre II : Des juges en général (Articles 10 à 13). République Française: Légifrance, 24 août 1790 [Dernière mise à jour des données de ce texte : 16 août 1790]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000704777/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁸⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 175.

¹⁸⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 2000. *passim*.

segundo a qual todo direito flui da vontade do monarca, é aplicada para a República no sentido de que todos os direitos derivam da vontade da maioria da Assembleia Nacional. Emmanuel de Sieyès, político e eclesiástico francês, reconheceu esse problema e, em 1795, em sua *Opinion sur la jurie constitutionnaire* indica que:

Uma constituição é um corpo de leis obrigatórias ou não é nada; se for um corpo de leis, questiona-se onde estará o guardião, onde estará a magistratura deste código? Você tem que ser capaz de responder. Um descuido desse tipo seria tanto inconcebível quanto ridículo na ordem civil; por que você sofreria isso na ordem política? As leis, sejam elas quais forem, pressupõem a possibilidade de sua infração, com real necessidade de aplicá-las (tradução nossa).¹⁸⁸

Sieyès tentou oferecer uma garantia externa da rigidez constitucional quando participou dos trabalhos de elaboração da Constituição do Ano III (1795). O autor apresentou um esboço sobre o estabelecimento de um *jurie constitutionnaire*, composto por representantes do povo, cuja competência essencial seria julgar reclamações contra qualquer violação à Constituição. A proposta de Sieyès não obteve êxito, permanecendo em vigor a vedação de controle externo das leis.¹⁸⁹

No século XIX, essa relutância em verificar a constitucionalidade das leis era reforçada pelo fato de os únicos dois regimes que instituíram mecanismos desse tipo serem regimes autoritários. A Constituição de 1799 confiou ao Senado Conservador, cuja composição ficava a critério de Napoleão Bonaparte, a função de controlar a legitimidade das leis oriundas do Parlamento.¹⁹⁰ Já a Constituição de 1852 atribuía ao *Sénat* a tarefa de se opor à promulgação de leis que pudessem atentar contra a Constituição¹⁹¹ – contudo, assim como em 1799, os membros do *Sénat* eram todos nomeados por Napoleão III.¹⁹²

É apenas no início do século XX que as concepções começam a evoluir na França, porém de forma muito lenta e, nada obstante, ao contrário do que

¹⁸⁸ "Une constitution un corps de lois obligatoires ou ce n'est rien; si c'est un corps de lois, on se demande ou sera le gardien, où sera la magistrature de ce code? Il faut pouvoir répondre. Un oubli en ce genre serait inconcevable autant que ridicule dans l'ordre civil; pourquoi le souffririez-vous dans l'ordre politique? Des lois, quelles qu'elles soient, supposent la possibilité de leur infraction, avec un besoin réel de les faire observer". SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Opinion sur la jurie constitutionnaire**. [Paris: s. n.], 1795. p. 3.

¹⁸⁹ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 296.

¹⁹⁰ BON, Pierre. La légitimité du Conseil Constitutionnel français. In: COLÓQUIO DO 10º ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1993, Lisboa. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 141-142.

¹⁹¹ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *op. cit.*, p. 297-298.

¹⁹² BON, Pierre. *op. cit.*, p. 142.

acontecerá em um certo número de outros países europeus. Modificação importante ocorreu com a Constituição de 1946 mediante a criação do Comitê Constitucional, cuja função voltava-se a revisar as leis em contraste com a Constituição, limitado a verificar o cumprimento da lei em relação aos Títulos I a X da Constituição,¹⁹³ que exclui o Preâmbulo, no qual a maioria dos direitos fundamentais encontrava-se previsto. Em caso de conflito entre a lei e a Constituição, o artigo 93 estabelecia que a lei fosse devolvida à Assembleia Nacional para nova deliberação e que, se o Parlamento mantivesse seu voto, tal lei seria promulgada após a revisão da Constituição.¹⁹⁴

Em síntese, a história das ideias e instituições mostra que, na França, até 1958, a revisão da constitucionalidade das leis era, se não sistematicamente refutada, por vezes praticamente inexistente. Isso perdurou até a Constituição de 1958 com a criação do Conselho Constitucional.¹⁹⁵ Dessa forma, nas Constituições francesas anteriores, o que se vislumbrou foi uma modalidade de defesa política da Constituição. A fiscalização, dentro desse âmbito (da criação do Conselho Constitucional), é atribuída à própria Casa Legislativa ou a alguma outra assembleia de natureza política, a quem se incumbe a imposição de veto à lei quando a considere inconstitucional.

2.2.3.1 O Conselho Constitucional: composição e competência

A Constituição francesa de 1958 buscou empreender a difícil tarefa de modificar o panorama relativo ao controle de constitucionalidade sem, no entanto, abandonar suas tradições. Assim, a Constituição da V República francesa criou um órgão com competência para exercer o controle de constitucionalidade de normas: o *Conseil Constitutionnel*.¹⁹⁶

¹⁹³ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. [Constituição (1946)]. **Constitution de 1946, IV^e République**. Conseil Constitutionnel. Les Constitutions dans l'histoire. France: Conseil Constitutionnel, 1946. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1946-ive-republique>. Acesso em: 20 abr. 2021.

¹⁹⁴ BON, Pierre. La légitimité du Conseil Constitutionnel français. In: COLÓQUIO DO 10^o ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1993, Lisboa. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 142.

¹⁹⁵ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Texte integral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur**. Texte intégral en vigueur à jour de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Conseil Constitutionnel. Le Bloc de Constitutionnalité. France: Conseil Constitutionnel, 1958. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>. Acesso em: 17 mar. 2021.

¹⁹⁶ *Ibid.*

Esse Conselho Constitucional é composto pelos ex-Presidentes da República¹⁹⁷ e por outros 9 (nove) membros, 3 (três) dos quais nomeados pelo Presidente da República, 3 (três) pelo Presidente da Assembleia Nacional, e 3 (três) pelo Presidente do Senado, para mandato de 9 (nove) anos, proibida a recondução. Um terço dos membros eram renovados a cada 3 (três) anos; cada autoridade designa um membro de 3 (três) em 3 (três) anos, o que assegura certa continuidade, como também uma diversidade de origens.¹⁹⁸ O artigo 56 da Constituição Francesa dispõe que as nomeações feitas pelo Presidente da Assembleia Nacional e (pelo Presidente) do Senado serão submetidas à consulta da comissão permanente da assembleia envolvida. Ademais, não é exigida qualquer qualificação profissional ou idade para se tornar um membro do Conselho Constitucional.¹⁹⁹ Há apenas a previsão de que os indicados devem estar em pleno gozo de seus direitos civis e políticos.

A única restrição expressa concerne ao tema das incompatibilidades, a Constituição francesa prevê, em seu artigo 57, que as funções desenvolvidas pelos membros do Conselho são incompatíveis com as de ministro e de membro do Parlamento. Em 1995 e 2013, houve alterações na lei orgânica de 1958, adicionando outras incompatibilidades conforme delineado no artigo 4, que estabelece que as incompatibilidades profissionais que se aplicam aos parlamentares se estendem aos membros do Conselho. Além disso, outras incompatibilidades e obrigações são especificadas no artigo 7 da *Ordonnance* de 1958. Por fim, o *Décret du 13 novembre 1959* determina que os membros do Conselho têm a obrigação de se abster de tudo que possa comprometer a independência e a dignidade das funções que exercem.²⁰⁰

Uma vez nomeados, os juízes constitucionais gozam de total independência, não podem ser demitidos ou destituídos, a não ser pelo próprio Conselho

¹⁹⁷ Somente ao ex-Presidente da República mais antigo cabe exercer a titularidade do cargo. CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 301.

¹⁹⁸ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. p. 94.

¹⁹⁹ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Texte integral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur**. Texte intégral en vigueur à jour de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Conseil Constitutionnel. Le Bloc de Constitutionnalité. France: Conseil Constitutionnel, 1958. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>. Acesso em: 17 mar. 2021.

²⁰⁰ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. A PEC 35/2015 e o sistema de escolha de ministros do Supremo Tribunal Federal: análise crítica a partir do direito constitucional comparado. **Revista de Direito da Administração Pública**, Florianópolis, v. 1, n. 1, 2021.

Constitucional e em circunstâncias excepcionais. O mandato somente pode ser interrompido via falecimento do membro, pedido de demissão, demissão de ofício e incapacidade. Nesses casos, deverá ser nomeado um membro substituto, o qual exercerá suas funções até o término do mandato assumido. O substituto poderá ser nomeado como novo membro, desde que a substituição não ultrapasse o período de 3 (três) anos.²⁰¹

O presidente do Conselho Constitucional é nomeado pelo Presidente da República entre seus membros. O Chefe de Estado poderá, portanto, designar qualquer um dos membros. Contudo, segundo a prática estabelecida, o Presidente da República empreende a seleção entre os membros que ele nomeou.²⁰²

As regras de funcionamento e de procedimento são definidas por uma lei orgânica e pelo regimento interno, de modo que o Conselho Constitucional tem o controle da edição dessas regras. As decisões do Conselho, segundo o artigo 62 da Constituição, são irrecorríveis, impondo-se aos Poderes Públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.²⁰³ Essa autoridade absoluta de coisa julgada é respeitada pelo Parlamento, pelo governo e pelas jurisdições administrativas e judiciárias.²⁰⁴

Circunstância particularmente transcendente – e que não pode ser dispensada na análise do *Conseil* –, é a progressão da sua evolução nas últimas três décadas (a partir de 1958), que marcou uma mudança notória de orientação no papel constitucional desse órgão. As razões dogmáticas e históricas referentes, especialmente, à divisão de poderes desaconselharam o Constituinte de 1958 a instaurar qualquer modalidade de controle incidental da constitucionalidade das leis. Como decorrência, o sistema adotado pela França (à época) contou com muitas peculiaridades referentes à composição da Corte, ao acesso e, especialmente, à fase preventiva do controle.

²⁰¹ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 303.

²⁰² *Ibid.*, p. 303.

²⁰³ "Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles". RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Texte integral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur**. Texte intégral en vigueur à jour de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Conseil Constitutionnel. Le Bloc de Constitutionnalité. France: Conseil Constitutionnel, 1958. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>. Acesso em: 17 mar. 2021.

²⁰⁴ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. p. 94-95.

Bon esclarece que as intenções dos autores da Constituição, ao criar o Conselho Constitucional, não era estabelecer uma jurisdição constitucional relativamente ao modelo austro-kelseniano, tampouco garantir os direitos e liberdades dos cidadãos. A criação do Conselho Constitucional visava a fortalecer o Poder Executivo em detrimento do Parlamento.²⁰⁵ Nesse sentido, criou-se um mecanismo particularmente eficaz em obrigar o Parlamento a permanecer dentro do quadro de suas atribuições em um papel mais limitado do que no passado. Assim, a função de controle de constitucionalidade foi concebida de forma marginal para que a ela se recorresse esporadicamente.²⁰⁶

Nesse panorama, a França, apesar da introdução na Constituição do *Conseil Constitutionnel* de 1958, manteve seu "excepcionalismo" (da Constituição) sob vários pontos de vista, mas, sobretudo, porque representou um dos poucos sistemas jurídicos em que apenas uma verificação centralizada e abstrata de constitucionalidade (aliás, *a priori*) foi permitida. Os juízes deveriam aplicar a lei sempre, mesmo que se suspeitasse de sua inconstitucionalidade. Também não foi admitida qualquer possibilidade para os titulares de direitos de recorrer ao Judiciário para arguir a inconstitucionalidade da lei.²⁰⁷ Como afirma Favoreu, o controle de constitucionalidade na França encontrou resistências e obstáculos:

[...] na medida em que o juiz constitucional não pode exercer um controle sobre a aplicação de suas decisões pelo juiz ordinário, a efetividade da aplicação das normas constitucionais pode não estar assegurada. A segunda limitação à influência da jurisprudência do Conselho Constitucional consiste em que, quando uma lei coloca um anteparo entre o ato ou a situação a ser julgada e a Constituição, o juiz ordinário faz prevalecer a lei, mesmo que isso acabe consagrando uma inconstitucionalidade! Esta atitude é tanto do juiz administrativo como do juiz judiciário, em virtude do princípio segundo o qual o juiz ordinário não pode apreciar a constitucionalidade de uma lei, tampouco remeter ao juiz constitucional a questão da inconstitucionalidade [...].²⁰⁸

No que se refere à doutrina, não é diferente: muitos julgaram desnecessário ler e comentar as decisões proferidas pelo Conselho, já que, a seu ver, eram

²⁰⁵ BON, Pierre. La létimité du Conseil Constitutionnel français. *In*: COLÓQUIO DO 10º ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1993, Lisboa. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 143.

²⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 55.

²⁰⁷ GROPPI, Tania. Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l'Italia?. **Rassegna Parlamentare**, [S. l.], v. 52, n. 1, p. 40, 2010.

²⁰⁸ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. p. 101.

emanadas de um órgão político e não requeriam, por conseguinte, ser objeto de exegese jurídica. O Conselho Constitucional é então relegado, nos manuais de Direito Constitucional, para o último lugar, muitas vezes (dispostos) no mesmo capítulo que o Conselho Económico e Social, com função puramente consultiva. Só na década de 1970, a imagem da instituição começa a se alterar.²⁰⁹ Ademais, ocorre uma mudança considerável, uma vez que a legitimidade desta passa a ser amplamente admitida.

A partir dessa evolução, a decisão do Conselho de 16 de julho de 1971 deve ser reputada como um momento-chave. A referida decisão foi motivada por reclamação do Presidente do Senado por intermédio de invocação do disposto no art. 61 da Constituição contra o art. 3º da Lei aprovada pelo Legislativo por meio da qual foi modificado um texto legal de 1901, alterando as regras para a criação de associações privadas sem fins lucrativos. Em sua decisão (Decisão 71-44DC),²¹⁰ o Conselho entendeu que o referido preceito violou um dos direitos fundamentais da pessoa consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e incorporado à Constituição por meio de seu Preâmbulo.²¹¹

Esse foi um dos julgados mais importantes da história da França, pois, além de atribuir pleno valor constitucional às disposições do Preâmbulo, inaugurou o conceito de *bloco de constitucionalidade*.²¹² Dessa forma, a Resolução de 16 de julho de 1971 marca o fim de uma etapa. A partir desse momento, o Conselho permanece não como defensor das prerrogativas do Executivo contra o Parlamento, mas como guardião das liberdades constitucionais perante a coligação governamental e sua maioria parlamentar.²¹³

Na sequência, “[...] a reforma realizada por meio da Lei Orgânica nº 74-1101, de 26 de dezembro de 1974, abriu caminho para a legitimação ativa de sessenta deputados ou sessenta senadores poderem recorrer de uma lei perante o Conselho

²⁰⁹ BON, Pierre. La létimité du Conseil Constitutionnel français. In: COLÓQUIO DO 10º ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1993, Lisboa. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 146.

²¹⁰ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Conseil Constitutionnel. **Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971**. Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association. France: Conseil Constitutionnel, 1971. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

²¹¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: su evolución. In: QUIROGA LEON, Aníbal (comp.). **Sobre la jurisdicción constitucional**. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú: Fondo, 1990. p. 130.

²¹² CICONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdicção constitucional comparada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 312.

²¹³ FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, p. 130.

Constitucional, anterior à sua promulgação pelo Presidente da República”.²¹⁴ A partir de então, o caminho estava realmente aberto para a proteção das minorias parlamentares que pudessem reunir autoridade suficiente. A alteração tem real importância, especialmente se se leva em conta que a Constituição francesa não contém uma declaração articulada dos direitos fundamentais.

Ainda no caminho das inovações/evoluções, por meio da Lei Constitucional francesa de 23 de julho de 2008 (Lei n° 2008-724), o artigo 61-1 da Constituição foi alterado.²¹⁵ Trata-se, pois, de uma inovação que é uma verdadeira revolução no sistema, uma vez que incorpora, na França, a questão da inconstitucionalidade de acordo com os cânones do controle de constitucionalidade da Europa continental. Tal preceito, posteriormente regulamentado pela Lei Orgânica 2009-1523, ampliou a competência do Conselho Constitucional para permitir o controle repressivo de constitucionalidade das leis (promulgadas e em vigor), sempre que tal controle for suscitado em qualquer processo judicial ou administrativo – refere-se, aqui, à *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC – Questão Prioritária de Constitucionalidade).²¹⁶ Trata-se de uma mudança significativa, pois, desde 1958 o sistema efetuava um controle de constitucionalidade de leis de caráter exclusivamente preventivo.

A QPC é, portanto, um incidente processual que pode ser deflagrado a qualquer tempo em qualquer grau de jurisdição à luz de um caso concreto. Nesse sentido, qualquer Tribunal, ao apreciar uma lide, pode, a requerimento de uma das partes, solicitar ao Conselho de Estado ou ao Tribunal de Cassação conforme for a

²¹⁴ “[...] la reforma constitucional operada por la Ley Orgánica n° 74-1101, de 26 de diciembre de 1974, que posibilita que sesenta diputados o sesenta senadores pudieran recurrir una ley ante el Consejo Constitucional con anterioridad a su promulgación por el Presidente de la República [...]”. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: su evolución. In: QUIROGA LEON, Anibal (comp.). **Sobre la jurisdicción constitucional**. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú: Fondo, 1990. p. 130.

²¹⁵ "**ARTICLE 61-1.** Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé". "Quando, no decorrer de um processo pendente perante um tribunal, for alegado que uma disposição legislativa viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição, a questão poderá ser submetida ao Conselho Constitucional pelo Conselho de Estado ou pelo Tribunal de Cassação, que deverá proferir uma decisão dentro de um prazo determinado". RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Texte integral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur**. Texte intégral en vigueur à jour de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Conseil Constitutionnel. Le Bloc de Constitutionnalité. France: Conseil Constitutionnel, 1958. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>. Acesso em: 17 mar. 2021.

²¹⁶ CICONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdicção constitucional comparada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 319.

natureza do órgão julgador que encaminhe a QPC ao Conselho Constitucional. Doravante, por intermédio dessa *Question*, o cidadão passa a ter, na esfera judicial e também na administrativa, a possibilidade de suscitar, perante a mais alta Corte do país, a ilegitimidade constitucional de lei ou ato normativo com força de lei.²¹⁷

Uma característica dessa reforma é que há a presença de um filtro antes da admissibilidade das questões, o qual é expedido pelos órgãos jurisdicionais; no entanto, esse filtro (ou procedimento de ponderação) não está mais no próprio *Conseil Constitutionnel*, mas perante os órgãos superiores das respectivas jurisdições: o *Cour de Cassation* (órgão máximo da jurisdição ordinária) e o *Conseil d'État* (órgão máximo da jurisdição administrativa), que podem impugnar disposição legislativa que viole direitos de liberdade garantidos pelo bloco de constitucionalidade.

Sobrevindo, em 2009, a Lei Orgânica (2009-1523) prevista pela Constituição para estabelecer as condições do artigo (61-1), a questão *préjudicielle* foi transformada em *prioritaire*, mas o principal aspecto voltou-se a conferir a prioridade ao controle de constitucionalidade, vista sob dois aspectos: a) a prioridade-precedência (compreensão da prioridade da questão de constitucionalidade sobre os meios de convencionalidade); e, b) a prioridade-celeridade (nomeadamente os prazos muito restritos a que os tribunais estão vinculados em matéria de QPC). São, portanto, ferramentas concebidas para garantir que a proteção constitucional de direitos e liberdades não seja engolida pelo controle de convencionalidade e, à vista disso, ocupe um lugar central no litígio de direitos e liberdades.²¹⁸

Explicando melhor: os tribunais administrativos e judiciais desempenham o controle de conformidade das leis em relação a normas internacionais e europeias de direitos humanos (controle de convencionalidade), mas não dispõem do mesmo poder em relação às normas constitucionais.²¹⁹ Assim, diferentemente da maioria dos países europeus, a França confiou o controle de constitucionalidade e convencionalidade das leis a jurisdições diferentes, o que implica que esses dois mecanismos de controle sejam articulados da forma mais harmoniosa possível.

²¹⁷ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 319.

²¹⁸ LARROUTOU, Thibaut. **Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité**. 2020. Thèse (Docteur en Droit Public) – Université Jean Monnet Saint-Etienne, Lyon, 2020. *passim*.

²¹⁹ *Ibid.*, *passim*.

No entanto, conforme conclui Larroutourou, dadas as questões, os atores e as normas envolvidas, essa articulação é deveras sumariamente delineada pela Constituição, pela lei orgânica, pela lei ou por tratados internacionais.²²⁰ É, portanto, principalmente a jurisprudência que irá delinear as múltiplas relações que unem a questão prioritária da constitucionalidade e do controle de convencionalidade. Para o autor, esse sistema de “disjunção conectada” dos dois controles, longe de constituir uma complexidade desnecessária do sistema francês de proteção de direitos e liberdades, permite assegurar uma competição saudável entre os atores jurídicos envolvidos no sentido de promover a recepção de soluções identificadas pelos tribunais internacionais, de forma a preservar a autonomia do juiz constitucional em matéria de interpretação da Constituição.²²¹

Como se observa, essa nova modalidade de controle é repressiva, porém persiste o monopólio da decisão de inconstitucionalidade nas mãos do Conselho Constitucional, e a natureza do controle segue abstrata. Se não encerra a discussão, a *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC) inegavelmente segue na tendência de “jurisdicionalização” identificada pelos constitucionalistas franceses desde a criação do Conselho Constitucional.

2.2.3.2 Natureza jurídica do Conselho Constitucional

A natureza abstrata e preventiva da fiscalização, a composição do Conselho e o acesso limitado a este deram ensejo a dúvidas sobre sua efetiva natureza jurídica. A origem do Conselho Constitucional é ambígua: suas atribuições apresentam, essencialmente, um caráter jurisdicional, mas sua composição possui verdadeira natureza política. Na França, havia uma controvérsia acerca da natureza do Conselho Constitucional, assentada na inexistência de um controle concentrado repressivo das leis e, ainda assim, apenas das leis orgânicas e das leis ordinárias, não existindo controle das leis nacionais.²²²

Os autores que se alinham em cada uma das posições em disputa recorreram a argumentos de naturezas muito diversas para defender as respectivas

²²⁰ LARROUTUROU, Thibaut. **Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité**. 2020. Thèse (Docteur en Droit Public) – Université Jean Monnet Saint-Etienne, Lyon, 2020. *passim*.

²²¹ *Ibid.*

²²² FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. p. 12.

teses. De um lado, alguns autores sustentam que a própria competência do Conselho tinha natureza política. Além disso, sua composição, condicionada pelo sistema de seleção dos membros, privava a instituição das mais elementares garantias de independência.²²³ Segado, nesse sentido, afirma que o controle de caráter preventivo ou a *priori*, aliado ao imperativo de controle quanto a certas normas (leis orgânicas e regulamentos parlamentares) suscita dúvidas muito sérias quanto à natureza do Conselho.²²⁴

No mesmo sentido, Cappelletti escreveu sobre a “[...] natureza não propriamente jurisdicional da função exercida pelo *Conseil Constitutionnel*”, em razão da natureza antes política que judiciária do órgão estava revelada na escolha e no *status* de seus membros; nas diversas competências do próprio órgão e nas modalidades de sua forma de operar; e, especialmente no caráter necessário, pelo menos no que diz respeito às leis orgânicas, do controle que se desenvolve sem um verdadeiro recurso ou impugnação da parte; por último, o autor destaca o caráter preventivo da função de controle exercida, inserido no próprio processo de formação da lei.²²⁵

As consequências dessa tese são graves, já que o Conselho poderia decidir situando-se no plano da oportunidade política, o que o levaria a tornar-se uma espécie de terceira Câmara – por isso mesmo, não é de se estranhar que um setor da doutrina tenha tentado mostrar o quanto essa hipótese está equivocada.²²⁶

A tese jurisdicional tem Marcel Waline como principal defensor. O autor caracteriza a função judicial por intermédio de dois elementos complementares: o elemento material (resolução da questão fundada segundo considerações de direito e não de equidade) e o elemento formal (a autoridade de coisa julgada, em virtude da qual essa resolução não pode ser posta em entendimento).²²⁷

Para Streck, parece claro que o Conselho Constitucional não se comporta como um órgão político no sentido estritamente técnico, atuando similarmente como um verdadeiro operador jurídico também nesses casos, inclusive como um órgão jurisdicional.²²⁸ Os defensores da tese judicial sustentam que o Conselho

²²³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 56.

²²⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: su evolución. *In*: QUIROGA LEON, Aníbal (comp.). **Sobre la Jurisdicción Constitucional**. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú: Fondo, 1990. p. 126.

²²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 29.

²²⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, p. 128.

²²⁷ STRECK, *op. cit.*, p. 55.

²²⁸ *Ibid.*, p. 56.

Constitucional não só interpreta a lei, mas suas decisões valem para julgamentos de acordo com o disposto no art. 62 da Constituição.²²⁹

Parece claro que, quando exercita o controle de constitucionalidade, a atuação do Conselho Constitucional está formalmente inserida no próprio processo de formação das leis – de natureza política – por meio de um parecer vinculatório,²³⁰ de técnicas como a conformidade sob reservas ou do controle *à double détente*, atuando, nesse sentido, como verdadeiro legislador positivo. Por outro lado, como lembra Streck, também é notório que, em nenhum momento, o Conselho Constitucional aborda o texto legal da mesma maneira que o Poder Legislativo.²³¹ De fato, enquanto a Assembleia Nacional e o Senado operam fundamentalmente com base em considerações de oportunidade (política), o Conselho o faz com base em considerações exclusivamente jurídicas, devidamente motivadas, e com a única finalidade de tornar compatível com a Constituição o projeto ou a proposição de lei.

Ademais, na circunstância de não haver partes com reivindicações opostas, a natureza jurisdicional da fundação não se altera; pelo contrário, apenas permite distinguir entre jurisdição contenciosa (especialmente em matéria eleitoral) e jurisdição não contenciosa (controle obrigatório das leis orgânicas e regulamentos parlamentares).²³²

A transformação iniciada no período 1971-1974 reforçou ainda mais a natureza jurisdicional, especialmente a já mencionada Decisão 71-44DC de 16 de julho de 1971,²³³ a revisão constitucional de 26 de dezembro de 1974 (Lei Orgânica nº 74-1101)²³⁴ e a reforma constitucional de 23 de julho de 2008,²³⁵ as quais contribuíram decisivamente para a legitimação do Conselho Constitucional.

²²⁹ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Texte integral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur.** Texte intégral en vigueur à jour de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Conseil Constitutionnel. Le Bloc de Constitutionnalité. France: Conseil Constitutionnel, 1958. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>. Acesso em: 17 mar. 2021.

²³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 29.

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 56.

²³² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: su evolución. *In*: QUIROGA LEON, Aníbal (comp.). **Sobre la Jurisdicción Constitucional.** Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú: Fondo, 1990. p. 122.

²³³ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Conseil Constitutionnel. **Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.** Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association. France: Conseil Constitutionnel, 1971. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

²³⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, p. 130.

²³⁵ CICONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 319.

2.3 Hibridação dos modelos de controle de constitucionalidade

Um dos fenômenos mais relevantes das ordens constitucionais dos tempos correntes tem sido aquele relativo à universalização da justiça constitucional, característica que se acentuou de forma bastante notável a partir do segundo pós-guerra. Essa expansão provocou a adaptação dos modelos históricos aos requisitos de cada ordenamento jurídico e promoveu uma mistura e hibridação de modelos tradicionais de controle da constitucionalidade.²³⁶

Conseqüentemente, a relevância dos modelos de justiça constitucional tem sido objeto de questionamento por parte de variados autores. Entre as censuras frequentemente endereçadas a essa modelagem, distinguem-se aquelas que observam o caráter ideológico e aquelas que apontam para seu caráter simplista ou cientificamente inadequado.

Primeiro, vêm as acusações de instrumentalização ideológica, cuja formulação mais radical e completa é construída por Tusseau. Para o autor, a distinção de modelos teria sido um “[...] instrumento para estabelecer uma representação do Conselho Constitucional como um verdadeiro tribunal constitucional, com base em premissas apresentadas como essencialmente teóricas e de vocação universal” (Adaptado).²³⁷ Segundo, surgem as críticas fundamentadas na inadequação científica da bipolarização *modelo americano/modelo kelseniano*.²³⁸ Alguns argumentos apontam corretamente para a grande diversidade de jurisdições constitucionais europeias que não podem ser reduzidas a um modelo único.

Como destaca Carpentier, a análise dos principais sistemas de justiça revela que os próprios arranjos constitucionais, os quais determinam o lugar do juiz

²³⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional. **Revista de las Cortes Generales**, [Madrid], v. 84, p. 4, 2011.

²³⁷ “[...] dès lors que l’on s’interroge sur les raisons qui peuvent expliquer la persistance d’une construction doctrinale aussi décevante, il est possible d’envisager que cet état de fait tient à des considérations non pas scientifiques, mais essentiellement idéologiques. Il s’ensuit un sophisme politique, consistant pour l’essentiel à tirer diverses formes de légitimation du Conseil constitutionnel français à partir de prémisses présentées comme essentiellement théoriques et ayant une vocation universelle”. TUSSEAU, Guillaume. Sur le métalangage du comparatiste: de la prétention à la neutralité à l’engagement pragmatiste. **Revus-Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, [S. l.], n. 21, p. 92, 2013.

²³⁸ Acerca disso, consultar as seguintes obras:
PEGORARO, Lucio. La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 6, p. 393-416, 2002.
FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano–modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de Justicia Constitucional. **Direito Público**, [S. l.], ano 1, n. 2, p. 55-82, oct./dic. 2003.

constitucional, diferem muito de um país para outro, dependendo do tipo de recursos disponíveis, do grau que existe entre o juiz constitucional e os tribunais ordinários e de acordo com as diversas maneiras pelas quais o juiz pode ter a “última palavra” em relação aos órgãos políticos.²³⁹

De fato, os sistemas de justiça constitucional evoluem, assim como os sistemas jurídicos em geral: quem ontem rejeitou a ideia de um "terceiro" juiz independente das leis pode vir a prevê-la; quem enfatizou uma derivação política próxima pode afrouxá-la; aqueles que optaram pela jurisdição do controle podem mitigá-lo em proveito de ferramentas e formas discricionárias de exercício; quem contemplou um exercício restrito, exercido por poucos sujeitos, pode ampliar o leque de acesso. De vez em quando, podem aumentar ou diminuir os espaços interpretativos atribuídos aos juízes, ou a outros sujeitos que, de forma não jurisdicional, sejam responsáveis por garantir a Constituição.²⁴⁰

O direito positivo demonstra que as razões para uma ou outra solução prática adotada em questões de controle de constitucionalidade são mais profundas do que o mero desejo de se referir a um dos modelos desenvolvidos na França, nos Estados Unidos ou na Áustria. Conforme ensina Pegoraro, cada sistema pode incorporar métodos mais ou menos políticos, mais ou menos jurisdicionais, ou mesmo métodos exclusivamente políticos ao lado de outros que são exclusivamente jurisdicionais, ou apenas exclusivamente centralizados ao lado de outros que são exclusivamente descentralizados.²⁴¹

Tusseau rejeita a ideia de que os sistemas de justiça constitucional sejam herdeiros dos modelos – americano e austríaco – porque o direito positivo mostra que cada ordem constitui praticamente um elemento isolado. Para o autor, nos diversos ordenamentos jurídicos, as características identificadas nos arquétipos americano e austríaco – e que parecem caracterizá-los como um todo – nem sempre viajam em grupo, e, nesse sentido, são frequentes os casos em que as características americanas se confundem, por vezes, com as austríacas.²⁴²

De fato, a mistura ou hibridação dos modelos provocou maior complexidade e heterogeneidade dos procedimentos da Justiça Constitucional cuja redução passa

²³⁹ CARPENTIER, Mathieu. Pour de nouveaux «modèles» de justice constitutionnelle. **Revue Internationale de Droit Comparé**, [France], v. 68, n. 1, p. x, 2016.

²⁴⁰ PEGORARO, Lucio. **Sistemi di giustizia costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2019. p. 2.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 7.

²⁴² TUSSEAU, Guillaume. **Contre les "modèles" de justice constitutionnelle**: essai de critique méthodologique. Bologna: Bononia University Press, 2009.

pela estruturação analítica das novas tipologias capaz de captar todos os procedimentos considerados em todas as suas variáveis e características estruturais, de sorte que não são identificadas como mera derivação fiel ou reprodução dos modelos clássicos. Segado, a partir dessa lógica, explica que não se trata de substituir a dicotomia tradicional por outra diferente. Trata-se de prosseguir procurando por categorias que sejam capazes de explicar, com certo grau de abstração e ampla capacidade analítica, a complexidade e a heterogeneidade dos sistemas de controle de constitucionalidade.²⁴³

De outra parte, Pegoraro afirma que, além de não existirem modelos "puros" de justiça constitucional, a atribuição de um ou outro sistema a um modelo ideal pode ser perigosa, devido ao risco de se descrever algo que existe apenas em um mundo exemplar (ideal). Assim: "A ideia de que as classificações tradicionais podem cumprir sua tarefa deve ser descartada para estudar a justiça constitucional".²⁴⁴

A partir disso, como já mencionado, surgem diversas propostas metodológicas para classificação dos sistemas de justiça constitucional, contudo, as tentativas de se elaborar esquemas teóricos enfrentam uma enorme dificuldade para agrupar sistemas tão diversificados.

As dificuldades apontadas se tornam ainda mais relevantes quando se analisa a justiça constitucional na América Latina, já que não houve, de fato, nas outras Américas (Central e do Sul), a escolha por um dos modelos assinalados, mas a integração dos dois, o que levou Favoreu a considerar que, "[...] ao lado dos modelos estadunidense e europeu, há também um modelo sul-americano, cujas características comuns ainda não foram definidas".²⁴⁵

Inicialmente, os países recém-independentes da América Latina foram influenciados pelos sistemas jurídicos francês e norte-americano.²⁴⁶ A influência francesa foi evidente na estruturação do poder político, sobretudo na limitação do

²⁴³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional. **Revista de las Cortes Generales**, [Madrid], v. 84, p. 10-11, 2011. Acerca disso, consultar ainda a seguinte obra: PEGORARO, Lucio. La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 6, p. 393-416, 2002.

²⁴⁴ "Va scartata l'idea che per studiare la giustizia costituzionale possano adempiere al loro compito le classificazioni tradizionali". PEGORARO, Lucio. **Sistemi di giustizia costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2019. p. 6.

²⁴⁵ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. p. 131.

²⁴⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Los tribunales constitucionales en América Latina. **Revista de Derecho Político**, [S. l.], n. 61, p. 312, 2004.

Estado diante dos direitos do homem e da doutrina da separação dos Poderes.²⁴⁷ Já dos Estados Unidos, considerados exemplos mais próximos de colônias independentes de sucesso, foram herdados o sistema de governo presidencialista e o Estado Federal,²⁴⁸ razão pela qual praticamente todos os países da América Latina, até meados do século XX, haviam incorporado o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade. De tal forma: “ El primer país que lo hizo fue México en 1841, y luego lo siguieron otros, en especial la Argentina en 1863, lo que se generalizó a fines del siglo XIX y principios del siglo XX”.²⁴⁹

A influência do modelo europeu apenas se fez sentir a partir da década de 30 do século XX. Antes mesmo da execução do modelo de justiça concentrada kelseniano na Áustria, em 1920, já havia surgido, em alguns países sul-americanos, como a Colômbia (1910) e a Venezuela (1893), mecanismos de jurisdição concentrada, inclusive com a criação da ação popular de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*.²⁵⁰ Na prática, esses elementos aparecem misturados e, embora a predominância de vários deles permita identificar o sistema americano ou austríaco, não se pode/deve considerá-los em sua forma pura em virtude da tendência de sua combinação por meio de sistemas mistos que usam as vantagens de ambos, assim como evitam as desvantagens.²⁵¹

A ideia sobre a circulação, a recepção e a hibridação da jurisdição constitucional²⁵² permite que se suscite uma identidade latino-americana de Justiça Constitucional, já que segue muito mais o impulso no sentido de adaptar as formas normativas à situação sociopolítica e à tradição jurídica de cada Estado do que, propriamente, ao ritmo de meras inovações ou importações teóricas. O alcance dessa evidência traz novos horizontes no que diz respeito ao entendimento da

²⁴⁷ De forma mais aprofundada acerca desse assunto, consultar a seguinte obra:

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su génesis en el pasado siglo. **Pensamiento Constitucional**, Perú, v. 3, n. 3, p. 231-264 e p. x, 1997a.

²⁴⁸ De forma mais aprofundada acerca desse assunto, consultar a seguinte obra:

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional: 1940-1965**. 1. ed. Ciudad de México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1968.

²⁴⁹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Los tribunales constitucionales en América Latina. **Revista de Derecho Político**, [S. l.], n. 61, p. 312-313, 2004.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 5.

²⁵¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. La justicia constitucional en América Latina. *In*: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Colaboraciones extranjeras y nacionales. **El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX: constitucionalismo**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma del México-UNAM, 1989. t. 4, p. 455.

²⁵² PEGORARO, Lucio. La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 6, p. 403, 2002.

Justiça Constitucional e, assim, o fortalecimento de seus fundamentos de legitimidade democrática, especialmente quando se trata de articulá-la com outros poderes políticos.

O essencial é identificar a contingência prática de cada Estado, condutora de um modo próprio e possível de estruturar a jurisdição constitucional.²⁵³ Na verdade, depreende-se que não existem modelos repetidos ou derivados, mas novas soluções que, embora sejam baseadas em inspirações remissivas aos modelos clássicos, oferecem, ao fim, sistemas de grande originalidade. Cada ordem constituiria um sistema singular, com destaque às suas próprias características em todos os aspectos passíveis de serem levados em consideração: do subjetivo (controle generalizado *versus* controle centralizado) ao modal (formas de acesso à justiça); a partir dos resultados (tipo de eficácia das sentenças) ao funcional (que é o bem protegido),²⁵⁴ e, ainda, dentro de uma perspectiva democrática, a legitimidade do desenho institucional.

²⁵³ PEGORARO, Lucio. **Giustizia costituzionale comparata**: dai modelli ai sistemi. Torino, Itália: G. Giappichelli, 2015. p. 13.

²⁵⁴ De forma mais aprofundada acerca disso, consultar a seguinte obra: *Ibid.*

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA

Todo modo de contar a história de alguma coisa, de algum fato, traz implicações diretas na sua definição. A narrativa histórica estabelece um conjunto de conexões possíveis, ao mesmo tempo em que dificulta ou impossibilita outras. Ao passar os olhos pela história da América Latina, percebe-se que desde sua colonização pelos países ibéricos, essa porção do continente americano viveu sob a égide da cultura jurídica da família "Atlântico Norte", a Europa e os Estados Unidos, fundada no liberalismo e no individualismo. Como diria Holanda: “[...] somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra [...] todo o fruto de nosso trabalho e de nossa preguiça parece participar de um sistema de evolução próprio de outro clima e de outra paisagem”.²⁵⁵

Da mesma forma, a mediação entre o constitucionalismo europeu, estadunidense e latino-americano teria sido efetuada por elites locais a partir da leitura dos iluministas.²⁵⁶ Em decorrência disso, o debate constitucionalista no espaço acadêmico por muito tempo esteve fundamentalmente alicerçado em uma tradição de origem europeia-estadunidense que, apesar das importantes contribuições para o surgimento do Direito Constitucional, não reflete o fenômeno constitucional em outros espaços, como a América Latina.

O professor Streck, logo nas primeiras páginas de *Verdade e consenso*, chama atenção para a incapacidade da dogmática jurídica em lidar com os problemas de uma sociedade díspar como a brasileira e esclarece que esta sempre esteve às voltas com uma espécie de sincretismo, o qual gera a falsa ideia de que, como se procurou conjugar todas as tradições que conformam o direito ocidental, tem-se, no âmbito brasileiro, um direito melhor, ou mais avançado.²⁵⁷ Parece claro que esse “ecumenismo jurídico” tem graves consequências no plano da aplicação do direito, já que “[...] muitas vezes lidamos com mecanismos sem conhecer neles o efetivo traço histórico que os conformou”.²⁵⁸ Streck se preocupa com a incorporação acrítica das experiências do Direito externo, especialmente porque a mescla de

²⁵⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Prefácio de Gilberto Freyre. Rio de Janeiro: José Olympio, 1936. p. 15.

²⁵⁶ DUARTE, Evandro Charles Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o constitucionalismo em face do lado oculto da modernidade. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 49, p. 4, jul./dez. 2016.

²⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 29.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 28-29.

tradições pode levar a resultados perigosos para a formatação da arquitetura democrática brasileira.²⁵⁹

Rodriguez, ainda sob essa perspectiva, afirma que a pesquisa em teoria do direito tem vivido uma fase excessivamente filosofante, buscando construir modelos de racionalidade jurídica “corretos”, “verdadeiros”, a partir de sistemas jurídicos estranhos, os quais têm servido de padrão para diagnosticar a suposta miséria das instituições brasileiras sem levar em conta a realidade de seu funcionamento e sua racionalidade específica.²⁶⁰

A problemática levantada por Streck e Rodriguez, importa mencionar, não se restringe ao Direito brasileiro. No âmbito da América Latina, Gargarella descreve a prática como verdadeiros “transplantes constitucionais”, que se traduz na prática de injetar, em um determinado corpo constitucional, institutos jurídicos estrangeiros, ou ainda, adotar mecanismos institucionais construídos em diferentes tradições como se constituíssem algo universal, não passando, muitas vezes, pela análise de questões culturais singulares da comunidade que recebe tal “transplante”.²⁶¹

Do mesmo modo, a maioria dos estudos contemporâneos sobre Tribunais Constitucionais e controle de constitucionalidade se desenvolvem a partir de teorias constitucionais que consideram os contextos estadunidense e/ou europeu, como extração de conclusões para problemas teóricos aportados em situações ideais. Como trabalho no capítulo anterior, esses estudos são reconhecidamente importantes na construção de conceitos, atribuições e delimitação dos espaços de atuação do Judiciário. Contudo, essas teorias não são suficientes para fundamentar o papel das Cortes Constitucionais em democracias mais recentes²⁶² ou mais frágeis²⁶³, como ocorre na maior parte dos países da América Latina.

O'Donnell, a partir desse contexto, afirma que, pelo fato de a referência brasileira encontrar-se voltada aos países centrais, ocorre um processo de

²⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 28-29.

²⁶⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Editora FGV, 2013.

²⁶¹ GARGARELLA, Roberto. Injertos y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en América Latina. In: GARGARELLA, Roberto *et al.* (coord.). **Teoría y crítica del derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 489-492.

²⁶² LUNARDI, Fabrício Castagna. Cortes constitucionais na América Latina e suas tensões com o Poder Executivo: dificuldades, estratégias e desafios. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 26, n. 2, p. 124, maio/ago. 2021.

²⁶³ ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies**: contested power in the era of constitutional courts. [Cambridge]: Cambridge University Press, 2015. *passim*.

esquecimento acerca do quão recente, extraordinário e incompleto é o ambiente de conquistas de direitos nos países da América Latina, e que a cidadania é um produto a ser construído a partir de um processo complexo que só se dá pela ampliação dos direitos civis, sociais e políticos.²⁶⁴

Em democracias mais jovens com contextos políticos instáveis, os Tribunais Constitucionais ocupam um papel mais central do que em democracias mais maduras, na medida em que são designados a arbitrar conflitos de natureza eminentemente política, sobretudo quando as instituições competentes estão enfraquecidas ou entrincheiradas²⁶⁵ e, muitas vezes, são os únicos atores institucionais capazes de desafiar uma excessiva consolidação de poder.²⁶⁶ De fato, as democracias mais recentes têm apostado na criação de um sistema de Cortes encarregado da tarefa de vigilância constitucional do exercício do poder político com o propósito de fazer cumprir os comandos democráticos da Constituição.²⁶⁷

Ao mesmo tempo, as instituições (políticas) também moldam o ambiente em que as Cortes Constitucionais operam. As regras específicas sobre a composição dos Tribunais Constitucionais, a forma de indicação dos seus juízes, o tempo do mandato, as suas garantias formais, os mecanismos de sua remoção, as competências das Cortes, os instrumentos de provocação, a facilidade (ou não) de acesso, os atores que podem ingressar com ação para postular direitos, por exemplo, são questões institucionais que podem ser determinantes para a forma de atuação das Cortes Constitucionais.²⁶⁸

O objetivo do presente capítulo é revisitar a história da justiça constitucional na América Latina para analisar os modelos de Justiça Constitucional, e, ao final, ponderar se as Cortes Constitucionais estão conseguindo cumprir suas funções principais, quais sejam, a de contrabalancear o poder concentrado no/do governo central, melhorar as condições democráticas de atuação das instituições políticas, e,

²⁶⁴ O'DONNELL, Guillermo. Notas sobre la democracia en América Latina. In: PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). **La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos**. 2. ed. Buenos Aires: Aguilar: Altea: Taurus: Alfaguara, 2004. p. 11-82. *passim*.

²⁶⁵ LUNARDI, Fabrício Castagna. Cortes constitucionais na América Latina e suas tensões com o Poder Executivo: dificuldades, estratégias e desafios. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 26, n. 2, p. 127, maio/ago. 2021.

²⁶⁶ ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies**: contested power in the era of constitutional courts. [Cambridge]: Cambridge University Press, 2015. p. 272-273.

²⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, [Fortaleza], v. 25, n. 4, p. 2-3, out./dez. 2020.

²⁶⁸ LUNARDI, *op. cit.*, p. 135.

especialmente, exercer o papel contramajoritário no sentido de garantir os direitos das minorias dentro de determinado tempo e contexto.

3.1 Constitucionalismo na América: ponto de partida

Na historiografia do constitucionalismo, as revoluções burguesas foram decisivas para a criação de Estados Nacionais. De igual modo, as guerras voltadas ao contexto de independência nacional são o ponto de partida do constitucionalismo na América Latina.

Entre os fins do século XV e início do XVI, deu-se a ocupação da América pelas monarquias europeias. O Novo Mundo – assim denominado naquele período histórico – foi apropriado numa época de expansão econômica da Europa ocidental. A colonização se fez, a partir disso, sob o signo do capitalismo comercial. Trata-se este do primeiro ponto comum correspondente a toda a América Latina. A América Ibérica, nesse contexto, tinha de servir à mesma finalidade: fornecer ao mercado europeu produtos tropicais de alto valor comercial, metais nobres e pedras preciosas. Apesar de algumas diferenças nos matizes colonizadores, tanto a Espanha como Portugal constituíram suas colônias com o seguinte objetivo: fornecimento de produtos ao mercado europeu. Assim, as futuras nações tiveram semelhante formação colonial: uma formação de caracterização comercial e exploratória.²⁶⁹

Na América do Norte, as colônias lançaram sua Declaração de Independência em 1776. O exemplo da Independência dos Estados Unidos da América e a ideologia da Revolução francesa acabaram por agitar os espíritos americanos, o que levou a um despertar do mundo colonial.²⁷⁰ Isso, sem surpresa, tornou-se muito atraente para o resto das colônias, especialmente aquelas que eram submetidas ao Império espanhol. Latino-americanos que participaram do processo de independência (na América Latina), como Francisco de Miranda, O'Higgins, José Bonifácio, Toussaint Louverture,²⁷¹ Simon Bolívar, José de San Martín e José Martí,

²⁶⁹ RIBEIRO JÚNIOR, José. A América Latina no século XIX: uma monarquia em face de várias repúblicas. **Revista de História**, [S. l.], v. 34, n. 70, p. 492, 1967.

²⁷⁰ GUERRA, François-Xavier. **Modernidad e independencias**: ensayos sobre las revoluciones hispánicas. Madrid: Mapfre, 1992. *passim*.

²⁷¹ Explicitando acerca de um dos latino-americanos que participaram do processo de independência na América Latina, tem-se que François-Dominique Toussaint Louverture é o nome da principal liderança na independência da ilha de São Domingos, antiga colônia francesa que hoje

dentre outros, de alguma forma, tiveram contato com essas transformações e empolgaram-se com as novas ideias propostas pela Metrópole, fruto da Filosofia das Luzes, o Iluminismo.²⁷²

O que se verifica é que o exemplo norte-americano se manifesta em muitos aspectos na organização dos Estados de grande parte da América Latina, como a adoção da República como forma de governo,²⁷³ o presidencialismo como sistema de governo e o modelo federal como forma de Estado.²⁷⁴ Já os franceses influenciaram na estruturação do poder político, sobretudo na limitação do Estado diante dos direitos do homem e da doutrina da separação dos Poderes.²⁷⁵ Mas, como sempre ocorre nesses casos – principalmente se se leva em consideração o contexto, o ambiente sociopolítico da América hispânica –, a recepção não foi imediata, nem isenta de nuances e variações nacionais.

A Independência da América hispânica só se deu após um processo de lutas. A emancipação começou em 1808, quando a Península Ibérica foi invadida pelas tropas francesas, o que coincidiu com a Constituição de Bayona²⁷⁶ e, embora com

corresponde ao Haiti. “Com a queda de Toussaint e após um impasse entre as lideranças remanescentes, os revolucionários passam a ser liderados pelo ex-escravo Dessalines. Em 29 de novembro de 1803, divulgam uma declaração preliminar de Independência e, no dia 31 de dezembro do mesmo ano, batizam o novo estado (sic) com a denominação indígena de Haiti. As lutas revolucionárias se encerram no ano de 1804, após os haitianos terem derrotado, sucessivamente, 60 mil soldados ingleses e 43 mil soldados do exército de Napoleão. No final daquele ano, Dessalines tornar-se-ia o primeiro chefe do Estado haitiano, sendo coroado imperador”. DUARTE, Evandro Charles Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o constitucionalismo em face do lado oculto da modernidade. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 49, p. 29, jul./dez. 2016.

²⁷² RIBEIRO JÚNIOR, José. A América Latina no século XIX: uma monarquia em face de várias repúblicas. **Revista de História**, [S. l.], v. 34, n. 70, p. 492, 1967.

²⁷³ Apenas Brasil, Haiti e México tiveram experiências monárquicas. TEJADA, Manuel Teruel Gregorio de. Monarquías en América. **Espacio Tiempo y Forma. Serie IV, Historia Moderna**, [S. l.], n. 18-19, 2005.

²⁷⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. **De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional**. 4. ed. rev. correg. aum. Perú: IIDC, 2003a. p. 35.

²⁷⁵ RIBEIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 492.

²⁷⁶ “O Estatuto de Bayonne de 1808 foi o primeiro texto constitucional espanhol, apesar de esse lugar ser normalmente atribuído à Constituição de Cádiz de 1812. O Estatuto proveio de uma Carta Concedida por meio da qual Napoleão tentou institucionalizar um regime autoritário, mas com um reconhecimento básico das liberdades. Embora o modelo seja encontrado no constitucionalismo napoleônico (Constituição francesa do ano VIII, e textos napoleônicos da Vestfália, Nápoles e Holanda), a participação de uma Assembleia de notáveis espanhóis serviu para introduzir algumas ligeiras peculiaridades ao texto original, não presentes em outros documentos de Bonaparte, entre os quais se destaca o papel mais relevante que foi concedido às Cortes”.

Texto original: “El Estatuto de Bayona de 1808 fue el primer texto constitucional español, a pesar de que este lugar suele asignarse a la Constitución de Cádiz de 1812. El Estatuto fue una Carta Otorgada, a través de la cual Napoleón trató de institucionalizar un régimen autoritario, pero con un reconocimiento básico de libertades. Aunque el modelo de halla en el constitucionalismo napoleónico (Constitución francesa del año VIII, y textos napoleónicos de Westfalia, Nápoles y Holanda), la participación de una Asamblea de notables españoles sirvió para introducir unas

alguns representantes das colônias ultramarinas, não teve qualquer efeito, ao contrário das Cortes de Cadiz, a Constituição (Política da Monarquia Espanhola) de 1812,²⁷⁷ de vasta influência.

O grande objetivo (conclamado pela luta por independência) não era a República, mas uma equiparação à Metrópole. Todavia as juntas e governos regionais proclamaram a Independência e a República.²⁷⁸ Não obstante, as ideias monárquicas eram populares nos primeiros anos após a independência, e até mais além desse período. Nessa perspectiva, pode-se citar Henri Christophe no Haiti (1811-1820) e o efêmero Primeiro Império Mexicano, regime em que o General Agustín de Iturbide foi declarado monarca, governando entre 1822 e 1823 (uma segunda tentativa se deu entre 1864 e 1867 com o arquiduque Maximiliano de Habsburgo como imperador, regime este que também teve vida curta); já o Brasil permaneceu como Império de 1822 a 1889.²⁷⁹

Portanto, depreende-se que a concepção republicana dos líderes libertadores da América era confusa. Todos viam a necessidade de um governo fortemente centralizado, de forma que as primeiras constituições eram um misto de Monarquia e República. Na prática, o que ocorreu, à época, é que os caudilhos²⁸⁰ substituíram os monarcas.²⁸¹

leves particularidades al texto original, no presentes en otros documentos de Bonaparte, y entre los que destacan el papel más relevante que se otorgó a las Cortes". FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. La primera Constitución española: el Estatuto de Bayona. **Revista de Derecho**, Barranquilla, CO, n. 26, p. 90, dic. 2006.

²⁷⁷ "A Constituição espanhola de Cádiz de 1812 é um documento importante, não só por sua grande relevância para a história da Espanha, mas também por ser o testemunho de um momento de transição, quando novas conquistas, em termos de direitos fundamentais da pessoa humana e direitos dos povos, foram consagrados num conjunto normativo que, ao mesmo tempo em que afirmava a independência do Estado e sua soberania, estabelecia as regras para a legitimidade do governo, sua organização e suas limitações, consagrava um conjunto de direitos que nem a lei, nem os governos poderiam afrontar. Constituiu avanço do constitucionalismo e influenciou para que outros povos, especialmente os dos antigos territórios coloniais espanhóis, buscassem na Constituição a consagração de sua independência e soberania e a afirmação e proteção dos direitos fundamentais das pessoas." DALLARI, Dalmo de Abreu. A Constituição de Cádiz: valor histórico e atual. **Revista de Estudos Brasileños-REB**, [S. l.], ano 1, v. 1, n. 1, p. 81, 2º sem. 2014.

²⁷⁸ RIBEIRO JÚNIOR, José. A América Latina no século XIX: uma monarquia em face de várias repúblicas. **Revista de História**, [S. l.], v. 34, n. 70, p. 498, 1967.

²⁷⁹ ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés (ed.). **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. United Kingdom: The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law: Oxford University Press, 2012. p. 13.

²⁸⁰ O caudilhismo é comumente associado na América Latina à grande centralidade da figura presidencial nos sistemas políticos da região. Para Fix-Fierro e Salazar-Ugarte, a partir de texto de sua autoria intitulado *Presidentialism*, presente na obra de Rosenfeld e Sajo: "A introdução do presidencialismo não resultou em equilíbrio de poderes ou em democracia, mas em *caudilhismo*. *Caudilhos* eram homens fortes – inicialmente, militares, e, depois, de origem civil – que dominaram a vida política de seus respectivos países por longos períodos (exemplos emblemáticos são a Ditadura Perpétua de Jose Gaspar de Francia, no Paraguai, de 1816 a 1840, ou o prolongado governo ditatorial de Porfírio

San Martín, a título de exemplificação, era partidário de que príncipes europeus borbônicos ocupassem os tronos das novas nações americanas para evitar a anarquia. Simon Bolívar, como outro exemplo, propunha a seguinte composição: a República, duas Câmaras, um senado hereditário e a posição de presidente vitalício e com amplos poderes²⁸² – para ele, a saída constitucional consistiria na concentração da autoridade em um Poder Executivo dotado de faculdades militares e políticas extraordinárias, politicamente irresponsável e com capacidade para eleger seu sucessor.²⁸³ Locke e Montesquieu acham-se presentes em Bolívar, mas a impressão causada pelo regime napoleônico e a ideia de Hamilton, Madison e Jay (sobre a ideia da presidência vitalícia nos Estados Unidos da América) influenciaram também suas concepções de República fortemente centralizada. Era republicano na forma, mas com tendência monárquica e autoritária pelo temor à desordem, à desunião e à caudilhagem, que acabou por ver, ao fim da vida, instalarem-se nas Repúblicas então formadas fragmentadas.²⁸⁴

No Brasil, a transmigração da Família Real à colônia – o que se deu em 1808 –, diferenciou completamente o processo da Independência com relação ao resto da América Latina. Proclamada a Independência em 1822 no Brasil de forma pacífica

Díaz, no México, de 1876 a 1910). Esses homens lograram tornar-se os construtores de suas nações e os promotores de seu desenvolvimento econômico e social, mas muitos deles tornaram-se ditadores; com características paternalistas, claro, mas ditadores (um padrão recorrente da literatura latino-americana). Da presidência, eles passaram a moldar as instituições constitucionais à sua imagem. Como indicado por diversos professores, a história constitucional latino-americana tornou-se um estudo de biografias. O período dos *caudillos* estendeu-se por boa parte do século XIX (e, no México, pelas primeiras três décadas do século XX)” (grifo do autor).

Texto original: “The introduction of presidentialism did not result in a balance of powers nor in democracy, but in *caudillismo*. *Caudillos* were strong men—at first from the military, and later of civilian extraction—who dominated the political life of their respective countries for long periods (emblematical examples are the Perpetual Dictatorship of Jose Gaspar de Francia in Paraguay from 1816 to 1840, or the prolonged dictatorial government of Porfirio Díaz in Mexico from 1876 to 1910). These men strove to become the builders of their nations and the promoters of their social and economic development, but many of them became dictators, with paternalistic features to be sure, but dictators nevertheless (an inexhaustible motif of Latin American literature). From the presidency, they set out to mold constitutional institutions in their own image. As pointed out by several scholars, Latin American constitutional history became a study in biography. The period of *caudillos* extended to a good part of the nineteenth century (and in Mexico, to the first three decades of the twentieth century)” (grifo do autor). FIX-FIERRO, Héctor; SALAZAR-UGARTE, Pedro. Presidentialism. In: ROSENFELD, Michel; SAJO, Andrés (ed.). **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. United Kingdom: The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law: Oxford University Press, 2012. p. 14,

²⁸¹ RIBEIRO JÚNIOR, José. A América Latina no século XIX: uma monarquia em face de várias repúblicas. **Revista de História**, [S. l.], v. 34, n. 70, p. 499, 1967.

²⁸² *Ibid.*, p. 498.

²⁸³ GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2015b. p. 17.

²⁸⁴ RIBEIRO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 499.

em relação à América Latina, D. Pedro foi proclamado Imperador, e o regime monárquico transplantado²⁸⁵ da Europa continuou no Brasil²⁸⁶ (justamente pela transmigração da Corte Real para a colônia brasileira que *pertencia* a Portugal).

3.2 Breve contextualização sobre a trajetória do Constitucionalismo na América Latina

Gargarella, em importante trabalho sobre a história do Constitucionalismo na América Latina, explica que, para compreender a história constitucional na região, é importante partir do seguinte questionamento: “Uma constituição: para que (sic) e contra que (sic)?”²⁸⁷ Isso porque, muitas das Constituições que nasceram durante o período fundacional do Estado surgiram a partir da identificação de problemas (sociais, políticos, econômicos) e da convicção de que a Constituição poderia apresentar um meio excepcional para resolver uma situação de grave crise. Assim, o conteúdo das Constituições foi definido conforme as peculiaridades e características particulares do contexto em que nasceram.

Nesse sentido, Alberdi, em 1916, ao analisar o Direito Constitucional sul-americano, reconheceu que todas as constituições produzidas durante a Guerra da Independência foram uma expressão completa da necessidade prevalecente naquela época. Para o autor, essa necessidade consistia em acabar com o poder político que a Europa havia exercido nesse continente (o que se iniciou com a conquista – período do “descobrimento” e do Mercantilismo – e continuou com o colonialismo, e, como forma de garantir sua extinção total (do poder político europeu sobre o continente sul-americano), qualquer tipo de ascendência nesses países seria arrebatada. Os interesses vitais naquele momento eram *independência e liberdade externa*. Para o autor, os legisladores da época compreenderam seu tempo e souberam servi-lo.²⁸⁸

²⁸⁵ O termo transplante aqui se refere ao conceito desenvolvido por Roberto Gargarella. De forma mais aprofundada, consultar: GARGARELLA, Roberto. Injertos y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en América Latina. In: GARGARELLA, Roberto *et al.* (coord.). **Teoría y crítica del derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 489-492.

²⁸⁶ RIBEIRO JÚNIOR, José. O Brasil monárquico em face das repúblicas americanas. In: MOTA, Carlos Guilherme. **Brasil em perspectiva**. São Paulo: Difel, 1984. p. 151.

²⁸⁷ GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2015b. p. 14.

²⁸⁸ ALBERDI, Juan Bautista. **Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina**. Buenos Aires: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001. p. 36-37. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmctf8h9>. Acesso em: 15 dez. 2021.

Todo o mal da América foi feito para consistir e ser definido a partir de sua dependência de um governo conquistador pertencente à Europa; [...].

Naquele período, quando a democracia e a independência eram todo o propósito constitucional; a riqueza, o progresso material, o comércio, a população, a indústria, em suma, todos os interesses econômicos, eram coisas incidentais, benefícios secundários, interesses de segunda ordem, mal conhecidos e mal estudados e, claro, mal atendidos. Não deixavam de aparecer escritos em nossas constituições, mas apenas em pormenores e detalhes destinados a embelezar o todo.²⁸⁹

A afirmação da instabilidade institucional como marca típica, ainda que não incontroversa, encontra bases em diversas pesquisas da história da região. Safford, ao analisar o momento de formação dos Estados nacionais na América espanhola, no período imediatamente posterior à independência, observa que foram construídos sistemas constitucionais formais, a maioria dos quais proporcionavam a transferência de poder por meio de eleições e garantiam as liberdades individuais. Contudo, esses dispositivos constitucionais formais se revelaram frequentemente uma letra morta. Os detentores do poder, naquele momento, manipulavam os princípios constitucionais e frequentemente, a fim de manter-se no governo, reprimiam com vigor os opositores, enquanto os que estavam fora do poder acreditavam que não poderiam retirá-lo pelos meios prescritos formalmente pela constituição porque seus ocupantes controlavam as eleições. Assim, os grupos da oposição ficavam à espera dos momentos de fraqueza do governo e se aproveitavam deles (desses momentos) para derrubar o grupo dirigente.²⁹⁰

Gargarella, nessa perspectiva, divide o constitucionalismo na América Latina em cinco períodos históricos:

²⁸⁹ “Se hacía consistir y se definía todo el mal de América en su dependencia de un gobierno conquistador perteneciente a Europa; [...]”. En ese período, en que la democracia y la independencia eran todo el propósito constitucional; la riqueza, el progreso material, el comercio, la población, la industria, en fin, todos los intereses económicos, eran cosas accesorias, beneficios secundarios, intereses de segundo orden, mal conocidos y mal estudiados, y peor atendidos por supuesto. No dejaban de figurar escritos en nuestras constituciones, pero sólo era en clase de pormenores y detalles destinados a herosear el conjunto”. ALBERDI, Juan Bautista. **Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina**. Buenos Aires: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001. p. 40. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcf8h9>. Acesso em: 15 dez. 2021.

²⁹⁰ SAFFORD, Frank. Política, ideologia e sociedade na América Espanhola do pós-Independência. In: BETHELL, Leslie (org.). **História da América Latina: da Independência a 1870**. 1. ed. São Paulo: EDUSP, 2014. v. 3, p. 231-232.

- a) o primeiro período diz respeito à fase conservadora, que data da Independência até meados *dos novecientos* (1810 a 1850);
- b) o segundo período se refere ao republicanismo, que teve lugar até o final do século XIX (1850 a 1890), considerado como os anos fundacionais, quando as principais Constituições foram formuladas para consolidar a estrutura legal do pós-Independência;
- c) o terceiro período marca o momento da crise do modelo pós-colonial marcado pelas ideias positivistas referentes ao Liberalismo, do século XIX até o início do XX;
- d) o quarto período engloba o constitucionalismo social que se iniciou após a crise de 1930 e culminou com a Segunda Guerra Mundial, a substituição de importações e a entrada da classe trabalhadora na política, conforme a mentalidade do bem-estar social;
- e) por fim, o quinto período iniciou-se ao cabo do século XX – trata-se do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, quando houve reformas constitucionais mais profundas e significativas.²⁹¹

Subjacentes a cada uma dessas fases, Gargarella apresenta três modelos para descrever os movimentos que forjaram projetos constitucionais e agruparam forças político-econômicas na América Latina. São as diferentes fusões, mesclas e acordos entre essas três correntes que caracterizam o constitucionalismo latino-americano. O primeiro é o modelo conservador, relacionado com o império espanhol, com privilégio da forma de organização política centralista e elitista e defesa de uma concepção ética e moral absoluta. O segundo modelo, inspirado na Revolução norte-americana, apresenta um projeto constitucional de características tipicamente liberais, o qual priorizou o ideal de autonomia individual em relação ao autogoverno coletivo e promoveu a proteção das liberdades individuais acima das demandas de uma política majoritária. O último modelo, inspirado na Revolução Francesa, cria um projeto constitucional de traços radical-republicanos com inversão das prioridades do liberalismo, do compromisso com o ideal do autogoverno e da

²⁹¹ GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2015b. p. 10-11.

autonomia individual deslocada a favor de um bem-estar geral cuja base seja a maioria.²⁹²

Uma vez consolidada a independência regional, o constitucionalismo latino-americano teria deixado de oscilar entre seus projetos-mãe (conservador, liberal e republicano) e começado a convergir em canais mais estreitos, definindo sua estrutura organizacional principal no âmbito de um liberalismo conservador²⁹³ – a questão era criar uma maneira de harmonizar as demandas de liberais e conservadores. As fórmulas de integração, a partir desse âmbito, variaram, desde o silêncio sobre a matéria até a sobreposição direta das duas demandas.

Nessa linha de pensamento, pondera Gargarella que todas as constituições são formadas por duas estruturas básicas: uma atinente à organização do poder (a divisão do poder e o estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos) e outra que estabelece a declaração de direitos. Na trajetória de direitos na América Latina, o grande problema se revela em como se articularam as duas partes e em como conciliar esse duplo compromisso. É no segmento da constituição em que se organiza o *Poder* que Gargarella formula a ideia de “sala de máquinas da Constituição”.²⁹⁴

A *sala de máquinas da Constituição* consiste, pois, numa metáfora criada por Gargarella para se referir à parte do documento que organiza os poderes. Na concepção do autor, as portas da sala de máquina das Constituições latino-americanas foram trancadas com cadeados. A Constituição foi criptografada, tornando sua sala de máquinas elitista e não acessível ao povo. A parte dogmática (ou de direitos) das Constituições, no geral, é bastante avançada no que tange a estimular a participação popular e o reconhecimento de direitos sociais aos trabalhadores e a grupos indígenas. O problema reside justamente na parte orgânica, já que a organização do Estado ou dos Poderes continua muito *fechada* ao povo e permeada por estruturas autoritárias.²⁹⁵

No decorrer dos anos, os textos constitucionais latino-americanos se constituíam seguindo uma tradição de textos político-jurídicos estanques, dotados de ideais e conteúdos programáticos e marcados por abstrações racionais que, quase

²⁹² GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2015b. p. 21-22.

²⁹³ *Ibid.*, *passim*.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 169-188.

²⁹⁵ *Ibid.*, *passim*.

sempre, abafaram as manifestações daqueles que estavam à margem da sociedade. Em outras palavras, grande parte das constituições dos países da América-Latina desenvolveram tradições constitucionais que desconsideravam integralmente os “[...] horizontes da pluralidade, do multiculturalismo e da diversidade”.²⁹⁶

Contudo, a crise do Estado contemporâneo,²⁹⁷ somada ao reconhecimento nas sociedades da América Latina, de uma identidade plural, ensejou condições histórico-políticas para repensar as ordens jurídicas (de tais sociedades), na busca de uma ruptura com o paradigma estabelecido, via proposição de uma refundação do Estado a partir do reconhecimento da plurinacionalidade de sua formação.²⁹⁸ Com isso, cria-se um direito constitucional novo, delineado pelas peculiaridades regionais e um desenho institucional diferenciado do constitucionalismo clássico.

Assim, no final do século XX, começa a se pensar em um novo processo constituinte, de forma que, nas últimas três décadas, sob o impulso dos movimentos de abertura democrática, com estreita conexão entre o processo de (re)democratização, a maior parte dos países da América Latina promulgou novas Constituições e/ou promoveu importantes reformas constitucionais. Nesse período de reconstrução institucional, mesmo nas especificidades históricas, políticas e jurídicas de cada país, podem ser identificados elementos comuns que marcam um momento de expansão do Direito Constitucional na região e que alimentam o debate sobre um *novo constitucionalismo latino-americano*, o qual pode ser definido como um processo que tem sua origem na elaboração de novas Constituições, o que

²⁹⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América-Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 26.

²⁹⁷ Moraes classifica as crises com as quais se depara o Estado em cinco categorias: a) crise conceitual; b) estrutural; c) constitucional (institucional); d) funcional e; e) política (e da representação). A primeira – crise conceitual – refere-se ao Estado Moderno e se evidencia pela dificuldade em conceituar o Estado, uma vez que seus elementos clássicos (território, povo e soberania) sofreram alteração de significado ou não conseguem mais caracterizar o Estado de forma completa e satisfatória. MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 25-74.

²⁹⁸ O Constitucionalismo Plurinacional se expressou nos processos constituintes do Equador (2008) e Bolívia (2006 a 2009). Para mais detalhes, consultar: SANTOS, D. **Estados Plurinacionais na América Latina: cenários para o Republicanismo na contemporaneidade**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2019.

ocorreu no Brasil em 1988, na Colômbia em 1991, no Paraguai em 1992, no Peru em 1993, na Venezuela em 1999, no Equador em 2008 e na Bolívia em 2009.²⁹⁹

O surgimento das novas constituições latino-americanas, fruto do novo constitucionalismo, despertou nos países do continente o desejo de olhar para suas próprias realidades. As novas Cartas chamam atenção pela alta carga inovadora de seus textos, que rompiam com padrões *modernos* até então arraigados nas normas constitucionais, com abertura de espaços para dialogar com os povos – os quais, até então, se localizavam à margem do debate público –, dentre outras inovações, as quais fomentaram a criação de um Estado denominado Plurinacional.³⁰⁰

Nessa linha, por exemplo, Colón-Ríos aponta quatro características marcantes desse novo constitucionalismo: **i.** a promulgação das Constituições a partir de processos constituintes altamente participativos; **ii.** a existência de Assembleias Constituintes inclusivas e diversificadas; **iii.** o objetivo constitucionalmente expresso de estabelecer novas relações econômicas na sociedade; e, por fim, **iv.** a incorporação de extensas listas de direitos, incluindo direitos coletivos e mecanismos para sua proteção, com ênfase em dispositivos de proteção à natureza e à diversidade ecológica.³⁰¹

O novo constitucionalismo pressupõe, por conseguinte, que, para que o Estado constitucional seja efetivo, não basta simplesmente verificar se o procedimento constitucional adequado foi seguido com/a partir de mecanismos criados para garantir a eficácia e a normatividade da Constituição. O conteúdo da Constituição, nesse sentido, entende-se, deve ser coerente com seu fundamento democrático – isto é, deve gerar mecanismos para participação política direta dos cidadãos.³⁰²

²⁹⁹ MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América latina. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, [Brasília, DF], n. 4, p. 141, jul./dez. 2010.

³⁰⁰ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza; STRECK, Lenio Luiz. Um direito constitucional comum latino-americano: por uma teoria geral do novo constitucionalismo latino-americano. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, ano 10, n. 11, p. 121-151, jan./jun. 2012. *passim*

³⁰¹ COLÓN-RÍOS, Joel. Law, language and the latin american constitutions. **Victoria University of Wellington Law Review**, Wellington, NZ, v. 42, n. 2, p. 367-386, 2011. *passim*. DOI: <https://doi.org/10.26686/vuwlr.v42i2.5126>. Disponível em: <https://ojs.victoria.ac.nz/vuwlr/article/view/5126>. Acesso em: 11 jan. 2017.

³⁰² VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *In*: CORTE Constitucional de Ecuador para el período de transición: el nuevo constitucionalismo en América Latina. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 19-20.

Dentre alguns dos princípios valorativos constitucionais, assinalam-se:

- a) a autonomia – poder intrínseco aos vários grupos, concebido como independente do poder central;
- b) a descentralização – deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias;
- c) a participação – intervenção dos grupos, sobretudo daqueles minoritários, no processo decisório;
- d) localismo – privilégio que o poder local assume diante do poder central;
- e) a diversidade – privilégio que se dá à diferença, e não à homogeneidade; e, finalmente,
- f) a tolerância – ou seja, o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre os vários grupos baseada em regras “[...] pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação” (Adaptado).³⁰³

Nesse sentido, Fajardo propõe a ideia de evolução em ciclos para explicar a Constitucionalismo na América. Para a autora, o primeiro ciclo seria o constitucionalismo multicultural (1982-1988), que introduz o conceito de diversidade cultural e reconhece direitos indígenas específicos. O segundo ciclo é chamado de constitucionalismo pluricultural (1988-2005), marcado pelo constitucionalismo participativo e pluralista, que inclui conceitos de nação multiétnica e Estado pluricultural, prevê amplo catálogo de direitos indígenas e outros. No terceiro ciclo, surge o constitucionalismo plurinacional (2006-2009), do qual fazem parte os processos boliviano e equatoriano. O constitucionalismo plurinacional rompe com o universalismo e aponta uma saída pluralista para a questão da igualdade e liberdade do Estado de Direito, a partir das experiências de sociedades interculturais, com reconhecimento de novas fontes de produção de Direito: ao lado da jurisdição ordinária, passa a ser considerada a jurisdição originária, indígena ou campesina, suas autoridades, instituições, práticas e costumes.³⁰⁴

³⁰³ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001. p. 175-177.

³⁰⁴ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). **El derecho en América Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159.

De outro lado, há quem sustente que propostas aparentemente democráticas podem esconder práticas tendentes a enfraquecer a democracia, como um regime constitucional abusivo ou autoritário. A ideia de constitucionalismo abusivo, importante entender, foi cunhada por Landau, que define essa forma de constitucionalismo como o uso de institutos de origem democrática para ceifar o espaço do pluralismo num determinado país. O objetivo do autor é mostrar que mecanismos formais de mudança constitucional podem minar a democracia.³⁰⁵

Tushnet adota o rótulo de “constitucionalismo abusivo” para aqueles regimes que não devem ser considerados como políticas constitucionais adequadas na medida em que eles simplesmente usam um conjunto de ferramentas de reforma constitucional para burlar repetidamente as normas superiores que limitam o poder.³⁰⁶ Exemplos de constitucionalismo abusivo vêm de diferentes partes do mundo, mas a América Latina parece ser, para ambos os autores, um local-chave para seu desenvolvimento.

A democracia, para Landau, opera em dois níveis: o campo eleitoral e a proteção dos direitos individuais e dos grupos minoritários.³⁰⁷ Propostas tendentes a enfraquecer qualquer desses níveis podem levar ao constitucionalismo autoritário, o que encaminha à minimização dos próprios objetivos democráticos.

A questão de fundo, portanto, é a possibilidade de se construir regimes aparentemente democráticos, mas que na realidade escondem características autoritárias em pelo menos duas dimensões importantes: ausência de fiscalização vertical e horizontal por parte dos líderes eleitos e proteção de direitos para grupos sem poder.³⁰⁸ Sendo assim:

A regime with these two characteristics – a relative absence of accountability and a lack of rights protection – is meaningfully less democratic than a regime with higher levels of vertical and horizontal accountability and more meaningful rights protection. Moreover, an absence of accountability is plausibly associated with other ills, like increased levels of corruption.³⁰⁹

³⁰⁵ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review**, [S. l.], v. 47, n. 1, p. 189-260, Nov. 2013. *passim*.

³⁰⁶ TUSHNET, Mark. Authoritarian constitutionalism. **Cornell Law Review**, [S. l.], v. 100, n. 2, art. 3, p. 451-453, Jan. 2015.

³⁰⁷ LANDAU, *op. cit.*, p. 191.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 200.

³⁰⁹ “A regime with these two characteristics – a relative absence of accountability and a lack of rights protection – is meaningfully less democratic than a regime with higher levels of vertical and

A impossibilidade de se construir um único conceito de democracia deriva, em grande parte, da imprecisão e das variações de maior ou menor grau de participação popular. Przeworski *et al.* afirmam que as democracias variam de acordo com sistemas de representação, arranjos divisionais dos poderes, doutrinas legais, organização dos interesses e os direitos e obrigações inerentes à cidadania.³¹⁰ Como não existe uma linha limítrofe acerca do que pode ou não ser considerado regime democrático, o grau de participação popular em alguns casos pode ser meramente formal e mesmo assim ser considerada democracia – advém, nesse sentido, a “problemática” em sua conceituação, pois podem coexistir variados *tipos* de democracia.

Contemporaneamente, ao se debater os déficits e distorções no funcionamento do regime democrático, diversos estudos pretendem medir a qualidade da democracia. Nesse sentido, tem-se que Diamond acredita que, na conjuntura atual, está-se passando por um período de *recessão democrática*.³¹¹ Na mesma linha pessimista, seguem Steven Levitsky e Daniel Ziblatt a partir do que escrevem em *Como as democracias morrem*;³¹² também David Runciman em *Como a democracia chega ao fim*.³¹³ De acordo com Merkel, à vista disso, nas últimas décadas podem ser identificadas três fases dos estudos sobre democratização:

- a) da década de 1970 até a década de 1990, a literatura ficou caracterizada por visões marcadamente otimistas acerca de uma iminente expansão mundial das democracias liberais;
- b) nas décadas de 1990 e 2000, essas visões eufóricas foram substituídas por estudos que tentavam conceitualizar o crescimento rápido da chamada “zona cinzenta”³¹⁴ entre democracia e autoritarismo. Nesse período, foram

horizontal accountability and more meaningful rights protection. Moreover, an absence of accountability is plausibly associated with other ills, like increased levels of corruption”. LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review**, [S. l.], v. 47, n. 1, p. 200, Nov. 2013.

³¹⁰ PRZEWORSKI, Adam *et al.* **Sustainable democracy**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995. p. 40.

³¹¹ DIAMOND, Larry. Facing up to the democratic recession. **Journal of Democracy**, [Washington, DC], v. 26, n. 1, p. 141-155, Jan. 2015. *passim*.

³¹² LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

³¹³ RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. São Paulo: Todavia, 2018.

³¹⁴ CAROTHERS, Thomas. The end of the transition paradigm. **Journal of Democracy**, [Washington, DC], v. 13, n. 1, p. 9, Jan. 2002.

desenvolvidos os conceitos acerca de *democracia iliberal*,³¹⁵ *democracia delegativa*,³¹⁶ *democracia defeituosa*,³¹⁷ *autoritarismo eleitoral*,³¹⁸ *autoritarismo competitivo*³¹⁹ e *autocracia liberalizada*;³²⁰ e

- c) na terceira fase, inaugurada pelo artigo de Diamond, deu-se início ao período que é supostamente caracterizado por um *retrocesso democrático*,³²¹ por *processos de desconsolidação*³²² e de *identificação de regimes híbridos*,³²³ caracterizada esta fase, segundo Diamond:³²⁴ pelo declínio da participação popular em eleições; pela fraqueza no funcionamento dos governos; pelo declínio da confiança nas instituições e nos partidos políticos; pela crescente influência de instituições e órgãos de especialistas não eleitos nos processos eleitorais e sua relação com o abismo entre as elites políticas e o eleitorado; pelo declínio na liberdade de expressão; e pela erosão das liberdades civis.³²⁵

Dias alerta que essa proliferação conceitual não tem sido acompanhada de um processo de sistematização na definição e diferenciação dos vários conceitos (de democracia), nem na aplicação das tipologias criadas aos diferentes casos. A generalidade dos estudos apenas trata um caso característico ou casos de uma região específica, abdicando de uma visão mais global desses processos de deterioração democrática. Para além da falta de alguma clareza conceitual, esse

³¹⁵ Acerca disso, consultar a seguinte obra: ZAKARIA, Fareed. The rise of illiberal democracy. **Foreign Affairs**, [S. l.], v. 76, n. 6, p. 22-43, Nov./Dec. 1997.

³¹⁶ Acerca disso, consultar a seguinte obra: O'DONNELL, Guillermo. Horizontal accountability in new democracies. **Journal of Democracy**, [Washington, DC], v. 9, n. 3, p. 112-126, 1998.

³¹⁷ Acerca disso, consultar a seguinte obra: MERKEL, Wolfgang. Embedded and defective democracies. In: CROISSANT, Aurel; MERKEL, Wolfgang (ed.) **Consolidated or defective democracy? problems of regime change**. London: Taylor & Francis, 2004.

³¹⁸ Acerca disso, consultar a seguinte obra: SCHEDLER, Andreas (ed.). **Electoral authoritarianism: the dynamics of unfree competition**. Boulder, CO: Lynne Rienner, 2006.

³¹⁹ Acerca disso, consultar as obras a seguir: LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. The rise of competitive authoritarianism. **Journal of Democracy**, [Washington, DC], v. 13, n. 2, p. 51-65, Apr. 2002; LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. **Competitive authoritarianism: hybrid regimes after the Cold War**. New York: Cambridge University Press, 2010.

³²⁰ Acerca disso, consultar a seguinte obra: BRUMBERG, Daniel. The trap of liberalized autocracy. **Journal of Democracy**, [Washington, DC], v. 13, Issue 4, p. 56-68, 2002.

³²¹ Acerca disso, consultar a seguinte obra: DIAMOND, Larry. The democratic rollback: the resurgence of the predatory state. **Foreign Affairs**, [S. l.], v. 87, n. 2, p. 36-48, Mar. 2008.

³²² Acerca disso, consultar a seguinte obra: FOA, Roberto Stefan; MOUNK, Yascha. The democratic disconnect. **Journal of Democracy**, [Washington, DC], 2016, v. 27, n. 3, p. 5-17, July 2016.

³²³ Acerca disso, consultar a seguinte obra: LEVITSKY; WAY, obra citada, p. 51-65.

³²⁴ DIAMOND, Larry. Facing up to the democratic recession. **Journal of Democracy**, [Washington, DC], v. 26, n. 1, p. 141-155, Jan. 2015. *passim*.

³²⁵ MERKEL, Wolfgang. Are dictatorship returning? revisiting the "democratic rollback" hypothesis. **Contemporary Politics**, [S. l.], v. 16, n.1, p. 17-31, Mar. 2010. *passim*.

debate tem dado pouca atenção a algumas conclusões que têm sido avançadas, desenvolvidas pela literatura sobre a terceira vaga de democratização.³²⁶

No mesmo sentido, Lust e Waldner, em recente revisão de literatura, concluem que se sabe muito pouco sobre o retrocesso democrático. Os acadêmicos, a partir da concepção desses autores, têm prestado pouca atenção à definição e à distinção de modificações de regimes, ficando aquém das transições de regime ocorridas ao longo do tempo. Eles também realizaram poucos estudos voltados à avaliação dos motivos determinantes do retrocesso (com relação ao processo de democratização), com grande parte da literatura existente sendo composta por relatos altamente particularistas de casos individuais ou concebida por análises empíricas de teor heterogêneo, altamente problemático.³²⁷

O sentimento de falta de legitimidade do modelo de governo representativo vem acompanhado de uma nova tendência de transformação: a tendência democrática participativa. A questão, pois, não é a de negar o sistema de representação, mas acionar mecanismos capazes de aperfeiçoá-lo precisamente no interior da sociedade capitalista. Alastram-se movimentos que lutam por experiências que efetivamente busquem garantir e ampliar a participação popular em governos democráticos. Experiências de conselhos, conferências, orçamentos participativos, consultivos ou deliberativos, apresentam-se como uma nova forma de trazer o cidadão para a reflexão sobre as ações governamentais e de inseri-lo no processo de tomada de decisão.

Nesse contexto, as questões de como as democracias latino-americanas gerenciam conflitos encaminham à importância do entendimento relativo a que tipo de configuração institucional é necessária para esse fim e sobre qual é a função dos Tribunais Constitucionais nesse cenário, já que, por um lado podem defender as democracias contra as ameaças dos antigrupos democráticos, mas também há o risco de serem profundamente envolvidos na política. O Estado Democrático de Direito, à vista disso, não pode ser apenas uma figura de mera retórica, sendo necessário, pois, estabelecer a segurança e a certeza da justiça em estruturas menos instáveis.

³²⁶ DIAS, António. Sobre “desconsolidação” e retrocesso democrático. **Relações Internacionais**: R:I, [S. l.], ano 16, n. 52, p. 28, 2016.

³²⁷ LUST, Ellen; WALDNER, David. **Unwelcome change**: understanding, evaluating, and extending theories of democratic backsliding. Washington, DC: US Agency for International Development. (USAID), 2015. p. 11.

Desse modo, para analisar a questão da jurisdição constitucional em países da América Latina, não se faz suficiente a apresentação de proposições puramente abstratas ou que considerem apenas os problemas de contextos institucionais de democracias mais maduras. Ao contrário, analisar o papel dos Tribunais Constitucionais nas democracias latino-americanas exige investigar, também, toda a complexidade em que tais países estão inseridos, seus contextos políticos e judiciais, suas dificuldades e desafios.

3.3 Origem da jurisdição constitucional na América Latina: influência francesa, americana e europeia

A América Latina, historicamente, tem sido considerada como um verdadeiro laboratório constitucional quando se trata do controle de constitucionalidade das leis.³²⁸ Alguns fatores, nessa perspectiva, são apontados pela doutrina como decisivos para o surgimento de sistemas de justiça constitucional na região.

O primeiro desses fatores refere-se à influência americana a partir da quinta década do século XIX. A recepção da *judicial review* se materializará no controle judicial de constitucionalidade das leis e atos de qualquer autoridade, embora, como se verá mais adiante, esse controle possa ser observado em precedentes que datam do ano de 1811. No entanto, a adoção do modelo americano de *judicial review* no contexto latino-americano não será geral do ponto de vista territorial nem contemporâneo em todos os países, e ainda menos simétrico, na medida em que (a América Latina) se adaptou à influência exercida pelas Cartas Revolucionárias Francesas, bem como à própria tradição hispânica.³²⁹

O *judicial review* foi construído em um ambiente de tradição jurídica do *common law* e depois transplantado para um ambiente de contexto hispânico e português que há três séculos pertencia ao sistema romano-canônico. De fato, o pano de fundo dos sistemas jurídicos da América Latina era o *civil law*, o que resultaria na construção de instituições específicas e claramente divergentes do modelo norte-americano.³³⁰ Como lembra Cappelletti, o sistema de controle difuso

³²⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Du contrôle politique au contrôle juridictionnel: évolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine. **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**, [S. l.], v. 20, n. 2004, p. 14, 2005.

³²⁹ *Ibid.*, p. 13.

³³⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 25.

norte-americano foi importado por países da tradição de *civil law* que não atentaram para o fato de que tal modelo não tinha como prosperar sem a doutrina do *stare decisis*. Ademais, a disparidade cronológica revela enormes divergências quanto ao momento concreto da opção ocorrente em cada país a favor do processo de controle judicial, e pode-se apreciar, em casos extremos, uma diferença temporal de mais de um século nesse processo de seleção.³³¹ Em última análise, heterogeneidade geográfica, temporal e procedimental foi a regra comum que caracterizou a justiça constitucional na América Latina.³³²

O segundo fator é relativo à adesão, por alguns países, ao modelo político de controle de constitucionalidade reproduzido de certas constituições francesas do período revolucionário, originalmente a Constituição de 1799, que confiou ao Senado Conservador a função de controlar a legitimidade das leis oriundas do Parlamento.³³³

Outro ponto determinante foi a adoção do modelo Austríaco (Europeu ou Kelseniano), o que promoveu a criação dos novos tribunais e salas constitucionais no interior dos Supremos Tribunais existentes. A influência do modelo europeu no continente latino-americano apenas se fez sentir a partir da década de 30 do século XX. Ainda assim, é preciso ressaltar que, antes mesmo da execução do modelo de justiça concentrada kelseniano na Áustria, em 1920, já havia surgido mecanismos de jurisdição concentrada em alguns países sul-americanos, como a Colômbia (1910) e a Venezuela (1893).³³⁴

A conjunção desses fatores aliados a elementos históricos próprios da região, abriu caminho para a compreensão total do texto constitucional como norma jurídica com o mais alto grau de hierarquia dentro do ordenamento jurídico acerca da necessidade de garantir sua eficácia por meio de mecanismos políticos fortes e da

³³¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 69.

³³² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Du contrôle politique au contrôle juridictionnel: évolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine. **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**, [S. l.], v. 20, n. 2004, p. 14, 2005.

³³³ *Ibid.*, p. 12.

³³⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Los tribunales constitucionales en América Latina. In: DURÁN, Manuel Carrasco *et al.* (coord.). **Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. España: Aranzadi Thomson Reuters, 2006. p. 4227-4235. *passim*.

atribuição de poderes judiciais de controle de sua força vinculante para poderes públicos e para indivíduos de forma geral.³³⁵

3.3.1 Influência francesa: o controle político de constitucionalidade

O constitucionalismo latino-americano incipiente foi fortemente influenciado pela Revolução Francesa, que refletiu em um conjunto de projeções as quais possibilitaram, de uma forma ou de outra, expressar acerca da existência de um controle político de constitucionalidade de modelo francês. No entanto, é necessário esclarecer que, no desenho de certas instituições, a influência de um modelo ou outro (americano ou francês) será decisiva, mas isso não encaminha a perder de vista o essencial, que se refere a conhecer a convergência, a comunidade de princípios do direito público francês e norte-americano que terá influência marcante na organização constitucional latino-americana. Ademais, em muitos países da região, com diferenças relativamente cronológicas quanto ao momento histórico, é possível identificar uma evolução e conseqüente desaparecimento do controle político para dar lugar ao controle judicial.

Certos setores doutrinários também se referem à Constituição de Cádiz de 1812 como fonte de influência no sentido exposto. É certo que a citada Constituição não previa um controle político de constitucionalidade no espírito da Constituição Francesa de 1799, no entanto, estabelecia que, durante o período do ano em que não houvesse a reunião das cortes, o primeiro dever da *Diputación* permanente (órgão do governo e administração da província) era velar pela Constituição e pela lei (art. 160, ponto 1).³³⁶ Ainda, na reunião das cortes, formadas por deputados que haviam jurado sua fidelidade, a primeira tarefa seria a de propor, decretar, derogar e interpretar as leis em caso necessário (art. 131, ponto 1).³³⁷

Tais prerrogativas implicam o dever de interpretar de forma fundamentada o que encaminha à efetivação das normas constitucionais; além disso, as *diputaciones*

³³⁵ ROA, Jorge Ernesto. La justicia constitucional en América Latina. **Serie Documentos de Trabajo**, Bogotá, CO, n. 34, p. 5, 2015.

³³⁶ ESPAÑA. [Constituição (1812)]. **Constitución Política de la Monarquía Española**: promulgada en Cádiz al 19 de marzo de 1812. ACD – Sección Constituciones Originales. Cádiz: Congreso, 1812. p. 43. Disponível em: https://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812_cd.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

³³⁷ *Ibid.*, p. 34. A esse respeito, consultar a seguinte obra: FELONIUK, Wagner Silveira. **A Constituição de Cádiz**: análise da constituição política da monarquia espanhola de 1812. Porto Alegre: DM Editora, 2014. p. 225.

provinciais deveriam comunicar às Cortes qualquer desrespeito à Constituição ocorrido em seu território (art. 335, ponto 9).³³⁸ Portanto, a Constituição afirmava sua superioridade e enunciava, de forma concomitante, variados meios para consumação de sua aplicação. O principal desses meios diz respeito à questão da responsabilidade daqueles que desobedecessem à Constituição ou às leis, caso em que o julgamento era feito pelas Cortes ou pelo Supremo Tribunal de Justiça, previsão que pode ser entendida, no contexto da época, como uma espécie de modalidade específica de controle político confiado ao corpo legislativo.

A influência francesa se enraizou há mais de um século em muitos países da América Latina. Essa posição pode ser resumida pelo hiperpositivismo de juízes e tribunais que consideram a Constituição não como norma jurídica, mas como simples catálogo de princípios. A isso, deve-se acrescentar que o conservadorismo da grande maioria dos membros do Judiciário acaba por encorajar a desconfiança endêmica na Constituição e em suas potencialidades transformadoras. Por fim, a crença vigorosa no princípio da divisão dos Poderes, somado aos elementos mencionados, resultará em não se permitir por demasiado tempo um controle judicial de constitucionalidade.³³⁹

Dentre os países em que se verifica a adoção de características do controle político de constitucionalidade francês, pode-se citar a Bolívia,³⁴⁰ o Peru, o Chile, o Uruguai, o Equador, o Brasil, o México, entre outros. Importante mencionar que, aqui, abordar-se-á o exemplo de alguns países, porém sem pretensão de esgotar o tema.

O primeiro exemplo que pode ser tratado é a Constituição da Bolívia de 1826. Simon Bolívar, à época, enviou uma mensagem ao Congresso Constituinte e uma proposta de Constituição para a Bolívia. Nessa mensagem, ele fez uma série de observações sobre a necessidade de um sistema de controle de constitucionalidade dos atos do poder público. A ideia era criar um órgão destinado a salvaguardar a Constituição; um órgão que, sob o nome de *Câmara de Censores*, se articulava

³³⁸ ESPAÑA. [Constituição (1812)]. **Constitución Política de la Monarquía Española**: promulgada en Cádiz al 19 de marzo de 1812. ACD – Sección Constituciones Originales. Cádiz: Congreso, 1812. p. 85. Disponível em: https://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812_cd.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

³³⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Du contrôle politique au contrôle juridictionnel: évolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine. **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**, [S. l.], v. 20, n. 2004, p. 23, 2005.

³⁴⁰ A Bolívia, objeto específico desta pesquisa, será analisada com maior profundidade no próximo capítulo.

como a terceira Câmara do Poder Legislativo (próximo à Câmara dos Tribunos e à Câmara dos Senadores).³⁴¹

Os censores exercem o poder político e moral,³⁴² que tem certa semelhança com a do Areópago de Atenas [tribunal de justiça ou conselho, célebre, à época, pela retidão no juízo e pela honestidade] e os Censores de Roma [responsáveis pela arrecadação de impostos, pela administração do tesouro público e pela fiscalização do cumprimento dos costumes romanos]. Eles serão os promotores, os fiscais contra o Governo, cuja missão será assegurar que a Constituição e os tratados públicos sejam observados religiosamente (tradução nossa).³⁴³

A Constituição Política da Bolívia de 1826, adotando plenamente a ideia bolivariana, concebeu um Poder Legislativo Tricameral, e uma de suas Câmaras, a dos Censores, tinha a função de garantir que o “[...] Governo cumpra e aplique a Constituição, as leis e os tratados públicos”,³⁴⁴ como também cabia a tal órgão denunciar qualquer violação à Constituição perante o Senado, às leis e aos tratados públicos realizados pelo Executivo (art. 51).³⁴⁵

No Peru, a primeira Constituição política, sancionada em 1823, em razão da influência francesa e, em grande medida, pela (influência da) Constituição de Cádiz,³⁴⁶ apresenta um controle político de constitucionalidade que seria executado pelo Senado Conservador, função que era compartilhada com o Congresso. Seu artigo 90, Inciso 1 atribui, pois, a este Senado conservador, a função de garantir o respeito pela Constituição, confiando também ao Congresso, como primeira tarefa

³⁴¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Du contrôle politique au contrôle juridictionnel: évolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine. **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**, [S. l.], v. 20, n. 2004, p. 16, 2005.

³⁴² Bolívar refere-se ao Poder Moral em seu “Discurso de Angostura”: tal Poder foi apresentado ao Congresso de Angostura (hoje Ciudad Bolívar) como parte de seu projeto de Constituição, em fevereiro de 1819. O Congresso o considerou muito difícil de ser estabelecido, e, naquele momento, absolutamente impraticável e, de tal forma, concordou que fosse impresso como um apêndice à Constituição, convidando os sábios de todo o mundo a se manifestarem sobre o assunto. BOLÍVAR, Simón. **Doctrina del libertador**. Venezuela: Fundación Biblioteca Ayacucho, 1992. p. 148.

³⁴³ “Los censores ejercen una potestad política y moral que tiene alguna semejanza con la del Areópago de Atenas, y de los Censores de Roma. Serán ellos los fiscales contra el Gobierno para celar si la Constitución y los tratados públicos se observan con religión”. *Ibid.*, p. 279.

³⁴⁴ “Artículo 51.- Las atribuciones de la Cámara de Censores, son:
1º Velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos”. BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. **Las constituciones políticas de Bolivia: 1826-2009**. Sucre, BO: Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, 2018. p. 30.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 30.

³⁴⁶ Sobre isso, consultar a seguinte obra: URAND FLÓREZ, Guillermo. **El Perú en las Cortes de Cádiz**. Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú. Colección Documental de la Independencia del Perú. Investigación, recopilación y prólogo por Guillermo Durand Flórez. Lima, PE: 1974. t. 4, v. 2.

na abertura de suas sessões, examinar as infrações à Constituição que não tiverem sido sanadas (art. 186).³⁴⁷ Contudo, tal Constituição, que foi aprovada no dia 12 novembro de 1823, foi suspensa no mesmo dia pelo Congresso Constituinte, e, em paralelo, concedeu a Simón Bolívar atribuições abrangentes enquanto durasse a guerra contra os espanhóis.³⁴⁸

Com o fim da guerra, Bolívar concebeu outra Constituição, inspirada na Constituição francesa de 1799, agora, com três Câmaras em vez de duas, e com uma presidência vitalícia que lhe coube. Esse texto, idealizado e escrito pelo próprio Bolívar, foi aprovado como a Constituição da Nova República da Bolívia, e depois foi aprovado como Constituição do Peru em 1826. O mesmo texto se destinou à Gran Colombia (que incluía, na época, o que hoje são Venezuela, Colômbia, Panamá e Equador).³⁴⁹

A maioria das Constituições sancionadas no Peru no século XIX, como regra geral, adotaram um controle político de constitucionalidade na medida em que conferiram a um órgão político a tarefa de garantir a supremacia da Constituição. Assim, tem-se: em 1826, a Câmara dos Censores; em 1828, 1834 e 1839, o Conselho de Estado, órgão que, embora integrado de forma diferente em cada texto, era, em qualquer caso, escolhido pelo Congresso; em 1860, a Comissão Permanente de Órgão Legislativo (órgão que lembra muito a Deputação Permanente da Corte de Cádiz), composta por sete senadores e oito deputados, a qual foi abolida em 1874.³⁵⁰ Apenas na Constituição de 1856 é que se pode observar uma margem a um controle judicial de constitucionalidade, uma vez que seu art. 10 preleciona que: “É nula e sem efeito qualquer lei tão logo se oponha à

³⁴⁷ “ARTICULO 90º.- Las atribuciones del Senado son: 1.- Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, y sobre la conducta de los magistrados y ciudadanos [...]”

ARTICULO 186º.- El primer cuidado del Congreso, luego después de la apertura de sus sesiones, será examinar las infracciones de la Constitución que no se hubieren remediado, a fin de decretar lo necesario para que se haga efectiva la responsabilidad de los infractores”. PERÚ. [Constituição (1823)]. **Constitución Política de la República Peruana sancionada por el Primer Congreso Constituyente el 12 de noviembre de 1823**. Lima, PE: Palacio de Gobierno, 12 nov. 1823. Disponível em: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1823/Cons1823_TEXTO.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

³⁴⁸ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823-1979). **Historia Constitucional**, [S. l.], n. 4, p. 2-3, 2003b.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 3.

³⁵⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Du contrôle politique au contrôle juridictionnel: évolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**, [S. l.], v. 20, n. 2004, p. 20, 2005.

Constituição”.³⁵¹ Contudo, tal artigo permaneceu como uma declaração solene sem aplicação prática. No nível constitucional, somente em 1979 foi institucionalizado o controle judicial de constitucionalidade, que consagra tanto o controle difuso quanto o controle concentrado. Assim, o Peru foi o último país latino-americano a adotar esse modelo.³⁵²

O Chile é outro caso de recebimento muito tardio de revisão judicial. Durante a vigência da Constituição de 1833 (1833-1924), tanto a doutrina como a jurisprudência estavam majoritariamente de acordo que a Suprema Corte não tinha poderes para realizar uma revisão judicial de constitucionalidade. Assim, o controle político era exercido pelo Congresso Nacional, sendo a única forma de proteger a supremacia da Constituição.³⁵³ Isso se baseou, por um lado, no fato de que os tribunais não tinham poderes expressos que autorizassem tal intervenção e, por outro lado, pelo fato de o art. 164 da citada Constituição apenas autorizar o Congresso a resolver as dúvidas que surgissem sobre a interpretação do texto constitucional. O Congresso permaneceu, portanto, com o direito de estabelecer a “interpretação autêntica” da Constituição, e isso, em última análise, implicado em uma opção a favor de um modelo de controle político.³⁵⁴

As cartas anteriores também continham disposições idênticas. Assim: a Constituição Provisória concedeu ao Senado a função de zelar pela observância da Constituição (Cap. I, art. 1º); arranjo semelhante foi incluído na Constituição de 1822, no que diz respeito ao Tribunal de Representantes, na medida em que deveria cuidar do cumprimento da Constituição e das leis (art. 67); a Carta de 1823 concedeu ao Senado Conservador e Legislador vigiar a observância das leis, ao mesmo tempo em que protege e defende as garantias individuais (art. 38); finalmente, a Constituição de 1828 concede ao Congresso a proteção de todos os

³⁵¹ “Art. 10º.- Es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución”. PERÚ. [Constituição (1856)]. **Constitución de la República Peruana**. Dada el 13 de octubre de 1856 y promulgada en 19 del mismo mes. Lima, PE: Casa de Gobierno, 1856. Disponível em: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1856/Cons1856_TEXTO.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

³⁵² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Du contrôle politique au contrôle juridictionnel: évolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine. **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**, [S. l.], v. 20, n. 2004, p. 23, 2005.

³⁵³ NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Notas sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile. **Revista Chilena de Historia del Derecho**, [Chile], t. 2, n. 22, p. 1232, 2010.

³⁵⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, p. 24.

direitos individuais (art. 46, n.º 2), bem como à Comissão Permanente, que se reúne enquanto o Congresso estiver em recesso.³⁵⁵

Até a Constituição de 1925, a Suprema Corte recusou a adoção de uma revisão judicial de constitucionalidade,³⁵⁶ o que incentivou a consolidação de um modelo de controle político consubstanciado pelo Congresso Nacional, ou mesmo pelo que se convencionou chamar de Comissão Conservadora, que é, pelo próprio nome, indicativo da forte influência francesa.³⁵⁷ A Constituição de 1925 mudará a situação ao conferir poderes ao Supremo Tribunal no sentido de poder declarar inaplicável qualquer preceito legal contrário à Constituição com efeitos *inter partes* (art. 86).³⁵⁸

No Uruguai, a história da jurisdição constitucional pode ser dividida em dois grandes períodos: antes e depois de 1934. Até a entrada em vigor da Constituição de 1934 não existia nas Constituições uruguaias um sistema que, expressamente, regulasse matérias relacionadas com a declaração de inconstitucionalidade de leis e outros atos jurídicos e que estabelecesse as eventuais consequências dessa declaração (Veja-se, para tanto: a Constituição de 1830, a Lei de Reforma da Constituição de 1912, a Constituição de 1918 e os Atos de Reforma Constitucional de 1930 e 1932).³⁵⁹

Nas poucas vezes em que o tema foi discutido, se invocou o respeito ao princípio da separação de poderes e o dever de respeitar a norma existente em ambas as Constituições que atribuíram ao Legislativo competência exclusiva para interpretar a Constituição (*in casu*: Constituição de 1830 – art. 152; Constituição de 1918 – art. 176). O argumento, apesar de equivocado, impediu durante 88 anos qualquer possibilidade de existência de jurisdição constitucional destinada a controlar a constitucionalidade das leis e demais atos jurídicos emanados dos

³⁵⁵ NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Notas sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile. **Revista Chilena de Historia del Derecho**, [Chile], t. 2, n. 22, p. 1233, 2010.

³⁵⁶ Nesse contexto, entende-se o despacho proferido pelo Supremo Tribunal Federal, datado de 27 de junho de 1848, o qual afirma que nenhum magistrado goza de prerrogativas para declarar a inconstitucionalidade de leis promulgadas após o Código Fundamental.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. La acción de inaplicabilidad de preceptos legales. **Revista de Derecho-Universidad Católica del Norte**, Coquimbo, CL, ano 14, n. 2, p. 116, 2007.

³⁵⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Du contrôle politique au contrôle juridictionnel: évolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine. **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**, [S. l.], v. 20, n. 2004, p. 25, 2005.

³⁵⁸ RÍOS ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 119.

³⁵⁹ GROS ESPIEL, Héctor. Control político de la constitución: el caso de Uruguay. **Política - Revista de Ciencia Política**, [Montevideo, UY], n. 2, p. 13, enero 1983.

poderes públicos.³⁶⁰

Foi preciso esperar pela Constituição de 1934, fruto do golpe de 31 de março de 1933, para finalmente se evidenciar a constitucionalização do controle judicial de constitucionalidade, a qual foi confiada, como competência exclusiva, ao Supremo Tribunal de Justiça (art. 234).³⁶¹

A Constituição do Império do Brasil de 1824, inspirada na doutrina de Benjamin Constant, instituiu um Poder Moderador, cujo titular, o imperador, enfeixava ilimitadas competências. A defesa pública de um projeto constitucional monarquiano, a partir do conceito ultraliberal de Poder Moderador, acabou por fazer com que este último adquirisse, no Brasil, alguns significados diversos daqueles a que estava associado na França, como os de neutralidade ativa, discricionariedade decisionista e centralização político-administrativa.³⁶²

Na Constituição de 1824, a autoridade legitimada para dizer o direito em última instância não recaiu sobre os juízes ou o Poder Judiciário. A salvaguarda da Constituição foi reservada para as instâncias políticas, Executivo e Legislativo. Primeiramente, foi atribuída expressamente à Assembleia Geral a competência para interpretar as leis e para zelar pela guarda da Constituição (Art. 15, VIII e IX).³⁶³ Um esboço mais claro do controle político de constitucionalidade pode ser encontrado no chamado Ato Adicional de 1834, formalizado por meio da Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, o qual conferiu às Assembleias Legislativas Provinciais a competência para: “Velar na Guarda da Constituição e das Leis na sua Provincia, e representar á Assembléa e ao Governo Geraes contra as Leis de outras Provincias que offenderem os seus direitos. (art. 11, § 9º)”.³⁶⁴

³⁶⁰ GROS ESPIEL, Héctor. Control político de la constitución: el caso de Uruguay. **Política – Revista de Ciencia Política**, [Montevideo, UY], n. 2, p. 13, enero 1983.

³⁶¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Du contrôle politique au controle juridictionnel: évolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine. **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**, [S. l.], v. 20, n. 2004, p. 26, 2005.

³⁶² LYNCH, Christian Edward Cyril. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824). **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 612, 2005.

³⁶³ BRAZIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

³⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 16 de 12 de agosto de 1834**. Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Imperio, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil, 1834. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim16.htm. Acesso em: 20 nov. 2021. (Obs: grafia original do texto).

Tratava-se de mecanismo de controle de constitucionalidade das leis provinciais, cujo objetivo voltava-se a contrabalancear a competência legislativa atribuída às Províncias por meio da criação das Assembleias Legislativas Provinciais, o que ficou posteriormente explicitado com a edição da Lei nº 105 de 12 de maio de 1840 (“Lei de Interpretação do Ato Adicional”), que “interpreta alguns artigos da Reforma Constitucional”. À luz do marco constitucional alterado pelo Ato Adicional de 1834, estabeleceram-se, pois, três procedimentos distintos para o controle das leis.³⁶⁵

A Proclamação da República adveio para dar uma virada decisiva no assunto e permitiu a introdução de uma revisão judicial de constitucionalidade – com uma clara influência do modelo americano.

No Equador, desde a Constituição de 1830, os primeiros textos constitucionais (Constituições de 1830, 1835, 1843 e 1845) concederam ao Poder Legislativo a atribuição para interpretar a Constituição em última instância, circunstância que pressupunha uma opção clara a favor de um modelo de controle político.³⁶⁶ O período de 1930 a 1945 é caracterizado pela dispersão do controle constitucional entre o Congresso, o Conselho de Estado e o Supremo Tribunal de Justiça, mas é o Congresso que mantém o papel de intérprete final da Constituição. Consequentemente, as Constituições da época estabeleciam, por conseguinte, que a inconstitucionalidade de leis e demais normas, que fosse do conhecimento do Conselho de Estado e da Suprema Corte, só poderia ser decidida definitivamente, com efeito *erga omnes*, pelo Congresso. Essa atribuição do Congresso, portanto, tornava as decisões de inconstitucionalidade do Conselho de Estado e da Suprema Corte meramente suspensivas.³⁶⁷

No México, as influências dos textos constitucionais franceses, da Constituição de Cádiz e da Constituição norte-americana se sucederam durante a primeira metade do século XIX, desde os primeiros documentos de natureza

³⁶⁵ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História contextual do controle de constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 2526, 2017. Faz-se interessante, outrossim, a leitura da seguinte obra do mesmo autor: CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do controle da constitucionalidade das leis no Brasil**: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891). São Paulo: Almedina, 2019.

³⁶⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Du contrôle politique au contrôle juridictionnel: évolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine. **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**, [S. l.], v. 20, n. 2004, p. 28, 2005.

³⁶⁷ GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. **Constitucionalismo en Ecuador**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. p. 172-173.

constitucional encontrados neste país, a denominada “Constituição de Apzingan”, sancionada em 22 de outubro de 1814, até a Constituição de Yucatán, de 1841, na qual a revisão judicial de constitucionalidade encontrará uma âncora definitiva.³⁶⁸

A tradição jurídica francesa deixou uma marca transitória em algumas das Constituições mexicanas, cujo exemplo mais importante, no campo da Justiça constitucional, é a criação do Poder Conservador Supremo, introduzido na Constituição de 1836 – cópia do Senado Conservador francês do ano VIII. É a esse órgão, composto por cinco membros, os quais eram responsáveis apenas perante Deus e a opinião pública (artigo 17), que foram confiadas atribuições de declarar a nulidade de uma lei. As resoluções do Supremo Poder Conservador, nesse sentido, exigiam a concordância de três de seus cinco membros e tinham efeitos *erga omnes*.³⁶⁹

A influência espanhola da Constituição de Cádiz também é muito presente na Carta Federal de 1824. A Seção 165 da Constituição estabeleceu que: “Somente o Congresso Geral poderá resolver as dúvidas que possam surgir sobre o entendimento dos artigos desta Constituição e do Ato Constitutivo”.³⁷⁰ O controle político, portanto, permaneceu firmemente enraizado.³⁷¹

3.3.2 Influência norte-americana e a adoção do *judicial review*

Em uma análise comparativa sobre as formas de controle de constitucionalidade, Cappelletti distingue a revisão judicial em dois *amplos* tipos: descentralizado e centralizado. O sistema descentralizado, cujo modelo se encontra nos Estados Unidos, é caracterizado por um controle judicial difuso que confia a todos os juízes (independentemente de sua hierarquia) o poder de declarar, em processo específico, a inaplicabilidade de dispositivos jurídicos secundários contrários à Constituição com efeitos apenas para as partes que intervieram nessa

³⁶⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Du contrôle politique au contrôle juridictionnel: évolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine. **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**, [S. l.], v. 20, n. 2004, p. 31, 2005.

³⁶⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano. In: SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis *et al.* **Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917, en su septuagésimo quinto aniversario**. Ciudad de México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1992. p. 111.

³⁷⁰ BENÍTEZ TREVIÑO, Víctor Humberto. **Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824: síntesis de los anhelos de la Independencia**. [México]: Gobierno del Estado de México, 2008.

³⁷¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Evolución del control constitucional en México. **Constitucionalismo iberoamericano en el siglo XXI**. Ciudad de México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2000. p. 99-136.

controvérsia; já o sistema centralizado, cujo protótipo é delineado na Constituição austríaca de 1920, restringe o exercício desse poder a um tribunal constitucional especial.³⁷²

Os dois sistemas diferem não apenas quanto aos tribunais que exercem o poder de controle de constitucionalidade, mas também quanto às técnicas de levantamento de questões constitucionais e efeitos produzidos pelas decisões que reconhecem a inconstitucionalidade. O sistema descentralizado restringe o exercício da revisão judicial à determinação de casos reais e concretos propostos pelas partes no curso ordinário do litígio. O sistema centralizado, pelo menos em sua forma arquetípica, separa a revisão judicial do contencioso ordinário³⁷³ com atribuição a um órgão específico para decidir todos os assuntos relativos à constitucionalidade das leis, questões que não podem ser conhecidas pelos juízes ordinários a partir do entendimento de que a decisão proferida pelo referido tribunal especializado, quando declarar a inconstitucionalidade, tem efeitos gerais ou *erga omnes*.³⁷⁴

Contudo, é necessário considerar que a grande maioria dos países latino-americanos não se enquadra em nenhum dos dois campos: centralizado ou descentralizado. Eles adotam sistemas híbridos, com incorporação de elementos dos modelos americano e europeu, mediante mudanças e adaptações, que a longo prazo se tornaram distintos de seus modelos originais.³⁷⁵ Apenas alguns instrumentos do vizinho do norte foram adotados, de maneira que os procedimentos de controle judicial de constitucionalidade apresentam considerável diversidade e engenhosidade na adaptação às demandas da cultura jurídica latino-americana,³⁷⁶ de forma que, como bem disse Rocafort, a influência do controle constitucional americano é mais visível nas ideias do que nos sistemas de controle.³⁷⁷

³⁷² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 72-74.

³⁷³ ROSENN, Keith S. Judicial review in Latin America. **Ohio State Law Journal**, [Miami]: University of Miami Law School, [S. l.], v. 35, p. 786, 1974.

³⁷⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Evolución del control constitucional en México. **Constitucionalismo iberoamericano en el siglo XXI**. Ciudad de México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2000. *passim*.

³⁷⁵ BELAUNDE, Domingo Garcia. De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 3, p. 36, 1999.

³⁷⁶ ROSENN, *op. cit.*, p. 786.

³⁷⁷ PIZA ROCAFORT, Rodolfo. Influencia de la Constitución de los Estados Unidos en las Constituciones de Europa y de América Latina. In: BUERGENTHALL, Thomas; GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario; PIZA ROCAFORT, Rodolfo. **La Constitución norteamericana y su influencia en Latinoamérica: 200 años, 1787-1987**. 1. ed. San José, CR: Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987. p. 26.

Destarte, até meados do século XX, praticamente todos os países da América Latina haviam incorporado o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade em seus ordenamentos.³⁷⁸ Certamente, em alguns países latino-americanos tais disposições não foram efetivamente implementadas; no entanto, em um número considerável desses países, a revisão judicial constitui um importante componente do sistema jurídico.

O modelo americano de revisão judicial, a partir desse contexto, era conhecido na América Latina graças à difusão dos famosos textos de *O Federalista*, de Hamilton, Madison e Jay,³⁷⁹ assim como da obra *De la démocratie en Amérique*, de Tocqueville,³⁸⁰ incluindo a primeira edição em espanhol, traduzida por Sanchez de Bustamante, publicada em Paris em 1836, apenas um ano após a primeira edição francesa do primeiro volume (o segundo volume foi publicado em 1840).³⁸¹

Para Segado, em uma possível condensação em uma frase, no que se refere à contribuição da América à defesa constitucional, pode-se dizer que, nesse continente, surgiu a verdadeira garantia jurisdicional da Constituição, em contraste com o continente europeu, no qual se buscou uma defesa política da Constituição. A revisão judicial foi, pois, gradualmente implantada nas Constituições latino-americanas em combinação com a tradição hispânica e a atração exercida pelas Cartas Revolucionárias Francesas, o que significou o abandono escalonado da tentativa de controlar a constitucionalidade das leis por intermédio do corpo legislativo.³⁸²

É reconhecido na doutrina que o primeiro documento de direito constitucional que estabeleceu o controle judicial de constitucionalidade das leis na América Latina foi expedido no México, por intermédio da Carta do Estado de Yucatán, de 16 de maio de 1841, com apoio no Projeto elaborado em dezembro de 1840 por uma

³⁷⁸ Assim, tem-se: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. A revisão judicial foi abolida na República Dominicana a partir da Constituição de 1947, embora, na prática, Trujillo tivesse efetivamente eliminado a instituição muito antes. ROSENN, Keith S. Judicial review in Latin America. **Ohio State Law Journal**, [Miami]: University of Miami Law School, [S. l.], v. 35, p. 785, 1974. *passim*.

³⁷⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

³⁸⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la démocratie en Amérique**. Paris: Pagnerre, 1850.

³⁸¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Du contrôle politique au contrôle juridictionnel: évolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine. **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**, [S. l.], v. 20, n. 2004, p. 37, 2005.

³⁸² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su génesis en el pasado siglo. **Pensamiento Constitucional**, Perú, v. 3, n. 3, p. 232, 1997a.

Comissão presidida pelo jurista Manuel Crescencio Rejón, autor principal, senão o único, do Projeto e da própria instituição. Crescencio Rejón desenhou as características fundamentais do *juicio de amparo*, as quais foram reconhecidas em nível nacional na Constituição Mexicana de 1857, reforma da Carta Federal de 1824, e que chegou à Constituição de 1917.³⁸³ A finalidade do recurso de amparo era combater qualquer ato de autoridade contrário aos direitos constitucionais.³⁸⁴

O nascimento do recurso de amparo foi claramente influenciado pelo sistema americano, muito embora o nome da instituição mostre uma influência portuguesa (segurança real) e hispânica, especificamente a partir da figura do “amparo colonial”.³⁸⁵ Trata-se de um instituto da família de ações possessórias (*interdictos*), encontrado nos textos legais mais antigos – tanto de Castilla como de Aragón –, denominado como procedimento foral para a manifestação de pessoas, semelhante ao *habeas corpus* inglês.³⁸⁶

A Carta Federal, promulgada em 5 de fevereiro de 1857, consagrou a predominância definitiva do modelo de controle jurisdicional norte-americano nos três instrumentos de garantia constitucional que regulou: o julgamento de responsabilidade dos altos funcionários; as controvérsias constitucionais; e o julgamento de amparo. Os dois primeiros instrumentos foram pouco eficazes na prática, sendo o julgamento de amparo o único instrumento processual que, na verdade, foi usado para contestar violações da Carta Federal de 1857, com restrição inicial às chamadas garantias individuais, embora, em momento posterior, a jurisprudência da Suprema Corte estendeu a proteção a todos os preceitos constitucionais que pudessem levar a danos individuais.³⁸⁷

³⁸³ FIX-ZAMUDIO, Héctor. La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad. **RU Jurídicas – Repositorio Universitario**, Coyoacán, MX, p. 642, 1978. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/issue/view/1536>. Acesso em: 15 dez. 2021. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su génesis en el pasado siglo. **Pensamiento Constitucional**, Perú, v. 3, n. 3, p. 233-234, 1997a.

³⁸⁴ MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime. Historia del juicio de amparo contra leyes: el amparo Vega. **Revista IUS-Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, Puebla, MX, v. 13, n. 43, p. 126, enero/jun. 2019.

³⁸⁵ LANDA, César. El proceso de amparo en América Latina. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Montevideo, ano 17, p. 209, 2011.

³⁸⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **Del control político al control jurisdiccional**: evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. [S. l.]: CLUEB, 2006. p. 159.

³⁸⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor. La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano. In: SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis *et al.* **Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917, en su septuagésimo quinto aniversario**. Ciudad de México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1992. p. 120.

Após sua introdução no México, na Constituição de 1847, o processo de proteção começou a se espalhar, durante o século XIX, na América Latina, dando origem, em todos os países, a uma ação ou recurso diferente e específico voltado exclusivamente para proteção dos direitos e liberdades constitucionais. Assim, além do mandado de *habeas corpus* generalizado em quase todos os países, o julgamento de amparo foi introduzido nas Constituições da Guatemala (1879), El Salvador (1886) e Honduras (1894); e, durante o século XX, nas Constituições da Nicarágua (1911), Brasil (mandado de segurança, 1934), Panamá (1941), Costa Rica (1946), Venezuela (1961), Bolívia, Paraguai, Equador (1967), Peru (1976), Chile (recurso de proteção, 1976), Colômbia (ação de proteção, 1991).³⁸⁸

Na Colômbia, a Constituição da Província de Cundinamarca, de 4 de abril de 1811, estabelece o princípio explícito da supremacia constitucional,³⁸⁹ além de criar o primeiro precedente de um dos institutos processuais do controle jurisdicional de constitucionalidade mais sugestivo da América Latina: a ação popular de inconstitucionalidade.³⁹⁰

Na Argentina, o controle judicial de constitucionalidade das leis não decorre expressamente do texto da Constituição Nacional de 1853, mas emana tacitamente de certas cláusulas desta, entre as quais se destaca o art. 31, que marca o início da supremacia constitucional, nos moldes da cláusula de supremacia da Constituição norte-americana. Desde 1957, o recurso de amparo foi admitido por meio de precedentes judiciais, tendo sido regulamentado por lei em 1966, depois incorporado na reforma constitucional de 1994.³⁹¹

Na República Dominicana, desde 2000 a Suprema Corte também admitiu o amparo, o qual também foi regulamentado posteriormente por intermédio da Lei de Amparo (2006) e, em 2010, nas disposições da Constituição, cujos regulamentos

³⁸⁸ BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. **Leyes de amparo de América Latina**. 2007. f. 24. Tesis (Doctorado) --Universidad Central de Venezuela. Caracas: Fundación Editorial Jurídica Venezolana, 2007.

³⁸⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su génesis en el pasado siglo. **Pensamiento Constitucional**, Perú, v. 3, n. 3, p. 253; p. 260, 1997a.

³⁹⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **Del control político al control jurisdiccional**: evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. [S. l.]: CLUEB, 2006. p. 165.

³⁹¹ BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, f. 25.

foram desenvolvidos em 2011 na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional e nos Processos Constitucionais.³⁹²

Na Guatemala, a Lei de Amparo, *Habeas Corpus* e Constitucionalidade, de 3 de maio de 1966, dispõe que toda pessoa tem direito de recorrer ao amparo para que possa declarar, em casos específicos, que uma lei, um regulamento, ou uma resolução, ou um ato de autoridade não obrigam o recorrente a contrariar ou restringir quaisquer dos direitos garantidos pela Constituição da República.³⁹³

Também seguindo o exemplo do direito mexicano, as disposições constitucionais e as leis normativas correspondentes a Honduras e Nicarágua conferem ao processo de amparo a impugnação de leis inconstitucionais pela pessoa diretamente afetada e com efeitos particulares ao caso concreto.³⁹⁴

Por fim, outro exemplo importante da influência norte-americana é a Constituição da Venezuela de 1811, que estabeleceu, no artigo 227, que as leis contrárias à Constituição não teriam qualquer valor. A Constituição de 1811, importa ressaltar, não teve aplicação significativa, o que não impede, por conseguinte, que se constitua como um importante precedente.³⁹⁵

3.3.3 Modelo europeu Kelseniano: Tribunais, Cortes e Salas constitucionais na América Latina

Como mencionado no capítulo anterior, os primeiros Tribunais Constitucionais foram constituídos na Europa com atribuição para o controle de constitucionalidade. Após a Segunda Guerra Mundial, diversos elementos do modelo europeu foram sendo introduzidos nos ordenamentos jurídicos da América Latina, que passou a criar Tribunais, Cortes ou Salas Constitucionais,³⁹⁶ mesmo sem abandonar completamente o sistema americano difuso.³⁹⁷

³⁹² BREWER-CARIÁS, Allan Randolph. **Leyes de amparo de América Latina**. 2007. f. 24-25. Tesis (Doctorado) --Universidad Central de Venezuela. Caracas: Fundación Editorial Jurídica Venezolana, 2007.

³⁹³ FIX-ZAMUDIO, Héctor. La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad. **RU Jurídicas – Repositorio Universitario**. Coyoacán, MX, p. 649, 1978. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/issue/view/1536>. Acesso em: 15 dez. 2021.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 650.

³⁹⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **Del control político al control jurisdiccional: evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina**. [S. l.]: CLUEB, 2006. p. 174-175.

³⁹⁶ Destaca-se a criação do Tribunal Constitucional da Guatemala (1965-1985); do Tribunal de Garantias Constitucionais do Equador (1978-1983); do Tribunal de Garantias Constitucionais do Peru (1979); a transformação do Suprema Corte de Justicia do México, com manutenção de seu

Para determinar a existência de um Tribunal Constitucional, alguns aspectos formais e materiais devem ser observados. Fernández Rodríguez destaca que o elemento material da definição de Corte Constitucional consiste no exercício, pela justiça constitucional, de uma série de poderes relacionados a determinados processos os quais, dessa forma, caracterizarão a instituição, tratando-se dos “[...] contenciosos que servem para controlar a constitucionalidade das leis, a defesa extraordinária dos direitos fundamentais e a garantia da distribuição vertical e horizontal do poder”³⁹⁸, sendo o núcleo central dos poderes da justiça constitucional, sem prejuízo de outros poderes agregados que afetem elementos do conceito material da Constituição e a delimitação do poder político. De outro lado, Ferrer Mac-Gregor, em uma abordagem material, define Tribunal Constitucional como o “órgão jurisdicional de maior hierarquia que tem a função essencial ou exclusiva de estabelecer a interpretação final dos direitos fundamentais”.³⁹⁹

Para Favoreu, “[...] uma Corte constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos”.⁴⁰⁰

Os tribunais constitucionais devem ser órgãos jurisdicionais independentes, com o poder de determinar a ilegitimidade constitucional de múltiplas normas e atos jurídicos infraconstitucionais, com um âmbito de competência relativamente amplo na matéria, dependendo de cada tribunal e ordem constitucional, com supressão das normas que contrariem as respectivas constituições. Além disso, os tribunais constitucionais desenvolvem atribuições em matéria de proteção dos

nome, em um tribunal constitucional por intermédio das reformas constitucionais de 1987 e 1994; do Tribunal Constitucional colombiano (1991); e do Tribunal Constitucional da Bolívia (1994). Além disso, merece ênfase a criação das Câmaras Constitucionais autônomas nas Cortes Supremas de El Salvador (1983-1991), Costa Rica (reforma constitucional de 1989), Paraguai (1992) e Equador (reforma de 1993). FIX-ZAMUDIO, Héctor. Los tribunales y salas constitucionales en América Latina. *In*: ADAME GODDARD, Jorge *et al.* **Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca**. Ciudad de México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2016. p. 60.

³⁹⁷ EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. Los Tribunales Constitucionales en la región andina: una visión comparativa. **Derecho PUCP**, [S. l.], n. 53, p. 8, 2000.

³⁹⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. **La justicia constitucional europea ante el siglo XXI**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 20.

³⁹⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Los tribunales constitucionales en Iberoamérica**. México: Funda, 2002. p. 55-56.

⁴⁰⁰ FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. p. 15.

direitos fundamentais e resolução de conflitos de competências entre órgãos do Estado.⁴⁰¹

É necessário especificar que, nas Constituições da América Latina, o controle concentrado de constitucionalidade foi outorgado a órgãos ou tribunais com as mais diversas denominações e formas de organização:

- a) Tribunais constitucionais autônomos ou tribunais localizados fora do aparelho jurisdicional comum (Chile, Equador, Guatemala e Peru);
- b) Tribunais autônomos ou tribunais dentro da estrutura do Judiciário (Bolívia e Colômbia);
- c) Câmaras especializadas (salas) em matéria constitucional pertencentes aos próprios tribunais ou tribunais superiores (El Salvador, Costa Rica, Honduras, Nicarágua, Paraguai e Venezuela);
- d) Supremas Cortes ordinárias ou tribunais que exercem funções de corte constitucional, embora não exclusivamente (Argentina, Brasil, México, Panamá e Uruguai).⁴⁰²

A Guatemala foi o primeiro país que, a rigor, introduziu, em sua ordem interna, um tribunal especializado para questões constitucionais denominado “Corte de Constitucionalidade”. Contudo, o Tribunal, criado pela Constituição de 1965, não tinha caráter permanente e se reunia apenas quando era interposta uma reclamação (*recurso de inconstitucionalidade*). Os membros da Corte eram magistrados que atuavam em outras instâncias do Judiciário.⁴⁰³ Tendo em conta as falhas do modelo, a Constituição da Guatemala de 1985 reiterou a instituição do Tribunal

⁴⁰¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los tribunales constitucionales de Sudamérica a principios del siglo XXI. *Ius et Praxis*, Talca, CL, v. 9, n. 2, p. 64, 2003.

⁴⁰² MAC GREGOR, Eduardo Ferrer. Derecho procesal constitucional local (La experiencia en cinco estados: 2000-2004). *In*: CARBONELL, Miguel. **Derecho constitucional**: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados [9-14 de febrero de 2004]. Cidade do México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2004. p. 462.

PEDRO SAGÜÉS, Néstor. **Reflexiones sobre las variables de éxito y fracaso de un Tribunal Constitucional**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer. 2001.

⁴⁰³ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Los tribunales y salas constitucionales en América Latina. *In*: ADAME GODDARD, Jorge *et al.* **Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca**. Cidade do México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2016. p. 61.

Constitucional, mas desta vez com magistrados a ela vinculados e com funcionamento permanente e de forma independente.⁴⁰⁴

O Chile instituiu o Tribunal Constitucional em 1970 como consequência de uma reforma da Constituição de 1925. Suas competências concentravam-se essencialmente no controle preventivo de projetos de lei aprovados pelo Legislativo e que se encontravam em conflito entre os vários órgãos do Estado. O Tribunal cessou suas atividades em 1973 como consequência do golpe de Estado de Pinochet; mais tarde foi restabelecido pela Constituição de 1980.⁴⁰⁵

A Constituição do Peru de 1979 criou o Tribunal de Garantias Constitucionais, numa clara demonstração da influência espanhola, com atribuição para conhecer, em última instância, ações de *habeas corpus* e de amparo, bem como, diretamente, da ação de constitucionalidade, cuja decisão assumiu efeitos gerais. Mais tarde, a Constituição de 1993 modifica o nome da instituição para Tribunal Constitucional com atribuições para controle da Constituição, este que passa a ser um órgão autônomo e independente.⁴⁰⁶

O Equador introduziu, em 1945, o Tribunal de Garantias Constitucionais com caráter consultivo e dependente do Poder Legislativo. Cabia ao Tribunal suspender provisoriamente a norma jurídica impugnada e ao Congresso decidir definitivamente sobre ela. *Desapareceu* em 1946, reapareceu em 1967, foi reiterado na Constituição de 1978 e passou por reformas em 1983 e 1992. A reforma constitucional de 1995 substituiu o Tribunal de Garantias Constitucionais por um Tribunal Constitucional, com competência exclusiva para resolver as demandas sobre normas consideradas inconstitucionais e suspender, parcial ou totalmente, a norma impugnada com efeitos *erga omnes*, configuração mantida na Constituição de 1988.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Los tribunales constitucionales en América Latina. **Revista de Derecho Político**, [S. l.], n. 61, p. 315, 2004.

⁴⁰⁵ De forma mais aprofundada, consultar: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005. **Estudios Constitucionales**, Santiago, ano 6, n. 2, p. 325-370, 2008; GARCÍA BELAUNDE, *op. cit.*, p. 316.

⁴⁰⁶ MORALES GODO, Juan. Del Tribunal de Garantias Constitucionales al Tribunal Constitucional peruano: análisis jurídico-político comparativo. **Derecho PUCP**, [S. l.], n. 53, p. 73, 2000. FIX-ZAMUDIO, Héctor. Los tribunales y salas constitucionales en América Latina. In: ADAME GODDARD, Jorge *et al.* **Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca**. Cidade do México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2016. p. 64.

⁴⁰⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los Tribunales Constitucionales de Sudamérica a principios del siglo XXI. **Ius et Praxis**, Talca, CL v. 9, n. 2, p. 86-87, 2003; GARCÍA BELAUNDE, *op. cit.*, p. 317.

Bolívia e Colômbia criaram tribunais que fazem parte da estrutura orgânica do Poder Judiciário, com independência para o exercício de suas funções específicas. O Tribunal Constitucional colombiano foi introduzido pela Constituição de 1991, responsável por salvaguardar a integridade e supremacia da Constituição. O mais recente órgão jurisdicional especializado da América Latina foi estabelecido pelas reformas da Constituição da Bolívia, cujo modelo será tratado sistematicamente no próximo capítulo. A reforma constitucional de agosto de 1994 criou um Tribunal Constitucional, inserido organicamente no Poder Judiciário, mas como órgão independente destinado exclusivamente ao controle de constitucionalidade das leis. No ano de 2009, com a nova Constituição, o Tribunal Constitucional passa a ser denominado Tribunal Constitucional Plurinacional com a responsabilidade de exercer a “justiça constitucional” (art. 179, III).⁴⁰⁸

El Salvador, Costa Rica, Honduras, Nicarágua, Paraguai e Venezuela adotaram Salas Constitucionais, estruturadas dentro do Poder Judiciário, em seu órgão de mais alto nível, competentes para controlar a constitucionalidade das leis. O regime da “sala constitucional” foi solução política entre aqueles que queriam, como aspiração máxima, um Tribunal extrapoder, mas que temiam que isso reduzisse o peso institucional da Suprema Corte de Justiça e do próprio Poder Judiciário.

A Constituição de El Salvador de 1983 criou a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, competente para declarar a inconstitucionalidade das leis, decretos e regulamentos, em sua forma e conteúdo, podendo fazê-lo a pedido de qualquer cidadão. A Câmara Constitucional é um órgão jurisdicional integrado administrativamente à Corte Suprema de Justiça do Supremo Tribunal de Justiça.⁴⁰⁹

Em Honduras, no topo da pirâmide organizacional do Judiciário, está a Corte Suprema de Justiça, e, na sua estrutura, a Sala Constitucional, criada pela reforma constitucional de 2000, a quem compete conhecer originariamente o recurso de inconstitucionalidade das leis, bem como o Recurso de Revisão Extraordinária.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ GARCIA, Jean-Rene. El surgimiento del control de constitucionalidad en Bolivia: de la independencia a la Constitución boliviana de 2009. **Perfiles de las Ciencias Sociales**, Villahermosa, MX, ano 2, n. 3, p. 73-74, jul./dic. 2014.

⁴⁰⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Los tribunales y salas constitucionales en América Latina. In: ADAME GODDARD, Jorge *et al.* **Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca**. Ciudad de México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2016. p. 71.

⁴¹⁰ Para mais dados, consultar: BREWER-CARÍAS, Allan R. La reforma del sistema de justicia constitucional en Honduras (2004). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución**, [S. l.], v. 4, p. 57-77, 2005.

Também foi criada uma Sala Constitucional como parte da Corte Suprema da Costa Rica, por meio da reforma de agosto de 1989 à Constituição de 1949. Em 1995, a Nicarágua também optou pela criação de uma Sala Constitucional, vinculada à Corte Suprema de Justiça.⁴¹¹

No Paraguai, a Sala Constitucional foi instituída por intermédio do art. 260 da Constituição de 1992 como parte integrante da Corte Suprema de Justiça.⁴¹²

Na República Bolivariana da Venezuela, há, desde 1999 (ano em que a atual Constituição foi aprovada em referendo popular), um Tribunal Supremo de Justiça, composto por seis Câmaras, entre as quais se encontra uma Sala Constitucional.

Por fim, Argentina, Brasil, México, Panamá e Uruguai têm Supremas Cortes ordinárias ou tribunais que exercem funções de corte constitucional, embora não exclusivamente.

3.4 Novo papel dos Tribunais Constitucionais na América Latina

Na literatura que trata de política judicial latinoamericana, uma das questões mais importantes são os tribunais constitucionais, fundamentalmente devido ao papel que essas organizações têm desempenhado na região.

Na década de 1980, os países latino-americanos realizaram eleições democráticas após décadas de história de governo autoritário. Governos democraticamente eleitos emergiram das eleições, mas também surgiram novas espécies de regimes democráticos. No entanto, ao se tornarem democracias, a maioria dos países não tinha poderes judiciais fortes e independentes, capazes de limitar a autoridade dos governantes. Sob a ditadura, os tribunais eram vítimas frequentes da mudança de regime e, mesmo quando a democracia se enraizou, muitos dos problemas identificados com os tribunais sob a égide do autoritarismo –

⁴¹¹ CASTRO, Catarina Sarmiento e. Modelos de justiça constitucional. Relatório do Tribunal Constitucional Português. *In*: CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL, 4., 2005, Sevilla. **Anais eletrônicos [...]**. Sevilla, 20025. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/textos020309.html>. Acesso em: 16 fev. 2024.

⁴¹² FIX-ZAMUDIO, Héctor. Los tribunales y salas constitucionales en América Latina. *In*: ADAME GODDARD, Jorge *et al.* **Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca**. Ciudad de México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2016. p. 72.

dominação executiva, filosofia jurídica conservadora, falta de infraestrutura adequada, falta de confiança e apoio público e instabilidade – pareciam persistir.⁴¹³

Assim, o estabelecimento de instituições fortes, estáveis que limitassem a autoridade dos governantes, tornou-se um grande desafio para as democracias emergentes e, conseqüentemente, o Judiciário, guardião da Constituição e de todas as leis estabelecidas, deveria adquirir um papel fundamental no processo de transição para a democracia. Para Issacharoff, a característica marcante das democracias constitucionais de terceira onda⁴¹⁴ é precisamente essa criação de um novo conjunto de tribunais constitucionais fortes, efetivos, especificamente encarregado de constituir vigilância nacional sobre o exercício do poder político. Como são tipicamente construídos, esses tribunais se afastam da cadeia normal de comando do Judiciário nacional para também atuarem como guardiões da ordem democrática.⁴¹⁵

Nesse contexto, a partir da década de 1990, as nações latino-americanas empreenderam profundas reformas políticas, que se concentraram no desenho institucional, ao gerar independência ao Judiciário de fatores externos e dos poderes eleitos que pudessem afetar seu desempenho. A estabilidade no cargo, o método de nomeação e os mecanismos de remoção de juízes constitucionais foram modificados para fortalecer a independência dos magistrados. Os pacotes de reforma judicial da maioria dos países latino-americanos incluíam salvaguardas constitucionais para aumentar o poder dos tribunais superiores e inferiores por meio de modificações nos mecanismos de alocação orçamentária e na autonomia administrativa, bem como para dar poderes de revisão legal e constitucional aos tribunais superiores ou à criação de tribunais constitucionais.⁴¹⁶

⁴¹³ HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introducción. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. p. 3-4.

⁴¹⁴ Desde a década de 1970, observa-se uma expansão do número de países com regimes democráticos, fenômeno designado por Huntington como *terceira onda de democratização*, responsável pela restauração da democracia em diversos países que, outrora, adotaram regimes ditatoriais e autoritários. No final da década de 1970, de modo conseqüente, esse movimento prosperou nos países da América Latina onde prevaleciam ditaduras. HUNTINGTON, Samuel P. **A terceira onda: a democratização no final do século XX**. São Paulo: Ática, 1994.

⁴¹⁵ ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies: contested power in the era of constitutional courts**. [Cambridge]: Cambridge University Press, 2015. p. 9.

⁴¹⁶ INCLÁN, Silvia; INCLÁN, María. Las reformas judiciales en América Latina y la rendición de cuentas del Estado. **Perfiles Latinoamericanos**, Ciudad de México, MX, n. 26, p. 60, jul./dic. 2005. Interessante também a leitura do seguinte texto: RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for constitutional justice in Latin America. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**, [Cambridge]: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54.

De maneira geral, as reformas mostraram resultados positivos e promissores para as novas democracias,⁴¹⁷ de modo que, atualmente, pode-se afirmar que os tribunais constitucionais despontam como uma das mais importantes instituições na América Latina (embora ainda profundamente contestados).⁴¹⁸ Os tribunais assumiram um papel político fundamental em toda a região – assim:

Em países como Costa Rica e Colômbia e, cada vez mais, Chile, Brasil e México, os juízes são considerados grandes atores políticos, capazes de moldar as questões políticas mais importantes do momento. E mesmo em contextos em que os tribunais foram repetidamente intimidados, como na Argentina, durante a década de 1990, ou, mais recentemente, na Bolívia, Equador, Nicarágua e Venezuela, o Judiciário, para o bem ou para o mal, passou a dominar o discurso político nacional.⁴¹⁹

Além disso, hodiernamente, entram na pauta de julgamento das Cortes Constitucionais questões como a distribuição de poder entre atores políticos, políticas governamentais e diversos temas relacionados a direitos humanos. Dessarte, fica claro que o papel dos Tribunais Constitucionais na América Latina passou por grande transformação, ainda que sob críticas e represálias em diversos casos.⁴²⁰

A criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1979, marca o início desse processo que, desde então, tem desenvolvido Conferências internacionais, como as organizadas regularmente, desde 1981, pela Associação Internacional de Direito Constitucional (AIDC), que reuniu importantes especialistas em direito constitucional, ou as organizadas, desde 1995, pela Conferência da Corte

⁴¹⁷ INCLÁN, Silvia; INCLÁN, María. Las reformas judiciales en América Latina y la rendición de cuentas del Estado. **Perfiles Latinoamericanos**, Ciudad de México, MX, n. 26, p. 56-57, jul./dic. 2005. Interessante também a leitura do seguinte texto: RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for constitutional justice in Latin America. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**, [Cambridge]: Cambridge University Press, 2011.

⁴¹⁸ HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introducción. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. p. 3; SOTOMAYOR VALAREZO, María Patricia. El poder constitucional en América Latina: hacia una tipología de las cortes constitucionales de la región. **Opera**, [S. l.], n. 24, p. 6, enero/jun. 2019.

⁴¹⁹ “En países como Costa Rica y Colombia y cada vez más en Chile, Brasil y México, los jueces son observados como importantes actores políticos, capaces de moldear las políticas públicas más importantes del día. Incluso en contextos donde las Cortes han sido sistemáticamente intimidadas, como en Argentina durante los años noventa, o recientemente en Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela, el Poder Judicial, para bien o para mal, ha venido a dominar el discurso político de la región”. HELMKE; RÍOS-FIGUEROA, *op. cit.*, p. 3.

⁴²⁰ Acerca disso, consultar a seguinte obra: LUNARDI, Fabrício Castagna. Cortes Constitucionais na América Latina e suas tensões com o Poder Executivo: dificuldades, estratégias e desafios. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 26, n. 2, p. 123-145, maio/ago. 2021.

Ibero-Americana de Justiça Constitucional (CJIC), que reúne os Tribunais, Salas e Cortes Constitucionais, da qual participam os seguintes órgãos:

- a) Tribunal Constitucional (Andorra);
- b) Corte Suprema de Justicia da Nação (Argentina);
- c) Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolívia);
- d) Supremo Tribunal Federal (Brasil);
- e) Tribunal Constitucional (Chile);
- f) Corte Constitucional (Colômbia);
- g) Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça (Costa Rica);
- h) Sala Constitucional do Supremo Tribunal de Justiça (El Salvador);
- i) Corte Constitucional (Equador);
- j) Tribunal Constitucional (Espanha);
- k) Corte Constitucional (Guatemala);
- l) Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça (Honduras);
- m) Suprema Corte de Justiça da Nação (México);
- n) Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça (Nicarágua);
- o) Corte Suprema de Justiça (Panamá);
- p) Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça (Paraguai);
- q) Tribunal Constitucional (Peru);
- r) Tribunal Constitucional (Portugal);
- s) Tribunal Supremo (Porto Rico);
- t) Tribunal Constitucional (República Dominicana);
- u) Corte Suprema de Justiça (Uruguai);
- v) Sala Constitucional do Tribunal Supremo (Venezuela).⁴²¹

Até o ano de 2020, foram realizadas 12 (doze) Conferências, as quais contribuíram para consolidar o diálogo ibero-americano e permitir o compartilhamento de reflexões sobre o papel dos juízes constitucionais. No entanto, em muitos países latino-americanos, o legado histórico de instituições judiciais enfraquecidas tem sido

⁴²¹ COLÔMBIA. Tribunal Constitucional da Colômbia. Conferência Ibero-Americana de Justiça Constitucional. **Jurisdição para a liberdade**: democracia e direitos fundamentais nos estados de emergência. Bogotá D.C., set. 2020. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/cibero/cibero_202009_colombia_relatorio_pt.pdf. Acesso em: 16 fev. 2024. Adaptado.

difícil, senão impossível, de superar. Como será exposto mais adiante, em toda a região, os juízes continuam a enfrentar ameaças, como *impeachment* e renúncia forçada. Embora necessária, demonstra-se, pois, que a democracia tem sido insuficiente para garantir a independência judicial.

Diante desse contexto, é preciso reconhecer que, mesmo após a transição de um regime ditatorial para um democrático, o caminho não é sempre progressivo: crises, instabilidades e retrocessos também são comuns nesse processo. Em razão disso, as pesquisas têm adotado várias abordagens para o estudo dos tribunais constitucionais. Ao definir esses campos, alguns se concentram em observar variáveis, como contextos sociais e políticos, bem como as características pessoais dos juízes.⁴²² Outras investigações classificam os poderes formais dos tribunais em dois grandes grupos: o político, por meio do qual um tribunal poderia controlar os órgãos governamentais e alterar o poder político; e o poder de defesa dos direitos do cidadão.⁴²³

Distintos estudos desenvolvidos por Ríos-Figueroa classificam os poderes dos tribunais via consideração de variáveis como mecanismos de seleção para a independência judicial como fator que influencia o comportamento dos juízes. Em uma pesquisa sistemática sobre o impacto das instituições no comportamento judicial, o mencionado autor apresenta uma avaliação do quadro institucional em que os juízes constitucionais operam na América Latina. Seu trabalho apresenta vários argumentos que consideram um recurso organizacional para explicar o comportamento dos magistrados e mapeia a existência ou ausência de determinadas características institucionais em uma amostra de 18 países de 1945 até 2005.⁴²⁴

Para documentar essa tendência, a pesquisa apresentou um índice que considera cinco características institucionais que visam promover a independência da Corte Constitucional, isolando-a de pressões políticas indevidas:

⁴²² Nesse sentido, interessante se faz a seguinte leitura: RÍOS-FIGUEROA, Julio. Justicia constitucional y derechos humanos. *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, [S. l.], v. 3, p. 53-68, 2010b.

⁴²³ TSEBELIS, George. **Jugadores con veto**: cómo funcionan las instituciones políticas. Traducción de José Manuel Salazar. México: FCE, 2006.

⁴²⁴ RÍOS-FIGUEROA, J. Instituciones para la justicia constitucional en América Latina. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010a. cap. 1, p. 47-90. *passim*.

- a) se o processo de nomeação é efetuado pelos próprios juízes ou por pelo menos dois órgãos diferentes do governo;
- b) se o período de estabilidade é, pelo menos, maior do que a estabilidade do nomeador;
- c) se há relação entre o processo de nomeação e a duração do mandato, qual é essa relação;
- d) se o processo para remover o magistrado envolve pelo menos dois terços do Legislativo;
- e) se o número de juízes constitucionais é especificado na Constituição.⁴²⁵

A relevância política dos tribunais baseia-se em quatro ondas descritas por pesquisadores da ciência política, como aponta Matthew Taylor: uma primeira onda focada em reformas judiciais⁴²⁶ e acerca dos efeitos dos tribunais sobre o desenvolvimento econômico;⁴²⁷ uma segunda onda focada na justiça como legado do autoritarismo;⁴²⁸ uma terceira onda focada na contribuição dos tribunais para a justiça social;⁴²⁹ por fim, uma onda focada na política judicial e na “judicialização” da política.⁴³⁰⁻⁴³¹

Para fins desta pesquisa, foram adotados os critérios de investigação definidos por Ríos-Figueroa para analisar o caso boliviano em uma perspectiva

⁴²⁵ RÍOS-FIGUEROA, J. Instituciones para la justicia constitucional en América Latina. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010a. cap. 1, p. 52. Adaptado.

⁴²⁶ Acerca disso, consultar: HAMMERGREN, Linn A. **The politics of justice and justice reform in Latin America: the peruvian case in comparative perspective**. Boulder, CO: Westview Press, 1998; HAMMERGREN, Linn A. **Envisioning reform: conceptual and practice obstacles to improving judicial performance in Latin America**. 1st ed. [Pennsylvania]: Penn State University Press, 2007; PRILLAMAN, William C. **The judiciary and democratic decay in Latin America: declining confidence in the rule of law**. [London]: Greenwood Publishing Group, 2000; UNGAR, Mark. **Elusive reform: democracy and the rule of law in Latin America**. [Boulder, CO]: Lynne Rienner, 2002.

⁴²⁷ Acerca disso, consultar: BUSCAGLIA, Edgardo; ULEN, Thomas. A quantitative assessment of the efficiency of the judicial sector in Latin America. **International Review of Law and Economics**, [S. l.], v. 17, n. 2, p. 275-291, June 1997.

⁴²⁸ Acerca disso, importante consultar as seguintes obras: MCADAMS, A. James. **Transitional justice and the rule of law in new democracies**. [Indiana, USA]: University of Notre Dame Press, 1997; BRITO, Alexandra Barahona de; GONZALÉZ-ENRÍQUEZ, Carmen; AGUILAR, Paloma (ed.). **The politics of memory: transitional justice in democratizing societies**. [Reino Unido]: Oxford University Press, 2001.

⁴²⁹ Acerca disso, consultar a seguinte obra: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (ed.) **The (un) rule of law and the underprivileged in Latin America**. [Notre Dame, IN]: University of Notre Dame Press, 1999.

⁴³⁰ Acerca disso, consultar a seguinte obra: TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

⁴³¹ TAYLOR, Matthew M. **Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil**. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 1.

histórica, com ênfase nas transformações do desenho institucional da última década. Outrossim foram ponderadas as condições em que as Cortes Constitucionais atuam na América Latina e sua inter-relação com os demais atores políticos, considerando as peculiaridades institucionais e regionais dos diferentes países em seus respectivos contextos.⁴³²

3.4.1 Tribunais Constitucionais como guardiões da ordem democrática: independência e tensões com o poder executivo

Como mencionado, é necessário reconhecer que, atualmente, os Tribunais Constitucionais desfrutam de maiores proteções institucionais formais do que no passado. Ao mesmo tempo, receberam um portfólio expandido dos instrumentos legais de controle constitucional. A combinação entre um maior distanciamento da pressão política com uma capacidade crescente de influenciar a política pública é visivelmente melhor do que qualquer coisa que existia no passado recente.⁴³³ Contudo, também é necessário observar que houve, e continua havendo, uma série de ataques políticos às Cortes Constitucionais na América Latina com o fito de reduzir seus poderes.

Na Argentina, Bolívia e Equador, os tribunais têm sido alvo de quase todos os governos democráticos recentes.⁴³⁴ Desde o esquema do Tribunal composto por um bloco de juízes leais a Carlos Menem, em 1990,⁴³⁵ à tentativa de Lucio Gutiérrez de

⁴³² RÍOS-FIGUEROA, Julio. Instituciones para la justicia constitucional en América Latina. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010a. cap. 1, p. 47-90. *passim*. RÍOS-FIGUEROA, Julio. Justicia constitucional y derechos humanos. **Revista Latinoamericana de Política Comparada**, [S. l.], v. 3, p. 53-68, 2010b. *passim*.

⁴³³ HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introducción. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales constitucionales en América Latina**. México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. p. 5.

⁴³⁴ Acerca disso, consultar: CHÁVEZ, Rebecca; FERREJOHN, John; WEINGAST, Barry. Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente: un estudio comparativo de los Estados Unidos y Argentina. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. cap. 8, p. 371-418; CASTAGNOLA, Andrea; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Bolivia: El ascenso (y caída) del control constitucional. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. cap. 10, p. 471-514.

⁴³⁵ Durante o governo de Carlos Menem (1989-1999), o aparelhamento da Corte também foi evidente. Em seus primeiros meses de mandato, ele ampliou sua composição de cinco para nove ministros, mediante utilização da justificativa de ineficiência do Tribunal. A Corte se posicionou contra a reforma, o que levou dois juízes a renunciarem quando a expansão foi aprovada pelo Congresso. Todos os seis ministros nomeados por esse episódio – conhecido como “maioria automática” – tinham estreitos laços com o Presidente (Adaptado).

destituir os 31 (trinta e um) juízes da Suprema Corte do Equador, em 2005, assim como o assédio quase constante do Presidente Jair Bolsonaro ao Poder Judiciário do Brasil (2020-2022), os Poderes Executivos rotineiramente concentram suas energias em *atacar* os juízes.⁴³⁶ Isso implica em um ciclo autossustentável de instabilidade judicial em que os governos traçam estratégias para gerar uma deserção e dependência judicial, o que pode ser exemplificado com a justificativa invocada por Carlos Menem, na Argentina, pouco antes de intervir na composição da Suprema Corte, ao declarar/fazer o seguinte questionamento: “Por que devo ser o único presidente argentino a não ter minha própria corte?”.⁴³⁷

Com base em um conjunto de dados sobre crises institucionais, compilados por Helmke e Staton, foram identificados mais de 50 (cinquenta) casos de ameaças ou ataques a juízes de tribunais superiores na região (Argentina, Bolívia e Equador), entre 1985 e 2008.⁴³⁸ Helmke afirma que, nas crises, nos casos de ataque ao Poder Legislativo, os tribunais também são visados. No Peru, o autogolpe de Alberto Fujimori, em 1992, simultaneamente, dissolveu o Congresso e demandou uma reorganização total do Judiciário, que havia sido dominado por juízes considerados leais à oposição. Da mesma forma, na Venezuela, a Suprema Corte acabou cedendo à pressão de Chávez para autorizar a instituição de uma Assembleia Constituinte nacional com o fim de marginalizar a legislatura existente e destituir juízes acusados de corrupção e incompetência.⁴³⁹ Cecília Sosa Gomez, presidente da Suprema Corte, famosamente *brincou* em resposta ao ocorrido: “A Corte simplesmente cometeu suicídio para evitar ser assassinada. Mas o resultado é o mesmo, está morta”.⁴⁴⁰

ENGELMANN, Fabiano; BANDEIRA, Júlia Veiga Vieira Mâncio. A construção da autonomia política do Judiciário na América Latina: um estudo comparado entre Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Venezuela. **Dados-Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 60, n. 4, p. 903-936, out./dez. 2017. Disponível em: http://old.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582017000400903&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 maio 2022.

⁴³⁶ HELMKE, Gretchen; STATON, Jeffrey K. El rompecabezas de la política judicial en América Latina: una teoría sobre el litigio, las decisiones judiciales y los conflictos entre poderes. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. cap. 11, p. 521.

⁴³⁷ “Why should I be the only Argentine president not to have my own court?”. HELMKE, Gretchen. **Institutions on the edge: the origins and consequences of inter-branch crises in Latin America**. [Cambridge]: Cambridge University Press, 2017. p. 138.

⁴³⁸ HELMKE; STATON, *op. cit.*, p. 521-523.

⁴³⁹ HELMKE, Gretchen. **Institutions on the edge: the origins and consequences of inter-branch crises in Latin America**. [Cambridge]: Cambridge University Press, 2017. p. 126.

⁴⁴⁰ “The Court simply committed suicide to avoid being assassinated. But the result is the same, it is dead”. *Ibid.*, p. 127.

No Equador, a Suprema Corte se aprofundou cada vez mais na “mãe de todas as batalhas” travadas entre o governo e o Legislativo no tocante à formação da Assembleia Constituinte. No final, os juízes foram forçados a renunciar logo após a nova Constituição ser aprovada por intermédio do referendo nacional realizado em 28 de setembro de 2008.⁴⁴¹

Observadores do Judiciário latino-americano, mediante as variadas ocorrências em seu âmbito, apontam um padrão familiar na região: tribunais que se iniciam como meros julgadores de disputas legislativo-executivas, muitas vezes, acabam como alvos indefesos presos em seus próprios fracassos institucionais, seja por meio de decisões sobre escândalos de corrupção que envolvem a administração, o que acaba por minar a legalidade da capacidade do Presidente da República para convocar uma Assembleia Constituinte, ou no sentido de decidir acerca da constitucionalidade de um processo de *impeachment*. Os tribunais, nessa perspectiva, são rotineiramente atraídos para o tipo característico de batalha institucional que ameaça diretamente a capacidade do Executivo de manter o controle do poder. Via estabelecimento de que crises legislativas na América Latina são desencadeadas, pelo menos em parte, por temor de Chefes do Executivo de perderem o poder, Helmke sustenta que os ataques presidenciais contra o Judiciário são alimentados por uma dinâmica semelhante.⁴⁴²

A autora argumenta que a manipulação judicial constitui uma ferramenta distinta no arsenal do Presidente para evitar (su)a remoção, já que os juízes, ao contrário dos legisladores, não podem ameaçar, de forma unilateral, derrubá-lo. Os juízes, com efeito, são claramente capazes de alterar os diversos parâmetros que afetam a estabilidade presidencial. Por isso, quando os Presidentes já estão em risco, eles são bem mais propensos a tentar ganhar controle sobre seus tribunais. E isso se dá porque a manipulação judicial pode se manifestar de várias maneiras, desde *impeachment* e renúncias forçadas ao tribunal, o que pode ocorrer se o Presidente goza de maioria no Congresso ou não. Enfraquecer ou dissolver um tribunal, muitas vezes, é estratégia mais fácil para Presidentes do que lançar um

⁴⁴¹ HELMKE, Gretchen. **Institutions on the edge**: the origins and consequences of inter-branch crises in Latin America. [Cambridge]: Cambridge University Press, 2017. p.127.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 126.

golpe. Isso ajuda a entender o fato de que, embora a instabilidade legislativa raramente ocorra sem instabilidade judicial, o inverso não é verdadeiro.⁴⁴³

Em ambientes mais instáveis, os tribunais encontram-se em posições mais arriscadas, mas também podem ser convocados a desempenhar funções essenciais de governança quando outras instituições encontram-se fracas ou ineficazes. Esses tribunais, portanto, podem ter mais restrições, porém mais oportunidades de inovação do que suas contrapartes em ambientes democráticos estáveis. A instabilidade exige uma consideração cuidadosa do papel do tempo, pois o poder judicial pode fluir e refluir em resposta a circunstâncias particulares.⁴⁴⁴ A esse respeito, Hirschl afirma que, ao se analisar uma revisão judicial, não se pode considerar apenas o contexto abstrato, é necessário considerar os contextos políticos e judiciais de cada país.⁴⁴⁵

Além disso, as instituições também moldam o ambiente em que as Cortes Constitucionais operam. As normas particulares sobre a composição dos Tribunais Constitucionais, a forma de indicação de seus juízes, o tempo do mandato, as suas garantias formais, os mecanismos de sua remoção, as competências das Cortes, os instrumentos de provocação, os mecanismos de acesso, os atores que podem ingressar com a ação para postular direitos, por exemplo, são questões institucionais que podem ser determinantes para a forma de atuação das Cortes Constitucionais.⁴⁴⁶

Outra questão relevante a ser considerada é que os sistemas presidencialistas adotados pelos países latino-americanos possuem forte tendência de concentração de poder, o qual apresenta a possibilidade de ser analisado por intermédio de um filtro composto por diversas teorias políticas, como a ocorrência da teoria da preponderância presidencial,⁴⁴⁷ da democracia delegativa,⁴⁴⁸ ou ainda como

⁴⁴³ HELMKE, Gretchen. **Institutions on the edge**: the origins and consequences of inter-branch crises in Latin America. [Cambridge]: Cambridge University Press, 2017. p. 128.

⁴⁴⁴ GINSBURG, Tom. Courts and new democracies: recent works. **Law & Social Inquiry**, [S. l.], v. 37, n. 3, p. 720, 2012.

⁴⁴⁵ HIRSCHL, Ran. Looking sideways, looking backwards, looking forwards: judicial review vs. democracy in comparative perspective. **University of Richmond Law Review**, Virginia, v. 34, n. 2, p. 415-441, 2000. *passim*.

⁴⁴⁶ LUNARDI, Fabrício Castagna. Cortes constitucionais na América Latina e suas tensões com o Poder Executivo: dificuldades, estratégias e desafios. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 26, n. 2, p. 135, maio/ago. 2021.

⁴⁴⁷ Consultar mais dados em: LAMBERT, Jaques. **América Latina**: estructuras sociales e instituciones políticas. Barcelona: Ariel, 1973.

⁴⁴⁸ Consultar mais dados em: O'DONNELL, Guillermo. Horizontal accountability in new democracies. **Journal of Democracy**, [Washington, DC], v. 9, n. 3, p. 112-126, 1998.

categoria do hiperpresidencialismo.⁴⁴⁹ O fato é que, na maioria das Constituições latino-americanas, há previsão de edição de decretos pelo Presidente, seja decretos executivos (previsão constitucional de edição de decretos sobre determinadas matérias) ou decretos delegados (por delegação do Parlamento ao Presidente), o que pode servir de instrumento para excluir ou mitigar a participação do Parlamento nas políticas do governo.⁴⁵⁰

Desse modo, é comum que o Presidente tenha *superpoderes* e que trabalhe para concentrar ainda mais poder em detrimento do Poder Legislativo, que resta enfraquecido. Com isso, há sempre um grande potencial para que Cortes Constitucionais de países latino-americanos entrem em confronto com o governo central no sentido de limitar o poder do Presidente e garantir o equilíbrio entre os Poderes.⁴⁵¹

Considere, por conseguinte, a estratégia de Evo Morales na Bolívia. Seguindo uma das eleições presidenciais mais surpreendentes da história desse país, o ex-presidente chegou ao poder em dezembro de 2005. Embora Morales tenha conquistado a maior parcela de votos em história recente da Bolívia, desde o início sua presidência foi se tornando polarizada. Desde sua decisão para nacionalizar as reservas de gás do país à convocação de uma Assembleia Constituinte, seu primeiro ano no cargo só exacerbou ainda mais as tensões regionais e levou a demandas crescentes de autonomia por parte dos Departamentos.

De fato, apesar da maioria sem precedentes do partido de Evo Morales (MAS – Movimiento al Socialismo) no Congresso Boliviano, o Presidente enfrentou vários referendos, o que desafiou seu domínio sobre o movimento separatista nas regiões,⁴⁵² bem como seu domínio sobre a própria presidência. No seu primeiro ano no poder, o Ministro da Defesa (da então presidência de Morales) ameaçou manifestantes nas regiões antigoverno com ação judicial por se envolverem em “discursos sensacionalistas”. Depois disso, os tribunais foram solicitados a julgar

⁴⁴⁹ GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014. p. 13-48.

⁴⁵⁰ LUNARDI, Fabrício Castagna. Cortes constitucionais na América Latina e suas tensões com o Poder Executivo: dificuldades, estratégias e desafios. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 26, n. 2, p. 135, maio/ago. 2021.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 136.

⁴⁵² BACHTOLD, Isabele Villwock. Referendos na Bolívia: separatismo ou contestação?. **Meridiano 47- Journal of Global Studies**, Boletim de Análise de Conjuntura em Relações Internacionais, [S. l.], v. 9, n. 95, p. 43, 2008.

tudo, desde créditos monetários decorrentes da decisão do governo em nacionalizar a indústria do gás e do petróleo a acusações de corrupção.⁴⁵³

No Equador, uma tática parecida foi empregada durante a curta administração de Lucio Gutiérrez (2003-2005). Em 2002, Gutiérrez foi eleito presidente a partir de uma plataforma crítica dos partidos tradicionais e, por isso, recebeu apoio do movimento indígena (em especial do Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik) e de outros setores populares. No entanto, ao iniciar o mandato, o Presidente mudou sua agenda política e ficou mais próximo dos Estados Unidos e da Colômbia, ao passo que se aproximou da direita equatoriana representada pelo Partido Social Cristiano (PSC) e, principalmente, pelo Partido Roldosista Ecuatoriano (PRE), do ex-presidente Abdalá Bucaram, que foi deposto pelo Congresso.⁴⁵⁴

No início de 2004, Gutiérrez enfrentou uma série de acusações criminais que vão desde encobrimento da corrupção dentro do governo a aceitar contribuições de campanha, de traficantes de drogas e partidos estrangeiros, para seu partido. Diante de uma grave ameaça de *impeachment*, Gutiérrez iniciou uma série de negociações com o Partido Social Cristiano (PSC) e com o Partido Roldosista Ecuatoriano (PRE) para reestruturar fundamentalmente os tribunais superiores da nação. Uma coalizão legislativa demitiu um grupo de magistrados e procedeu à formação de um novo Tribunal, presidido por Guillermo Castro.⁴⁵⁵

Gutiérrez argumentou que a reforma buscou combater a politização da função judiciária. No entanto, para a oposição, tratava-se da submissão do referido poder ao Poder Executivo. Essa ideia pareceu ser confirmada com a posterior destituição dos magistrados do Supremo Tribunal de Justiça e a eleição de um Tribunal Provisório para substituí-los.⁴⁵⁶

Na Venezuela, iniciou-se, em 1999, um processo de enfraquecimento e submissão do Judiciário ao Poder Executivo. O partido do governo parecia ter claro que, com um Judiciário fraco, o Executivo poderia ter mais poder. Scognamiglio

⁴⁵³ HELMKE, Gretchen. **Institutions on the edge**: the origins and consequences of inter-branch crises in Latin America. [Cambridge]: Cambridge University Press, 2017. p. 131.

⁴⁵⁴ BASTOS JUNIOR, Ronaldo Carvalho. **O hiperpresidencialismo no Novo Constitucionalismo Latino-Americano**: uma análise dos seus efeitos no regime político equatoriano. 2018. f. 89 Tese (Doutorado em Direito – Justiça e Direitos Humanos na América Latina) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018.

⁴⁵⁵ HELMKE, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁵⁶ JARAMILLO JASSIR, Mauricio. Las altas Cortes y la consolidación democrática en Ecuador luego de las reformas de 1998, 2008 y 2011. **Colombia Internacional**, [Bogotá, CO], n. 79, p. 141-142, sept./dic. 2013.

explica que, de 1999 a 2003, o regime recém-instalado no poder feriu mortalmente o Judiciário com um grande expurgo de seus juizes e uma intervenção no Supremo Tribunal de Justiça. Em seguida, a Corte foi tornando-se porta-voz da ideologia do regime (2009-2012) e, finalmente, tornou-se partidária deste (2013-2016).⁴⁵⁷

A Assembleia Nacional Constituinte, eleita para elaborar a nova Constituição de 1999, aprovou um decreto de reorganização do Judiciário por meio do qual o declarou em emergência e reorganização, extinguiu a estabilidade dos juizes e criou uma Comissão Judicial de Emergência com importantes poderes, inclusive para avaliar a atuação dos ministros da Suprema Corte de Justiça. Como consequência disso, durante os últimos meses de 1999, mais de 300 (trezentos) juizes foram submetidos a julgamento.⁴⁵⁸

Apesar dos ataques iniciais ao Judiciário, ele se configurava como superado com a nova Constituição, pois foram concedidas ao mais alto Tribunal – denominado então como Supremo Tribunal de Justiça – poderes importantes, constituindo-o como órgão dirigente do Poder Judiciário. Contudo, em agosto de 2004, foi aprovada a nova Lei Orgânica do Supremo Tribunal de Justiça, a qual permitiu ao governo ampliar o número de magistrados. Com essa lei, a composição da Corte passou de 20 (vinte) para 32 (trinta e dois) magistrados, o que permitiu à Assembleia Nacional nomear magistrados do partido para o governo.⁴⁵⁹

Em 2009, a aprovação de várias leis relacionadas ao sistema de justiça derrubou, em definitivo, a suposta autonomia e independência do Supremo Tribunal de Justiça como instituição, entre outras razões, porque o subordinou aos demais Poderes do Estado e, principalmente, ao Executivo. No final de 2014, ocorreu um novo processo seletivo para magistrados do Supremo Tribunal de Justiça e, como resultado, foram nomeados 12 (doze) magistrados titulares e 4 quatro suplentes. Na época, um terço dos magistrados dessa Corte eram substitutos, porque o período de vários juizes havia vencido sem que a Assembleia Nacional designasse outros membros titulares – isso se deu porque o partido do governo era a maioria, mas não tinha os dois terços necessários para aprovar a nomeação de seus aliados. No entanto, isso foi finalmente realizado, em 28 de dezembro de 2014, com o voto da

⁴⁵⁷ SCOGNAMIGLIO, Laura Louza. La estrecha y necesaria relación entre independencia judicial, estado de derecho, el respeto de los derechos humanos y democracia. Venezuela como caso de estudio. *Acta Sociológica*, Ciudad de México, MX, v. 72, p. 106, 2017.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 101-102.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 105.

maioria simples da Assembleia Nacional (composta pelo partido no poder), e não dois terços conforme exigido pela lei.⁴⁶⁰

Soma-se a esse grave cenário o procedimento de nomeação de novos magistrados do Supremo Tribunal de Justiça, em outubro de 2015, antes de se dar a finalização do período dos titulares nomeados em 2014. Até então, foi a maior violação ao ordenamento jurídico venezuelano, bem como a princípios e normas internacionais sobre independência judicial, separação de poderes e democracia.⁴⁶¹

A Comissão que fez a nomeação era composta, em sua maioria, por representantes do partido do governo. O processo de seleção se iniciou sem definição clara de quantos juízes deveriam se aposentar e, cerca de uma semana após sua abertura, 13 (treze) magistrados se aposentaram antecipadamente, restando dúvidas se as aposentadorias foram forçadas ou voluntárias.⁴⁶²

Depois de uma crise institucional ocorrida em 2017, a Assembleia Nacional nomeou 33 (trinta e três) aliados para integrarem o Tribunal Supremo de Justiça (TSJ) por 12 (doze) anos, em substituição aos magistrados legalmente empossados pela mesma Assembleia em dezembro de 2015. Um dia antes daquele ato, o TSJ decidiu pela nulidade da investidura de uma nova composição, considerando legítimos, legais e vigentes os mandatos dos magistrados ingressos em 2015 e consignando que praticaria crime de usurpação de funções quem assumisse tal cargo indevidamente. Os membros do TSJ empossados em 2015 buscaram exílio em outros países e passaram a integrar o que se autodenominou de Tribunal Supremo de Justiça de Venezuela *en el exilio* (ou *TSJ en el exterior*).⁴⁶³

Desde então, conforme relata Casal, a Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça tem sido instrumento do regime autoritário,⁴⁶⁴ embora se deva esclarecer que teve uma certa vida própria, no sentido de que não foi mero executor de ordens governamentais nem se limitou a validar as ações oficiais pela rejeição de recursos interpostos contra eles, mas tem demonstrado uma especial capacidade de

⁴⁶⁰ SCOGNAMIGLIO, Laura Louza. La estrecha y necesaria relación entre independencia judicial, estado de derecho, el respeto de los derechos humanos y democracia. Venezuela como caso de estudio. **Acta Sociológica**, Ciudad de México, MX, v. 72, p. 114-115, 2017.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 114-115 e 119.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 120.

⁴⁶³ BELLO, Enzo. Constituição e política na Venezuela: um balanço da conjuntura contemporânea. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, [Fortaleza], v. 24, n. 1, p. 8, jan./mar. 2019.

⁴⁶⁴ CASAL, Jesús María. La jurisdicción constitucional y la institucionalidad democrática en Venezuela: balance y desafíos. **Cuestiones constitucionales**, Ciudad de México, MX, n. 44, p. 55-90, enero/junio 2021. *passim*.

iniciativa, invenção e, em última análise, cooperação ativa na abertura de caminhos para consolidar a hegemonia da ideologia e do poder pessoal do Presidente. De tal forma:

Dicha Sala se perfiló crecientemente como un artífice primordial de la restricción arbitraria de las libertades civiles y políticas; de la extensión indebida de las facultades del Presidente de la República; de la minimización del valor de los tratados internacionales sobre derechos humanos; del desconocimiento de las posibilidades de acción de la oposición parlamentaria; del cercenamiento de la libertad económica y del derecho de propiedad y, aunque luzca paradójico, del debilitamiento de la garantía jurídica de los derechos sociales.⁴⁶⁵

A Sala Constitucional do Supremo Tribunal de Justiça da Venezuela exemplifica, pois, claramente as situações em que a jurisdição constitucional assume funções de fortalecimento da dominação autoritária.

No Brasil, país onde as sublevações e os golpes de Estado se repetiram ao longo da história, as constituições se sucedem e o estado de direito tem sido várias vezes interrompido por períodos de exceção, o Supremo Tribunal Federal tem sido agente e paciente da história nacional, a qual, confunde-se com a própria história da Corte, uma vez que sempre foi “sendo inevitavelmente levado a participar das lutas políticas que se travam à sua volta e sofrendo suas consequências”.⁴⁶⁶

De modo que são vários os exemplos de interferência no Poder Judiciário. O Presidente Floriano Peixoto (1891-1894), deixou de prover sete vagas de ministros do Supremo, praticamente inviabilizando o funcionamento do Tribunal, assim como não cumpriu decisões relativas a alguns *habeas corpus*. Posteriormente, o Presidente Hermes da Fonseca também deixou de acatar decisões do STF.⁴⁶⁷

Na Era Vargas (1930-1945), o STF viveu um dos períodos mais difíceis de sua história, com a remoção e aposentadoria compulsória de ministros, alteração de seu funcionamento e invasão de suas prerrogativas. Em 3 de fevereiro de 1931, o decreto nº 19.656 reduziu o número de ministros para onze. Dias depois, no dia 18

⁴⁶⁵ CASAL, Jesús María. La jurisdicción constitucional y la institucionalidad democrática en Venezuela: balance y desafíos. **Cuestiones constitucionales**, Ciudad de México, MX, n. 44, p. 65, enero/junio 2021.

⁴⁶⁶ COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Unesp, 2006. p.15.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p.15; CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 278.

do mesmo mês, foram aposentados compulsoriamente cinco ministros do STF.⁴⁶⁸ A Carta de 1937 chegou a excluir da competência do STF as chamadas questões políticas, bem como a possibilidade de o Congresso reverter a declaração de inconstitucionalidade prolatada pela Corte, o que retirava dela a prerrogativa de dar a última palavra sobre a constitucionalidade de uma norma.⁴⁶⁹

Na sistemática de organização da Corte, o poder de autogoverno e de autoadministração conferia ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa institucional de eleger, dentre seus próprios membros, o Presidente e o Vice-Presidente da Tribunal. Contudo, durante a vigência do regime autoritário, instituído pela Carta Federal de 1937 (“Estado Novo”), foi editado o Decreto-lei nº 2.770, de 11/11/1940, que atribuía ao Presidente da República a anômala competência de nomear, por tempo indeterminado, dentre os Ministros da Corte, o Presidente e o Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal.⁴⁷⁰

Depois do golpe de 1964, quando o poder foi assumido pelos militares, à semelhança do que aconteceu no Estado Novo, os poderes do Executivo foram aumentados, e os do Judiciário e Legislativo, reduzidos. O Ato Institucional 2 de 1965 (AI-2), aumentou o número de ministros do STF de 11 (onze) para 16 (dezesesseis) e excluiu da apreciação do Judiciário “atos revolucionários praticados com base na nova ordem”. O Ato Institucional 5 (AI-5), de 13.12.1968, extinguiu as garantias do Poder Judiciário. Com isso, foram aposentados, em 16.01.1969, três ministros do STF: Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva, considerados “de esquerda” pelos militares. Em protesto, outros dois ministros também deixaram a Corte: o então presidente da Corte, Gonçalves de Oliveira, e aquele que seria o seu sucessor na Presidência, Antônio Carlos Lafayette de Andrada.⁴⁷¹

⁴⁶⁸ CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 284.

⁴⁶⁹ Presidente da República poderá, caso afirme que a lei era necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, submetê-la novamente ao Parlamento. Caso fosse validada por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se inexistente a decisão do Tribunal. Referido dispositivo foi revogado em 1945. BRASIL. [Constituição (1837)].

Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

⁴⁷⁰ MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. 5. ed. rev. e ampl. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal; Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023. p. 92.

⁴⁷¹ COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Unesp, 2006.

Mais recentemente, a chamada “PEC da Bengala” (Proposta de Emenda Constitucional nº 475, de 2005, transformada em Emenda Constitucional nº 88, de 2015), foi aprovada em um contexto de alta conflituosidade entre governo e oposição nos primeiros meses do segundo mandato de Dilma Rousseff. O texto da proposta elevou de 70 para 75 anos a idade de aposentadoria compulsória dos membros da corte. Com essa mudança, a presidente Dilma Rousseff perdeu a oportunidade de indicar outros cinco novos ministros do STF, que se aposentariam com a idade de 70 anos durante seu segundo mandato. É certo que, a argumentação oficial do Congresso para a aprovação da PEC não admitiu qualquer casuísmo na medida: segundo os parlamentares, a alteração constitucional teria por fundamentos o aumento da expectativa de vida geral dos brasileiros e a possibilidade de aproveitamento por mais tempo da experiência dos ministros da corte.⁴⁷²

Os exemplos citados demonstram o dano institucional que pode ser causado mediante a instrumentalização da justiça pela política ou, em outras palavras, pela falta de independência judicial. Isso leva a uma reflexão sobre a importância de se repensar e de se desenhar mecanismos institucionais e barreiras sociais e culturais capazes de conter as ameaças de ocupação das instituições por lideranças ou projetos políticos.

Pelo que foi narrado, parece claro que uma democracia majoritária sem controle e com um Judiciário subjugado constitui uma democracia sem limites, o que gradualmente causa a destruição do estado de direito e a abolição dos princípios fundamentais para sua existência: separação de poderes, independência judicial e legalidade.

3.5 Jurisdição constitucional no contexto brasileiro

No Brasil colonial, quando vigentes as Ordenações Filipinas e Manuelinas, existiam somente os Tribunais de Relação de Pernambuco, Maranhão, Bahia e Rio de Janeiro. Com a vinda da Corte Portuguesa, instalou-se o primeiro tribunal capaz

⁴⁷² ALMEIDA, Frederico da. Judicialização da política e composição dos Tribunais Superiores. *Revista Parlamento e Sociedade*, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 75-98, 2015.

de uniformizar a jurisprudência nacional, a Casa de Suplicação do Brasil, organizada em maio de 1808.⁴⁷³

Proclamada a Independência, a Constituição Imperial de 1824, outorgada por D. Pedro I, instituiu o Supremo Tribunal de Justiça, composto por dezessete "Juizes letrados, tirados das relações por suas antiguidades, e serão condecorados com o título de Conselheiros" (Art. 163).⁴⁷⁴ Relações era o nome dado a tribunais existentes nas províncias, destinados ao julgamento em segunda e última instância "para a comodidade dos povos" (Art. 158).

A Casa da Suplicação do Brasil, foi sucedida pelo Supremo Tribunal de Justiça, que, embora criado por Lei Imperial de 1828, foi instalado em 09/01/1829, data em que aquele órgão de cúpula anteriormente instituído pelo Príncipe Regente D. João extinguiu-se de pleno direito, não obstante subsistisse, de fato, até 1833.

Como já mencionado, a primeira constituição brasileira (1824), segue a trajetória geral da América Latina, em que, por forte influência do constitucionalismo francês, a autoridade legitimada a exercer o controle de constitucionalidade das leis não recaiu sobre os juizes ou o Poder Judiciário, e sim no próprio Poder Legislativo. Assim, o Superior Tribunal de Justiça, em razão do modelo adotado, estava longe de se afirmar como um dos poderes soberanos do Estado brasileiro. Na verdade, era um poder que se limitava a dirimir as controvérsias do direito privado, de modo que os atos da Administração Pública escapavam, por inteiro, ao seu controle.

Embora a Carta de 1824 conferisse independência ao Poder Judiciário, tratava-se de uma independência bastante relativa, já que o mesmo texto constitucional dotava o imperador de amplos poderes, inclusive o de interferir no Judiciário e exercer controle sobre ele. A influência do Poder Moderador verificava-se não apenas na faculdade de nomear a justiça togada, mas principalmente em seu direito de suspender ou transferir juizes, previsto nos artigos 153 e 154 da Constituição.⁴⁷⁵

⁴⁷³ CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 268-269.

⁴⁷⁴ BRAZIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

Apesar disso, Silva⁴⁷⁶ registra que na história do Tribunal também constam passagens de coragem e independência, abrindo espaço para o efetivo controle de constitucionalidade:

Em dezembro de 1863, Cansação de Sinimbu, ministro da Justiça do imperador Pedro II, aposentou compulsoriamente vários magistrados. O Superior Tribunal de Justiça, que estava de férias, tomou conhecimento dos decretos em sua primeira sessão, em fevereiro de 1864, e recusou-se a cumpri-los por considerá-los inconstitucionais. O presidente do Tribunal, Joaquim José Pinheiro de Vasconcelos, visconde de Monserrate, comunicou a resolução ao novo ministro da Justiça, Zacarias de Góis, e, diante da manutenção dos decretos, apresentou seu pedido de demissão.

Se, na França, a ideia de soberania limitava-se à independência do Parlamento na elaboração de leis, restando à Constituição um plano estritamente político, no Brasil, notadamente num Tribunal cujos membros eram escolhidos diretamente pelo Imperador, o exercício do controle de constitucionalidade de atos normativos não era mais que fantasia. A única possibilidade de controle externo do Legislativo era o emprego da prerrogativa imperial, inerente ao Poder Moderador, de interferir nos demais poderes. Mesmo revolucionários republicanos, leitores do "Federalista" estariam imensamente distanciados das técnicas de emprego de precedentes da *Common Law* e da percepção de Marshall da Constituição como norma jurídica hierarquicamente superior.⁴⁷⁷

A Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, marca o surgimento do Supremo Tribunal Federal como poder. O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, transformou o Supremo Tribunal de Justiça no Supremo Tribunal Federal, instalado em de fevereiro de 1891, com quinze ministros, nomeados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado Federal. Deles, 10 (dez) vieram do antigo Supremo Tribunal de Justiça e cinco foram escolhidos entre membros de órgãos diferentes. Ali nascia a instituição que se consolidaria como protagonista na proteção do Estado Democrático de Direito.⁴⁷⁸

⁴⁷⁶ SILVA, Evandro Lins e. **O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 1997. p. 414.

⁴⁷⁷ CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 271.

⁴⁷⁸ O propósito desse trabalho não reside em traçar a história do Supremo Tribunal Federal, tarefa agora mesmo já compreendida e bem realizada por outros. Sobre a história do Supremo Tribunal Federal, consultar: RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal**,

Inspirado na matriz norte-americana, por influência de Ruy Barbosa, o Supremo foi concebido como órgão de cúpula do Poder Judiciário, dotado de competências originárias para processar e julgar autoridade, bem como destinadas a resolver os conflitos entre os entes federados,⁴⁷⁹ limitando a atuação dos Estados federados aos parâmetros constitucionais. O modelo de controle de constitucionalidade também foi inspirado no modelo *estadunidense* de justiça constitucional, na medida em que a constituição textualmente reconhece a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição (art. 59 e 60).⁴⁸⁰ Logo, o controle de constitucionalidade nasce em terras brasileiras positivado pelo direito, ao contrário dos Estados Unidos que surgiu como fruto de uma interpretação judicial.

Constituição de 1934⁴⁸¹ introduziu a primeira disposição que trata da reserva de plenário (art. 179), estabelecendo que a inconstitucionalidade no âmbito do Tribunal só poderia ser proclamada pela maioria absoluta dos seus membros, além de prever a suspensão, pelo Senado, de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário, para que pudesse adquirir eficácia *erga omnes*.⁴⁸² Além disso, referida constituição cria a declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal (representação interventiva), cuja legitimidade ativa competia exclusivamente ao Procurador-Geral da República (art. 12). Tratava-se de ação que visava condicionar a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado, à declaração de sua constitucionalidade pela Corte Suprema. Assim, pela primeira vez na história do Brasil, o Supremo Tribunal Federal tinha competência para verificar a constitucionalidade da lei em tese, não necessitando que a questão fosse arguida como preliminar em ação comum, tal dispositivo é considerado o germe do o controle concentrado de constitucionalidade no país.

esse outro desconhecido. Forense, 1968; COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania.** São Paulo: Unesp, 2006.

⁴⁷⁹ Com a adoção da Federação como forma de Estado, o Supremo Tribunal Federal recebe atribuições para resolver os conflitos entre os entes federados.

⁴⁸⁰ BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891).** Rio de Janeiro: Presidência da República, 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

⁴⁸¹ No período de sua vigência, a denominação do Supremo Tribunal Federal foi de Corte Suprema.

⁴⁸² BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (26 de julho de 1934).** Rio de Janeiro: Presidência da República, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

A carta de 1937 apresenta claro retrocesso no que diz respeito ao modelo de controle de constitucionalidade, ao estabelecer um mecanismo de controle político, a ser manejado pelo Presidente da República e pelo Parlamento, que permitia que fossem cassadas as decisões declaratórias de inconstitucionalidade de lei, após o seu trânsito em julgado. De acordo com o art. 96 da Constituição de 1937, o Presidente da República podia submeter ao Parlamento as leis declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário, no âmbito do controle difuso.

Com a Constituição de 1946, superado o retrocesso operado com a Carta de 1937, evoluiu-se no modelo da representação interventiva criada em 1934, o que significa a volta do modelo de controle de constitucionalidade concentrado no ordenamento jurídico pátrio, atribuindo-se ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos Com o advento da Emenda Constitucional nº 16/1965, introduzida ao texto da Constituição de 1946, ao lado da representação interventiva, surge de fato o controle abstrato de normas estaduais e federais (representação de inconstitucionalidade), de iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República. Não se pode negligenciar, contudo, que a legitimidade restrita para propositura de representação por inconstitucionalidade e o próprio período de ditadura que o Brasil enfrentava esvaziaram, em grande medida, as potencialidades da jurisdição constitucional no país.

Ao passar os olhos pela história, pode-se dizer que a organização judicial se foi fortalecendo, mesmo nos períodos de recrudescimento autoritário. Se no início da República as violências impetradas contra o Judiciário significavam a sua completa anulação como poder, no decorrer do período pôde-se observar disposição em resistir. Assim, mesmo durante o Estado Novo, quando o presidente Getúlio Vargas interferiu no Judiciário, a ponto de nomear o presidente do STF, rompendo com as normas que até então regiam a composição daquele tribunal, nem por isso logrou a sua submissão absoluta.

Do mesmo modo, durante o regime militar instalado em 1964, não se obteve uma anuência completa ao Executivo. Apesar de sofrer aposentadorias compulsórias e restrições quanto a suas competências, o Judiciário não se dobrou inteiramente. Houve, inclusive, momentos em que a instituição contribuiu de maneira significativa para a descompressão e o posterior encerramento do regime autoritário.

O grau de independência do Judiciário não resulta apenas da prescrição constitucional relativa à independência entre os poderes, embora tenha aí seu ponto de partida. Ele está estreitamente relacionado ao processo de institucionalização dos órgãos judiciais. O ponto central dessa análise é a tentativa de apreender em que medida a organização judiciária é orientada por interesses e objetivos próprios e se mostra capaz de controlar atividades e recursos imprescindíveis a sua sobrevivência. Assim, do processo de recrutamento de seus membros à dogmática que rege o seu funcionamento, tem-se um conjunto de condições que permitem avaliar o grau de autonomia da instituição.⁴⁸³

⁴⁸³ SADEK, Maria Tereza. **A organização do poder judiciário no Brasil**. Uma introdução ao estudo da justiça. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1995.

4 FORMAÇÃO HISTÓRICA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NA BOLÍVIA

Em 6 de agosto de 1825, nasceu a República de Bolívar, mais tarde denominada Bolívia. O processo de independência desse país, como se pode verificar pelo seu contexto histórico, foi lento. Para alguns autores, começou em 1809, e para outros ainda em 1871.⁴⁸⁴

A história constitucional desse país tem como marco a Mensagem que Simón Bolívar enunciou em 25 de maio de 1826, juntamente com uma proposta de Constituição para a Bolívia.⁴⁸⁵ O projeto em questão foi aceito quase em sua totalidade pela Assembleia Constituinte, que só efetuou uma emenda substantiva em relação à questão religiosa, com a afirmação da confessionalidade da República em termos não muito distantes dos usados na Constituição de Cádiz de 1812.⁴⁸⁶

Como anota Segado, enquanto, em um primeiro momento, Bolívar parece sentir uma enorme admiração pelo sistema constitucionalista britânico – que ele teria conhecido de forma aprofundada na ocasião de sua missão diplomática realizada em Londres em 1810, o que marca seu pensamento no ano de 1826 –, é a influência napoleônica que pode ser notada nas manifestações claras do desejo de uma ditadura forte e permanente. Exatamente por isso, é importante notar que a Constituição boliviana de 1826 é incompreensível fora da constituição consular francesa.⁴⁸⁷

Essa Constituição estabeleceu quatro poderes: Eleitoral, Legislativo, Executivo e Judiciário e, apesar de ser conhecida como “a Constituição Vitalícia”, por estabelecer um rígido sistema de reforma, o exercício do Poder Executivo da República sob a representação de um Presidente vitalício (art. 77),⁴⁸⁸ assim como

⁴⁸⁴ ZALLES, Solange Leonor. Entre héroes y conmemoraciones: la independencia de Bolivia.

Tiempos de América: Revista de historia, cultura y territorio, [S. l.], n. 20, p. 99-110, 2013. *passim*.

⁴⁸⁵ BOLÍVAR, Simón. **Doctrina del libertador**. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho, 1992. p. 75.

⁴⁸⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en Bolivia: la Ley no. 1836, del 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional. **Law and Politics in Africa, Asia and Latin America**, [S. l.], v. 34, n. 3, p. 315, 2001.

⁴⁸⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **Del control político al control jurisdiccional:** evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. [S. l.]: CLUEB, 2006. p. 127.

⁴⁸⁸ Em sua mensagem ao Congresso Constituinte, Bolívar sustentou que: “O Presidente da República é, na nossa constituição, como o sol que, firme no seu centro, dá vida ao universo. Essa autoridade suprema deve ser perpétua; pois, em sistemas sem hierarquias, se faz mais necessário um ponto fixo do que em outros, em torno do qual girem magistrados e cidadãos: os homens e as coisas. **Dá-me um ponto fixo**, disse um velho ditado, **e eu moverei o mundo**. Para a Bolívia, esse ponto é o Presidente vitalício. Nele reside toda a nossa ordem, sem haver nisso qualquer ação. Sua cabeça foi cortada para que ninguém tema as suas intenções, e suas mãos

uma Câmara de Censores, também composta por membros vitalícios (art. 61),⁴⁸⁹ a Constituição (de 1826) teve um período muito curto de vigência: apenas dois anos. Não obstante, serviu de base para a organização da vida institucional da República. Além disso, teve influência decisiva no desenvolvimento constitucional de outros países, como é o caso do Peru, que a reproduziu praticamente em sua literalidade,⁴⁹⁰ o que marcou, em consequência, o pensamento político da independência hispano-americana.

Ao longo de sua história, foram aprovados 19 (dezenove) textos constitucionais que responderam a seus tempos e momentos políticos (1826, 1831, 1834, 1839, 1843, 1851, 1861, 1868, 1871, 1878, 1880, 1938, 1945, 1947, 1961, 1967, 1995, 2004).⁴⁹¹ Em 2009, após aprovação em um referendo popular, entrou em vigor a atual Constituição, que deixou de lado o histórico Estado Republicano e refundou o que hoje se denomina *Estado Social Unitário de Direito Comunitário Plurinacional*.⁴⁹²

O número de Constituições, por si só, já indica como a relação da Bolívia com a democracia foi delicada ao longo da história. O país é manifestamente “[...] um ‘campeão’ em Golpes de Estado, pois[,] desde a independência em 1825[,] ocorreram aproximadamente cento e cinquenta tomadas de poder não constitucionais, nem todas com êxito duradouro”.⁴⁹³ A instabilidade política

foram atadas para que não leve o dano a ninguém”. (grifo do autor). BOLÍVAR, Simón. **Doctrina del libertador**. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho, 1992. p. 280.

Texto original: “El Presidente de la República viene a ser en nuestra constitución, como el sol que, firme en su centro, da vida al universo. Esta suprema autoridad debe ser perpetua; porque en los sistemas sin jerarquías se necesita más que en otros un punto fijo alrededor del cual giren los magistrados y los ciudadanos: los hombres y las cosas. **Dadme un punto fijo**, decía un antiguo, **y moveré el mundo**. Para Bolivia, este punto es el Presidente vitalicio. En él estriba todo nuestro orden, sin tener en esto acción. Se le ha cortado la cabeza para que nadie tema sus intenciones, y se le han ligado las manos para que a nadie dane”. (grifo do autor). *Ibid.*, p. 280.

⁴⁸⁹ BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. **Las constituciones políticas de Bolivia: 1826-2009**. Sucre, BO: Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, 2018. p. 31-32.

⁴⁹⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia de 1994. **Revista de estudios políticos (Nueva Época)**, [S. l.], n. 101, p. 208, 1998.

⁴⁹¹ BOLIVIA, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁹² Para Fagundes e Wolkmer, o constitucionalismo plurinacional comunitário pode ser observado tanto no Equador como na Bolívia, o que indica que esses países despontaram como pioneiros no aprofundamento de uma democracia emancipatória dos povos autóctones, historicamente relegados à margem da organização social formatada no modelo de Estado moderno. FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, [Fortaleza], v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

⁴⁹³ SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da. **A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia como um instrumento de hegemonia de um projeto popular na América Latina**. 2014. f. 285. Tese (Doutorado em Direito – Pluralismo jurídico e Direito achado na rua) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2014.

representava a fragilidade democrática do país, além de destacar a força de ingerência da elite interna e internacional, o que fez perpetuar a cultura política dos golpes na Bolívia, mesmo com a estabilidade alcançada após a eleição de Evo Morales em 2006.⁴⁹⁴

O desenho constitucional, entre outros fatores, contribuiu para o enfraquecimento da Justiça Constitucional. Durante o século XX, o Tribunal Supremo foi reorganizado mais de 20 (vinte) vezes e, no período de 1900 a 2009, funcionou sem 53% do total de seus membros; entre 1900 e 2008, apenas 8% dos juízes cumpriram seu mandato no cargo.⁴⁹⁵

Posteriormente, com a elaboração da nova Constituição, em 2009, o método de eleição de juízes e magistrados foi estabelecido por meio de votação. Um método de escolha único na região e no mundo, mas com um cenário regional. O caso boliviano elucida a possibilidade e os desafios na criação de um Judiciário ativista por meio do desenho institucional, mas também delinea os limites das experiências institucionais no final do século XX. “É um caso de esperança e desespero, um exemplo de transformação institucional, bem como a persistência histórica”.⁴⁹⁶

Neste capítulo, será analisada a jurisdição constitucional da Bolívia, via ênfase das transformações decisivas da última década.

De início, para compreender a importância de uma jurisdição constitucional especializada e autônoma, é importante analisar brevemente o que era a justiça constitucional na Bolívia antes da criação do Tribunal Constitucional Plurinacional e o que é hoje. A esse respeito, deve-se notar que, a partir de uma revisão das reformas e modificações do sistema constitucional, no que diz respeito ao sistema de controle de constitucionalidade, pode-se afirmar que o Estado boliviano, em seu desenvolvimento histórico-legislativo, adotou os diferentes modelos já desenhados pelos sistemas clássicos de garantia da Constituição.

Assim, no primeiro momento de sua vida republicana (1826-1861), sob a influência do liberalismo francês, na Bolívia, configurou-se um modelo de controle

⁴⁹⁴ SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da. **A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia como um instrumento de hegemonia de um projeto popular na América Latina**. 2014. f. 285-286. Tese (Doutorado em Direito – Pluralismo jurídico e Direito achado na rua) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2014.

⁴⁹⁵ CASTAGNOLA, Andrea; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Bolívia: el ascenso (y caída) del control constitucional. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. cap. 10, p. 481.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 473.

político de constitucionalidade por meio de um Conselho de Estado; em uma segunda etapa (1861-1994), adotou-se o modelo americano, ou seja, o sistema de controle jurisdicional difuso de constitucionalidade por meio do Supremo Tribunal Federal da Justiça; na terceira etapa (1994-2009), adotou-se o sistema jurisdicional concentrado de controle de constitucionalidade com atribuição exclusiva de controle a um órgão especializado de modelo europeu, que se denominava Tribunal Constitucional; e, finalmente, na quarta etapa (2009 em diante), advém um sistema de constitucionalidade predominantemente concentrado e plural, configurado constitucionalmente na Bolívia, conforme especificado pela própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Plurinacional.⁴⁹⁷

A seguir, cada um desses momentos de modelos de controle de constitucionalidade será brevemente explanado.

4.1 Primeira fase republicana – influência francesa e adoção do controle político de constitucionalidade (1826-1861)

A Constituição Política da Bolívia de 1826 omite qualquer referência a uma cláusula de supremacia semelhante à (Constituição) americana de 1787 e menos ainda contempla algum poder jurisdicional no sentido de zelo pela constitucionalidade das leis, até porque tal modelo colidia frontalmente com o pensamento de Simón Bolívar que, em certa passagem de sua Mensagem ao Congresso Constituinte da Bolívia, raciocinou da seguinte forma: “La verdadera constitución liberal está en los códigos civiles y criminales; y la más terrible tiranía la ejercen los tribunales por el tremendo instrumento de las leyes”.⁴⁹⁸

É verdade que, na referida Mensagem, o *Libertador* – epíteto pelo qual ficou conhecido Simón Bolívar – faria algumas observações sobre a necessidade de se estabelecer um sistema de controle de constitucionalidade dos atos do poder público. Ele pensou em um órgão político destinado a salvaguardar a Constituição, e esse órgão foi instituído como uma terceira Casa dentro do Poder Legislativo: a

⁴⁹⁷ Acerca disso, consultar: RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. El control de constitucionalidad en Bolivia. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Taravilla, ES, v. 3, p. 205-240, 1999; TRIGO, Ciro Félix. **Las constituciones de Bolivia**. Prólogo de Manuel Fraga Iribarne. Adiciones y actualizaciones (1961-2002) de Jorge Antonio Asbun Rojas. 2. ed. La Paz, BO: Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico del Honorable Congreso Nacional, 2003; GALINDO DECKER, Hugo. **Tribunal Constitucional**. La Paz, Bolivia: Editorial Jurídica Zegada, 1994.

⁴⁹⁸ BOLÍVAR, Simón. **Doctrina del libertador**. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho, 1992. p. 283.

Casa dos Censores – que, na opinião de Bolívar, tinha algumas semelhanças com o Areópago de Atenas e os Censores de Roma (respectivamente: o antigo tribunal ateniense, mais propriamente conhecido como uma assembleia de sábios ou pessoas eminentes; e os censores eram oficiais da Roma antiga os quais eram responsáveis pela realização e manutenção dos censos, como também pela garantia da *moralidade política* e pela supervisão de determinados aspectos das finanças governamentais).⁴⁹⁹ Os Censores funcionariam como promotores contra o Governo para caucionar que a Constituição e os tratados públicos fossem observados. Em suma, o modelo político de controle de constitucionalidade delineado na França estava amplamente presente no pensamento bolivariano, e dele passaria para a Constituição de 1826.⁵⁰⁰

Abraçando a ideia de Bolívar, a Constituição Política boliviana de 1826 criou um Poder Legislativo Tricameral, composto pelos seguintes órgãos: Câmara de Tribunos, Câmara de Senadores e Câmara de Censores. O controle de constitucionalidade seria exercido pela terceira Câmara: a dos Censores – que, de acordo com Bolívar, era o Poder Moral do Estado –, a quem caberia garantir que o “[...] Governo respeite e faça respeitar a Constituição, as leis e os tratados públicos”, assim como denunciar ao Senado qualquer ato do Executivo que violasse a Constituição, as leis ou tratados (art. 51) (tradução nossa).⁵⁰¹ Assim, ao nascer para a vida republicana, na Bolívia, estabeleceu-se um sistema de controle de constitucionalidade exercido pelo próprio corpo legislativo – com características próprias de um sistema de controle político de constitucionalidade.

Esse conteúdo foi parcialmente modificado pela Constituição de 1831, a qual foi sancionada pela Assembleia Geral Constituinte e promulgada pelo Marechal Andrés de Santa Cruz em 14 de agosto de 1831. De acordo com essa Constituição, o exercício da soberania foi delegado a três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. O Poder Legislativo era composto por duas Câmaras: dos

⁴⁹⁹ BOLÍVAR, Simón. **Doctrina del libertador**. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho, 1992. p. 279.

⁵⁰⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en Bolivia: la Ley no. 1836, del 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional. **Law and Politics in Africa, Asia and Latin America**, [S. l.], v. 34, n. 3, p. 316, 2001.

⁵⁰¹ “Artículo 51.- Las atribuciones de la Cámara de Censores son: 1º Velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos”. BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. **Las constituciones políticas de Bolivia: 1826-2009**. Sucre, BO: Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, 2018. p. 30.

Representantes e dos Senadores – suas atribuições não incluíam o controle de constitucionalidade.⁵⁰²

A inovação que essa Constituição insere é a criação do Conselho de Estado, órgão independente dos demais Poderes e formado por 7 (sete) Conselheiros, nomeados pelo Congresso, um para cada Departamento da Nação, de uma lista de 10 (dez) indivíduos escolhidos por eleições gerais. São atribuições desse Conselho, de acordo com o art. 100 da referida Constituição: zelar pela observância da Constituição e informar o Legislativo sobre as infrações a essa Lei maior.⁵⁰³

Em outras palavras, era um corpo de natureza política que se limitava a informar o Poder Legislativo sobre supostas violações constitucionais.⁵⁰⁴ O referido modelo, ao invés de atuar como um verdadeiro controle constitucional, pode-se inferir que foi concebido para funcionar como um mecanismo de equilíbrio político entre os órgãos governamentais, uma vez que a violação à Constituição implicou a perda de ofício (artigo 44).⁵⁰⁵

Por sua vez, a Constituição de 1834, sancionada sob o governo do marechal André de Santa Cruz, não trouxe inovações sobre a matéria, na verdade tratava-se do mesmo texto de 1831.

A Constituição de 1839 aboliu o Conselho de Estado e não estabeleceu qualquer mecanismo de autodefesa.⁵⁰⁶ A Constituição posterior, do ano de 1843, restaurou o Conselho de Estado, sob a denominação de Conselho Nacional, embora com composição diferenciada: dois senadores, dois representantes de dois ministros de Estado, dois ministros do Supremo Tribunal de Justiça, um general do Exército, um eclesiástico dignitário e um chefe de um dos escritórios do Tesouro. Foi confiado a esse órgão a tarefa de zelar pelo cumprimento da Constituição, e, em caso de infração, o Poder Executivo deveria ser informado (art. 66).⁵⁰⁷

No entanto, em 1851, entra em vigor uma nova Constituição e, no que diz respeito à questão do controle de constitucionalidade, o Conselho Nacional foi

⁵⁰² BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolívia. **Las constituciones políticas de Bolívia: 1826-2009.** Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales. Sucre, Bolívia: 2018. p. 43-45.

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 67, Adaptado.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 45. Para mais dados, consultar: SALAME, Soraya Faride Santiago. **La última reforma constitucional en Bolívia: activismo judicial por medio del recurso de amparo.** 2010. 536 f. Tese (Doctorado en Derecho) – Universidad de Salamanca, Salamanca, ES, 2010.

⁵⁰⁵ BOLÍVIA, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁰⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en Bolívia: la Ley no. 1836, del 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional. **Law and Politics in Africa, Asia and Latin America**, [S. l.], v. 34, n. 3, p. 316, 2001.

⁵⁰⁷ BOLÍVIA, *op. cit.*, p. 101.

extinto e não foi criado nenhum mecanismo ou instituição para desenvolver tal controle.

O art. 82 da Constituição de 21 de setembro de 1851, após proclamar que o Poder Judicial reside no Supremo Tribunal Federal, nos (Tribunais) Superiores e nos julgados dos Tribunais da República, prenunciava o seguinte: "[...] o poder de julgar e aplicar esta Constituição pertence exclusivamente a eles de preferência às demais leis, e as leis com preferência a outras resoluções".⁵⁰⁸ Certamente, o conteúdo desse preceito não pode ser equiparado ao processo solene e ordinário do controle de constitucionalidade.

Um Decreto-Lei de 31 de dezembro de 1857, relativo à organização judiciária, incorporou uma atribuição que delineava a Corte Suprema como controladora da constitucionalidade, ao determinar que o tribunal conheceria casos cíveis puramente de direito, qualquer que fosse seu valor, quando sua decisão dependesse unicamente da constitucionalidade das leis.⁵⁰⁹

Como visto, o controle de constitucionalidade, nessa primeira etapa do constitucionalismo boliviano, é marcado pelas características do controle político, se se considera aquelas Constituições que estabeleceram algum tipo de mecanismo de autoproteção. A situação começará a mudar marcadamente a partir da Constituição de 1861.

4.2 Segunda fase republicana – adoção do modelo americano: sistema de controle jurisdicional difuso de constitucionalidade (1861-1994)

Com o golpe de Estado de janeiro de 1861, seguiu-se à Assembleia Nacional Constituinte que, em julho daquele ano, sancionou a sétima Constituição, promulgada pelo presidente provisório José María de Achá. O novo texto

⁵⁰⁸ "Artículo 82.- El Poder Judicial reside en la Corte Suprema, en las Superiores y juzgados de la República. A ellos pertenece privativamente la potestad de juzgar y aplicar esta Constitución con preferencia a las demás leyes, y las leyes con preferencia a otras resoluciones". BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. **Las constituciones políticas de Bolivia: 1826-2009**. Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales. Sucre, Bolivia: 2018. p. 101.

⁵⁰⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en Bolivia: la Ley no. 1836, del 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional. **Law and Politics in Africa, Asia and Latin America**, [S. l.], v. 34, n. 3, p. 318, 2001.

restabeleceu o Conselho de Estado, ampliou seus poderes e adotou o modelo jurisdicional difuso ou modelo americano de controle de constitucionalidade.⁵¹⁰

De fato, a Constituição consagrou o princípio da supremacia constitucional quando, em seu art. 86, estabeleceu textualmente o seguinte: “As autoridades e os tribunais aplicarão esta Constituição em preferência às leis, e estas a quaisquer outras resoluções” (tradução nossa).⁵¹¹ Por outro lado, confiou o trabalho de controle de constitucionalidade, por meio de ação concreta, à Corte de Cassação (Supremo Tribunal de Justiça), quando, em seu art. 65, lhe atribuiu a competência para: “Conhecer negócios de puro direito, cuja decisão depende da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade das leis”.⁵¹² Sobre essa base, o sistema de controle foi organizado como sistema jurisdicional difuso de controle de constitucionalidade, pelo qual juízes e tribunais tinham a atribuição e a obrigação de negar a aplicabilidade de uma disposição claramente incompatível com as normas da Constituição, mas, sob outra perspectiva, o Supremo Tribunal de Justiça, como o mais alto tribunal, tinha o poder e a autoridade para ouvir e processar o recurso para inaplicabilidade por inconstitucionalidade de dispositivo legal, cuja decisão teve efeito *inter partes*.⁵¹³

Mais tarde, na reforma constitucional realizada em 1868, o Conselho de Estado foi abolido; porém, na reforma de 1871, foi restabelecido, com modificações em sua composição e atribuições, o que se configurou em um sistema de controle de constitucionalidade preventivo e repressivo.⁵¹⁴

De acordo com Rivera Santivañez, o modelo de controle jurisdicional difuso de constitucionalidade, em vigor de 1861 a 1938, tinha as seguintes características:

- a) quanto ao seu alcance, abrangeu duas áreas: **1)** o controle normativo, cujo instrumento era a ação de inaplicabilidade por inconstitucionalidade, exercido sobre as leis, decretos e qualquer tipo de resolução normativa

⁵¹⁰ BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolívia. **Las constituciones políticas de Bolívia: 1826-2009**. Sucre, BO: Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, 2018. p. 119-129.

⁵¹¹ “Artículo 86.- Las autoridades y tribunales aplicarán esta Constitución con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”. *Ibid.*, p. 129.

⁵¹² “Artículo 65.- Son atribuciones de la Corte de Casación, a más de la que señalan las leyes: [...] 2º. Conocer de los negocios de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes”. *Ibid.*, p. 127.

⁵¹³ RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio. **El Tribunal Constitucional defensor de la Constitución: reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional**. Sucre, BO: GTZ-PADEP; Unión Europea: AECEI, 2007. p. 54.

⁵¹⁴ BOLÍVIA, *op. cit.*, p. 133-154.

- geral; e, **2)** o controle de competência sobre o exercício dos Poderes públicos constituídos, por intermédio do recurso direto de nulidade;
- b) quanto aos órgãos responsáveis pelo exercício do controle normativo de constitucionalidade, o modelo era misto, uma vez que de um lado havia os elementos de controle difuso, na medida em que todos os juízes e tribunais judiciais, ao resolver um caso de modo específico, poderiam deixar de aplicar o dispositivo legal que considerassem inconstitucional; e, por outro lado, o Supremo Tribunal de Justiça exerceu controle concentrado via ação de inaplicabilidade por inconstitucionalidade;
- c) em relação aos efeitos das decisões proferidas no controle normativo, estes tiveram um efeito *inter partes*, já que não restava anulado o dispositivo legal declarado inconstitucional, simplesmente ficava declarada a nulidade persistente, reconhecendo a sua inaplicabilidade ao caso concreto.⁵¹⁵

O modelo vigente entre 1938 e 1999 incluiu o controle tutelar dos direitos fundamentais – inicialmente, por meio do *habeas corpus*, aprovado por intermédio do Referendo Popular de 1931 e incorporado à Constituição na Convenção Nacional Constituinte de 1938; mais tarde, com a aprovação da tutela constitucional, na Assembleia Nacional Constituinte de 1967, e com a promulgação do Código de Processo Civil (1975),⁵¹⁶ que introduziu o recurso contra as resoluções legislativas e o recurso contra os impostos ilícitos. De resto, as demais características já descritas foram mantidas.⁵¹⁷

Relativamente ao Código de Processo Civil, importa referir que este não continha disposições especiais para regularizar o procedimento de controle de

⁵¹⁵ RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. **El Tribunal Constitucional defensor de la Constitución: reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional**. Sucre, BO: GTZ-PADEP; Unión Europea: AECI, 2007. p. 54.

⁵¹⁶ O ano de 1975 assinalaria um marco importante com a aprovação, por meio do Decreto-Lei n. 12.760, do Código de Processo Civil, que entraria em vigor em 2 de abril do seguinte ano. Essa norma legal regulamentou a atribuição, constitucionalmente conferida ao Supremo Tribunal Federal, para controlar a constitucionalidade das leis, decretos e resoluções, regulamentando, no Título VII de seu Livro Quarto (Título referente aos processos e recursos previstos na Constituição Política do Estado), o chamado "processo de inconstitucionalidade ou inaplicabilidade", bem como, entre vários outros, o processo de "habeas corpus", o processo de amparo constitucional, o recurso direto de anulação, o processo contra as resoluções do Poder Legislativo ou de uma de suas Câmaras e o recurso contra tributos ilícitos. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco La jurisdicción constitucional en Bolivia: la Ley no. 1836, del 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional. **Law and Politics in Africa, Asia and Latin America**, [S. l.], v. 34, n. 3, p. 320, 2001.

⁵¹⁷ RIVERA SANTIVÁÑEZ, *op. cit.*, p. 55-56.

constitucionalidade que, portanto, ficou a cargo da interpretação da Corte Suprema de Justiça, a qual considerou a disposição comentada no sentido de que a competência seria concedida "somente quando os interessados contestassem] a inconstitucionalidade da lei pela qual seu litígio deve[ria] ser decidido". Era, portanto, essencial que houvesse um caso particular específico por meio do qual a lei deveria ou não ser aplicada.⁵¹⁸

A prática judiciária, no entanto, revela uma aplicação tímida dos dispositivos que reconheceram a competência da Corte Suprema de Justiça para garantir a supremacia constitucional, tanto que a jurisprudência foi hesitante e contraditória, como se o Tribunal sequer compreendesse o alcance da instituição do controle de constitucionalidade. Por outro lado, a Corte não firmou uma jurisprudência uniforme, o que revelou, em muitos acórdãos, uma inconstância marcante e interpretações caprichosas, quando não arbitrárias, guiadas e ocorridas em um bom número de casos pela afeição ou desafeto político. Assim, a Corte Suprema foi desacreditada e deslegitimada por si mesma no que se refere a assumir com responsabilidade a função de controlar a constitucionalidade de leis e resoluções de caráter geral.⁵¹⁹

Nesse sentido, Rivera Santiváñez e Fernández Segado revelam que o modelo de controle difuso de constitucionalidade não alcançou os resultados esperados, e isso por várias razões, entre as quais se destacam as seguintes:

- a) a instabilidade do regime democrático;
- b) a falta de uma sólida doutrina constitucional boliviana e de uma cultura constitucional, o que desencadeou um estudo mais enciclopédico do que prático e concreto;
- c) o sistema constitucional boliviano se configurou com base no constitucionalismo clássico e no princípio da legalidade, e não no princípio da supremacia constitucional;
- d) o reconhecimento incompleto dos direitos humanos e a falta de judicialização desses direitos;
- e) a extrema concentração de funções na Corte Suprema de Justiça, como: a função jurisdicional ordinária e contenciosa, a jurisdição constitucional e o

⁵¹⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco La jurisdicción constitucional en Bolivia: la Ley no. 1836, del 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional. **Law and Politics in Africa, Asia and Latin America**, [S. l.], v. 34, n. 3, p. 319 2001.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 320.

trabalho administrativo e disciplinar, e, talvez por isso, a morosidade dos procedimentos e as maiores possibilidades de corrupção tornaram-se estigmas desse órgão.⁵²⁰⁻⁵²¹

De qualquer sorte, a realidade aponta no sentido de que o papel da Corte Suprema de Justiça como órgão convocado a exercer o controle de constitucionalidade das leis não foi particularmente excepcional ou concludente. Dessarte, o sistema de controle constitucional difuso se encerrou entre 1995 e 1998 com a criação do Tribunal Constitucional da Bolívia (TCB).

4.3 Terceira fase republicana - Influência Europeia e criação do Tribunal Constitucional da Bolívia (TCB) (1999-2009)

No início dos anos 90, quando muitos países latino-americanos comemoravam a primeira década da chegada de governos democraticamente eleitos, na Bolívia, os problemas políticos permaneceram como motivo de preocupação, tanto em termos gerais quanto em termos de seu impacto na administração da justiça. Desde que recuperou a democracia em 1982, em seu processo de construção do Estado de Direito, um dos maiores desafios tem sido a consolidação institucional e a reforma da administração da justiça.⁵²² Na primeira década de continuidade democrática, não houve tentativas consideráveis de mudança, e, apesar de o país ter reconstruído suas instituições democráticas, o setor judiciário continuou a funcionar sob os "Códigos Banzer"⁵²³ e a lógica autoritária, legado do período de ditaduras militares. Então, se abriu uma longa jornada, de esforços relevantes, caracterizando-se como um verdadeiro itinerário na busca pela transformação da justiça, a qual alcança os dias atuais.

⁵²⁰ RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio. El Tribunal Constitucional: una década transitando un sendero con obstáculos. **Revista Opiniones y Análisis**, La Paz, BO, n. 90, p. 46, 2008.

⁵²¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia de 1994. **Revista de estudios políticos (Nueva Época)**, [S. l.], n. 101, p. 213, 1998.

⁵²² ORIAS ARREDONDO, Ramiro. **Reforma judicial en Bolivia: elementos para el diagnóstico y desafíos**. La Paz: Friedrich Ebert Stiftung-Bolivia (FES), 2015. p. 18.

⁵²³ A partir de 1973, no governo do General Bánzer, iniciou-se uma nova combinação das normas que modificaram códigos antigos. Esses instrumentos jurídicos se aproximam dos Decretos-leis editados no Brasil e constituíam a base do sistema jurídico boliviano durante o regime militar. Em particular, reformaram os códigos do século passado, via aprovação de novos códigos nas áreas civil, criminal, família e negócios. URENDA DÍAZ, Juan Carlos. **Autonomías departamentales: un aporte para la Asamblea Constituyente**. Santa Cruz de la Sierra, BO: La Hoguera, 2007. p. 146-147.

Entre 1990 e 1991, a Suprema Corte se envolveu em um conflito grave com o partido que se encontrava no poder, em consequência da decisão do Congresso no sentido de remoção de 8 (oito) de seus 12 (doze) juízes. O conflito surgiu porque o Tribunal, controlado pelo partido da oposição, invalidou o imposto sobre a cerveja, decisão que desencadeou acusações de favoritismo judicial às empresas produtoras da referida bebida. Além disso, a Corte ameaçou revisar a legalidade da eleição que levou ao poder o Presidente da República e sua decisão de expulsar dois traficantes de drogas para os Estados Unidos.⁵²⁴

Diante desse cenário, um conjunto de pactos políticos foi concebido para realizar a reforma da justiça. Em 9 de julho de 1992, os partidos políticos com representação parlamentar concordaram com uma estratégica modernização do Estado e, então, foi assinado o chamado *Acordo Nacional para a Reforma e Modernização do Estado*. Um elemento substancial desse acordo voltou-se à promoção de uma primeira geração de reformas da Constituição Política de 1967, as quais incluíam importantes modificações no sistema de administração da justiça.⁵²⁵

Em março de 1993, em cumprimento ao Acordo de 9 de julho de 1992, assinado entre o Presidente da República, Jaime Paz Zamora, e os chefes dos partidos políticos, um Congresso extraordinário foi convocado para tratar, entre outras matérias, a (matéria) relativa à Lei de necessidade de reforma da Constituição, prevista no art. 230 da Constituição de 1967,⁵²⁶ como etapa anterior à reforma Constitucional. Posteriormente, o próprio Presidente encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei obrigatório, previamente acordado com os partidos políticos com maior presença parlamentar.⁵²⁷

Como efeito desse primeiro acordo político, foi aprovada a Lei nº 1.585 de Reforma da Constituição Política do Estado, promulgada em 12 de agosto de 1994. Por conseguinte, várias modificações foram introduzidas ao texto constitucional, que vigorava sem qualquer alteração desde 1967. Posteriormente, a Constituição Política do Estado, promulgada em 6 de fevereiro de 1995, deu um salto qualitativo

⁵²⁴ RICO CUETO, José María; SALAS CALERO, Luis. **La administración de justicia en América Latina**: una introducción al sistema penal. San José, Costa Rica: Centro para la Administración de Justicia, 1993. p. 45.

⁵²⁵ ORIAS ARREDONDO, Ramiro. **Reforma judicial en Bolivia**: elementos para el diagnóstico y desafíos. La Paz: Friedrich Ebert Stiftung-Bolivia (FES), 2015. p. 18.

⁵²⁶ BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. **Las constituciones políticas de Bolivia**: 1826-2009. Sucre, BO: Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, 2018. p. 232.

⁵²⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia de 1994. **Revista de estudios políticos (Nueva Época)**, [S. l.], n. 101, p. 213, 1998.

ao constitucionalismo liberal ao reconhecer a Bolívia como um país multiétnico e multicultural, o que determinou a independência e a coordenação dos poderes Legislativo, Executivo e Judicial. Essa Constituição criou novas instituições como o Conselho da Magistratura e defensoria do povo, incluindo a criação do Tribunal Constitucional (TCB) como o mais alto intérprete jurisdicional da Constituição.⁵²⁸ O artigo 116 dessa carta política organizou o Poder do Judiciário, via estabelecimento da independência de magistrados e juizes na administração de justiça, além de critérios para promoção da carreira judiciária baseada no mérito.⁵²⁹

É necessário lembrar que, apesar de sua aprovação na reforma de 1994, o Tribunal Constitucional iniciou oficialmente seu trabalho jurisdicional somente em 1º de junho de 1999, de modo que o sistema anterior se manteve em vigor temporariamente até aquela data. O desenho da nova instituição, nessa perspectiva, enfrentou resistência da Suprema Corte de Justiça, mas foi fortemente apoiado por juristas bolivianos.⁵³⁰ A proposta inicial colocou o novo tribunal fora do Judiciário (Lei nº 1.473, art. 121), mas a Suprema Corte se opôs fortemente à ideia de transferir o procedimento de revisão constitucional para um órgão independente. De acordo com o presidente da Corte, Edgar Oblitas Fernández, o controle constitucional era uma das funções mais básicas da Corte Suprema e despojá-la disso enfraqueceria a natureza da instituição.⁵³¹ Em documento público, a Corte indicou que a criação do Tribunal Constitucional destruiria a independência do Judiciário, uma vez que as funções judiciárias seriam divididas em dois corpos diferentes, o que, na verdade, refletia a falta de vontade da Suprema Corte em abdicar de seus poderes.⁵³²

Ao final, foi criado o Tribunal Constitucional da Bolívia (TCB) como um órgão independente dentro do Judiciário, composto por 5 (cinco) magistrados titulares e 5 (cinco) magistrados suplentes, indicados pelo Congresso Nacional, por dois terços

⁵²⁸ LIMA, Alan E. Vargas. La evolución de la justicia constitucional en Bolivia: apuntes sobre el modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, [S. l.], n. 20, p. 377, 2016.

⁵²⁹ BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. **Las constituciones políticas de Bolivia: 1826-2009**. Sucre, BO: Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, 2018. p. 359.

⁵³⁰ Os argumentos contra e a favor da criação do TCB podem ser encontrados em: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia de 1994. **Revista de estudios políticos (Nueva Época)**, [S. l.], n. 101, p. 207-234, 1998; RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. El control de constitucionalidad en Bolivia. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Taravilla, ES, v. 3, p. 205-240, 1999.

⁵³¹ FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, p. 214.

⁵³² CASTAGNOLA, Andrea; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Bolivia: El ascenso (y caída) del control constitucional. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. cap. 10, p. 486.

dos votos dos membros presentes na sessão, para mandato de 10 anos, sem direito à recondução imediata.⁵³³

O novo modelo de controle constitucional concentrado introduziu mudanças significativas. Sobre o controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal Constitucional, a Constituição Política do Estado e a Lei nº 1836 desse Tribunal, estabelece 3 (três) tipos de controle: controle de regulamentos; controle do exercício do poder político; e controle do exercício dos direitos fundamentais e garantias constitucionais.⁵³⁴

Em primeiro lugar, o Tribunal Constitucional passou a exercer o controle da constitucionalidade das leis, decretos ou resoluções, declarando, se fosse o caso, sua inconstitucionalidade com efeitos declaratórios e eficácia *erga omnes*. A legislação estabeleceu, nesse caso, 2 (dois) sistemas de controle: prévio ou posterior. O controle prévio era exercido pelo Tribunal Constitucional antes da aprovação da lei, decreto ou resolução, em todos aqueles casos em que houvesse uma dúvida fundada sobre sua constitucionalidade. Já o controle corretivo ou repressivo (controle posterior) era realizado sobre as leis, decretos ou resoluções quando sua origem ou conteúdo fossem contrários às normas da Constituição Política do Estado.⁵³⁵

Também cabia ao TCB estabelecer um equilíbrio no exercício do poder político ao conhecer e julgar:

- a) os conflitos de jurisdição entre os órgãos do poder central; destes com o Tribunal Nacional Eleitoral ou com os Tribunais Eleitorais Departamentais; entre os órgãos do poder central com órgãos de administração departamental, como as prefeituras, ou os governos locais autônomos, como os governos municipais; outrossim os conflitos entre os governos municipais, ou destes com as administrações departamentais;
- b) o recurso direto de anulação que proceda contra qualquer ato ou deliberação de autoridade pública que usurpe funções.⁵³⁶

⁵³³ BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. **Las constituciones políticas de Bolivia: 1826-2009**. Sucre, BO: Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, 2018. p. 361.

⁵³⁴ RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. El control de constitucionalidad en Bolivia. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Taravilla, ES, v. 3, p. 215-216, 1999.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 215-216.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 217.

Por último, cabia ao TCB salvaguardar e garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais e garantias constitucionais como limites ao poder do Estado.⁵³⁷

A criação do Tribunal Constitucional, em 1999, trouxe consigo o advento de um Judiciário mais ativista e o fortalecimento de instrumentos jurídicos voltados à proteção dos direitos dos cidadãos. À vista disso, 19 (dezenove) instrumentos de controle constitucional permitiram às elites políticas e ao cidadão comum solicitar a intervenção do Tribunal Constitucional em várias circunstâncias. Entre janeiro de 1999 e maio de 2009, o TCB recebeu 19.812 casos e resolveu 15.801 (80%) deles. Apesar da capacidade potencial do Tribunal de servir como mediador em disputas políticas, a maioria dos casos que recebeu tratava de revisão de recursos de amparo (58%) e *habeas corpus* resolvidos pelos tribunais inferiores (27%).⁵³⁸

Contudo, as reformas judiciais dos anos 90 não obtiveram os retornos positivos esperados. O modelo institucionalizado de poderes públicos não se sustentou no tempo, não serviu para um desempenho positivo da democracia e não gerou confiança cidadã na administração da justiça. A má gestão desta, com caracterização do estado neoliberal, espalhou a corrupção judicial, a demora/dilação da justiça e um processo de desigualdade no acesso; além disso, o comportamento da autoridade judiciária estava, permanentemente, sob suspeita mediante suas ações à margem da lei.⁵³⁹

Na Bolívia, a combinação do fraco apoio popular ao Judiciário, do ativismo nascente do Tribunal Constitucional e dos impasses legislativos que dificultaram a nomeação dos juízes criou condições estratégicas que facilitaram ataques políticos e produziram uma combinação extrema, o que culminou na queda célere do novo modelo de controle constitucional, isso em menos de uma década após seu lançamento. Vale destacar que, em apenas 5 (cinco) anos, o Tribunal Constitucional perdeu todos os seus membros.

⁵³⁷ RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. El control de constitucionalidad en Bolivia. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Taravilla, ES, v. 3, p. 217, 1999.

⁵³⁸ CASTAGNOLA, Andrea; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Bolivia: El ascenso (y caída) del control constitucional. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. cap. 10, p. 489.

⁵³⁹ SAAVEDRA MOGRO, Marco Antonio. Los procesos de reforma judicial en Bolivia (1991-2017). **Revista Jurídica Derecho**, [S. l.], v. 5, n. 6, p. 113-115, enero/jun. 2017.

4.3.1 Crise política, ataques e desmantelamento do Tribunal Constitucional da Bolívia

O ano 2000 é considerado o marco inicial de um novo ciclo de turbulência política que refletiu no enfraquecimento do Poder Judiciário e no esvaziamento do Tribunal Constitucional. Entre os anos 2000 e 2005, mobilizações populares colocaram em questão o modelo econômico – reeditado por todos os governos desde 1985 – e o sistema de representação política excludente. Em abril de 2000, explodiu, na cidade de Cochabamba, a chamada "Guerra da Água",⁵⁴⁰ considerada o marco de abertura do "Ciclo Rebelde" (2000-2005), não só porque constituiu a primeira derrota dos movimentos dos grupos subalternos diante das reformas neoliberais, mas também porque deu início à articulação de um discurso nacional antineoliberal, que lançou as bases para a construção de uma maioria indígena e pobre, oposta às elites beneficiárias das reformas. Em 2003, eclode a chamada "Guerra do Gás" contra a venda de hidrocarbonetos por intermédio do território chileno, a qual marca o fim do neoliberalismo e a criação de uma nova agenda de demandas populares, efetivada pelos movimentos sociais em meio ao processo insurrecional que viviam.⁵⁴¹

Entre as pautas que viriam a ordenar o cenário político posterior, estão: a nacionalização do gás, o rechaço aos tratados de livre comércio, a reforma agrária, a descolonização das instituições, a efetivação das autonomias e a constituição de uma Assembleia Constituinte para refundar o Estado.

A dinâmica da crise do Estado foi marcada pela queda do governo e pela realização de eleições gerais, marcadas para 18 de dezembro de 2005. Evo Morales, candidato do Movimento pelo Socialismo (MAS), venceu as eleições

⁵⁴⁰ Em 1999, o governo de Hugo Bánzer Suárez – ditador militar e depois presidente eleito – promoveu uma mudança no *mercado de água* até então inexistente em Cochabamba. Quando a Lei das Águas 2029 decretou a privatização dos recursos hídricos e seu serviço, o denso tecido social de Cochabamba começou a dar origem a uma organização que, mais tarde, seria o paradigma das novas narrativas de resistência na Bolívia. A Coordenadoria em Defesa da Água e da Vida reuniu camponeses, plantadores de coca e seus sindicatos, estudantes e um setor manufatureiro que conseguiu reunir trabalhadores de todos os setores – Sobre a "Guerra da Água" consultar: CECEÑA, Ana Esther. **La guerra por el agua y por la vida: Cochabamba, una experiencia de construcción comunitaria frente al neoliberalismo**. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2005.

⁵⁴¹ ERREJÓN GALVÁN, Iñigo. **La lucha por la hegemonía durante el primer gobierno del MAS en Bolivia (2006-2009): un análisis discursivo**. Director de tesis: Heriberto Cairo Carou. 2012. f. 390. Tesis Doctoral (Doctorado en Ciencias Políticas) – Programa de Doctorado: Conflicto político y procesos de pacificación, Departamento de Ciencia Política y de la Administración II, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012.

presidenciais e tornou-se o primeiro presidente aimará da Bolívia. A posse de Morales principiou uma era de altas expectativas do público, assim como provocou uma disputa de poder entre o presidente e os partidos e elites tradicionais. A batalha, inicialmente centrada na adoção de uma nova Constituição, levou ao aumento da polarização, ao deslocamento de políticos moderados e à radicalização de líderes locais da oposição em Santa Cruz, Beni e Pando.⁵⁴²

Em meio à turbulência política, as instituições judiciárias também se tornaram alvos naturais de ataques políticos. As maiores pressões sobre o Tribunal Constitucional surgiram no ano de 2006, meses após a posse do presidente Evo Morales, quando este, por meio do Decreto Supremo nº 28.619, de 9 de fevereiro de 2006, ordena a intervenção pública na empresa nacional de aviação Lloyd Aéreo Boliviano (parcialmente privatizada em 1996). A empresa questionou a constitucionalidade do Decreto no Tribunal Constitucional, que reconheceu a nulidade da intervenção. A reação de Evo Morales foi acusar os magistrados de receber propina e, em resposta, os membros do Tribunal condenaram as acusações. Por fim, o Ministro da Presidência pediu desculpas pelas acusações, e o incidente foi encerrado.⁵⁴³

Depois desse impasse, o Tribunal Constitucional perdeu 2 (dois) de seus membros titulares: Willman Durán Rivera e Felipe Tredinnick Abasto. Dessa forma, no final de 2006, o Tribunal Constitucional funcionava com 2 (dois) juízes titulares – Elizabeth Iguíñez de Salinas e Martha Rojas Álvarez – e 3 (três) suplentes – Artemio Arias Romano, Silvia Salame Farjat e Walter Raña Aranha.⁵⁴⁴

Novas tensões surgem em dezembro de 2006, quando parlamentares da oposição questionam, no Tribunal Constitucional, a Constitucionalidade do Decreto nº 28.993, por meio do qual o presidente Morales, aproveitando-se do recesso parlamentar, nomeou 4 (quatro) magistrados para o Supremo Tribunal de Justiça. A Corte decidiu esse caso em maio de 2007: 4 (quatro) dos 5 (cinco) magistrados

⁵⁴² CASTAGNOLA, Andrea; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Bolívia: El ascenso (y caída) del control constitucional. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. cap. 10, p. 498.

⁵⁴³ GUZMÁN TERRAZAS, Patricia Cecilia Carmen Elizabeth. **Tribunal Constitucional en el Estado Plurinacional de Bolivia**: de la elección en la Asamblea Legislativa a la elección a través del voto universal: diseño y trayectoria institucional. 2016. f. 60. Tesis Doctoral (Carrera de Ciencia Política y Gestión Pública) – Mención en Gerencia Política, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, Bolivia, 2016.

⁵⁴⁴ CASTAGNOLA; PÉREZ-LIÑÁN, *op. cit.*, p. 503.

concluíram que o decreto era constitucional, contudo, as nomeações provisórias teriam um prazo de validade de apenas 90 (noventa) dias – SC 0018/2007. Dois dias depois de tal decisão, o presidente Morales pediu ao Tribunal que reconsiderasse o limite estrito de 90 (noventa) dias para seus nomeados, mas o Tribunal rejeitou a petição. Em resposta, Morales pediu ao Congresso que iniciasse um julgamento de responsabilidade contra os magistrados.⁵⁴⁵

Tal julgamento de responsabilidade se estendeu entre maio e outubro de 2007. A acusação contra o TCB dividiu associações profissionais e, mais uma vez, colocou o Congresso como protagonista do conflito. Funcionários do governo efetuaram denúncias sobre corrupção e politização do Judiciário e solicitaram a renúncia de todos os membros do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional. Em outubro de 2007, o Senado finalmente absolveu os magistrados e os reintegrou a seus cargos – mas o governo logo apresentou novas acusações.⁵⁴⁶

Pouco tempo depois, as juízas Elizabeth Iñiguez de Salinas e Martha Rojas Álvarez apresentaram sua renúncia e denunciaram a perseguição política, a difamação pública e a falta de independência do Judiciário. Em dezembro, o juiz Walter Raña Arana renunciou a seu cargo após receber ameaças contra sua integridade física, o que privou o Tribunal da maioria necessária para tomar decisões. Quando o Tribunal perdeu o *quórum*, a Assembleia Constituinte já trabalhava na reforma constitucional, sem que qualquer instituição pudesse controlar a legalidade do processo.⁵⁴⁷

Em março de 2008, Artemio Arias Romero (também) renunciou, em resposta à manipulação do Judiciário. Sozinha no tribunal, Salame Farjat apresentou sua renúncia em maio de 2009, depois de denunciar o corte orçamentário do Tribunal Constitucional – uma forma muito sutil de tirar a autonomia desse órgão.⁵⁴⁸

⁵⁴⁵ GUZMÁN TERRAZAS, Patricia Cecilia Carmen Elizabeth. **Tribunal Constitucional en el Estado Plurinacional de Bolivia**: de la elección en la Asamblea Legislativa a la elección a través del voto universal: diseño y trayectoria institucional. 2016. f. 60-62. Tesis Doctoral (Carrera de Ciencia Política y Gest[on Pública) – Mención en Gerencia Política, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, Bolivia, 2016.

⁵⁴⁶ CASTAGNOLA, Andrea; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Bolivia: El ascenso (y caída) del control constitucional. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. cap. 10, p. 504.

⁵⁴⁷ CASTAGNOLA; PÉREZ-LIÑÁN, *op. cit.*, cap. 10.

⁵⁴⁸ GUZMÁN TERRAZAS, *op. cit.*, f. 60.

Todo esse assédio a que os magistrados foram submetidos acabou por redundar no resultado esperado: o completo desmantelamento do Tribunal Constitucional.

SEGUNDA PARTE – EXPERIÊNCIA BOLIVIANA COMO PROPOSTA PARA REPENSAR A LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA

5 ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DO JUDICIÁRIO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA DE 2009

A atual Constituição boliviana foi aprovada via referendo popular em 25 de janeiro de 2009 e promulgada em 7 de fevereiro do mesmo ano.⁵⁴⁹ Os processos históricos descritos até aqui, assim como os movimentos, marchas e resistência dos povos indígenas, moldaram, na Bolívia, o modelo de Estado em vigor, amparado por uma plurinacionalidade baseada em interesses políticos, econômicos, jurídicos, culturais e linguísticos de caráter "igualitário", como uma antítese ao Estado monocultural e excludente que permanecera até então.

Dentre as conquistas reputadas à mobilização popular, destacam-se princípios como a plurinacionalidade, a interculturalidade e o pluralismo jurídico (artigo 1), e descolonização (artigo 9).⁵⁵⁰ Isso significou, além do reconhecimento constitucional de 36 nações e de povos indígenas, uma profunda renovação na região e nas estruturas do país, bem como na organização dos poderes e instituições do Estado, de forma que se pode dizer que a Constituição de 2009 realiza a "refundação" da Bolívia como país.⁵⁵¹

De fato, a Constituição corrente fundou um novo Estado, e o fez mediante a persecução do ideal de bem viver⁵⁵² (o *suma qamaña*), em torno do qual se

⁵⁴⁹ CASTAGNOLA, Andrea; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Bolivia: El ascenso (y caída) del control constitucional. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. cap. 10.

⁵⁵⁰ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. **Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional**, [S. l.], n. 17, p. 12-39, 2010. *passim*. Ver também: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **El Otro Derecho**, ILSA, Bogotá, CO, n. 30, p. 171-195, jun. 2004.

⁵⁵¹ PEÑA VENEGAS, Edgar. **El control de constitucionalidad en el estado plurinacional de Bolivia**. 2013. f. 39. Tesis Doctoral (Moral y Política) – Departamento de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universitat de València, Valencia, 2013.

⁵⁵² Em "Riscos e ameaças para o Bem Viver", Alberto Acosta esclarece que muitas foram as interpretações sobre o bem viver. Entretanto, sua elaboração enquanto conceito, e para além disto, devem ser instituídas coletivamente no seio social. O conceito de bem viver não se confunde com viver melhor, pois este segundo que denota as práticas de acumulação de bens e consumo excessivos, traduzindo uma noção de competitividade e individualismo, não de harmonia. Para as reais implicações do conceito de bem viver, torna-se necessário recuperar de forma respeitosa os saberes e as culturas dos povos e das nacionalidades, especialmente os povos indígenas. O bem viver não é uma criação contemporânea, trata-se, entretanto, de práticas e conhecimentos estabelecidos em diferentes épocas

compreende, se concebe a parte dogmática da constituição. É uma abordagem axiológica da tranquilidade, do bem-estar.⁵⁵³ As referências ao *bem viver* manifestam-se na seção sobre as bases fundamentais do Estado. Ali, ao se abordar os princípios, valores e fins do Estado (art. 8), se assume e se promove os princípios ético-morais da sociedade plural: *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* – em tradução livre, significa: *não seja folgado, não seja mentiroso, não seja ladrão*. O protagonismo indígena e a inclusão de princípios próprios de sua cosmovisão fizeram com que esses textos previssem, ainda, direitos próprios à *Pachamama* – que, além da representação como divindade conectada à terra e à fertilidade desta, representa o sentido da vida, da maternidade, do nascimento e da proteção da Terra e de todos que nela habitam: trata-se de *Mãe Terra* da cultura indígena.⁵⁵⁴

Os princípios do *bem viver* se apresentam em paralelo e com a mesma hierarquia com outros princípios clássicos, tais como, a unidade, a igualdade, a inclusão, a dignidade, a liberdade, a solidariedade, a reciprocidade, o respeito, a equidade de gênero na participação, o bem-estar comum, a responsabilidade, a justiça social, entre outros.⁵⁵⁵

Com isso, a Constituição da Bolívia pretende romper com a tradição dos países da América Latina de reproduzir um modelo constitucional fundamentalmente alicerçado em uma tradição de origem europeia-estadunidense. É o que se percebe quando o artigo 1º da Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia estabelece, nestes termos, que “a Bolívia se funda na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico, dentro do processo integrador do país” (Primeira Parte – Bases Fundamentais do Estado, Direitos, Deveres e Garantias – Título I: Bases fundamentais do Estado –

e em diferentes regiões da Pacha Mama. É um conhecimento proveniente das experiências combativas e emancipatórias pelo direito a uma vida digna. ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Elefante, 2019.

⁵⁵³ DALMAU, Rubén Martínez. Análisis crítico del derecho constitucional desde la perspectiva del nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Thémis**: Revista de Derecho, [S. l.], v. 67, p. 49-62, 2015.

⁵⁵⁴ VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Gaceta Constitucional**, [S. l.], n. 48, p. 307-328, 2011. *passim*.

⁵⁵⁵ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. **Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional**, [S. l.], n. 17, p. 12-39, 2010. *passim*.

Capítulo I: Modelo de Estado).⁵⁵⁶ A Bolívia organiza, divide, de tal forma, as funções do Estado em 4 (quatro) órgãos: 1) órgão legislativo; 2) órgão executivo; 3) órgão judicial e 4) órgão eleitoral. A inclusão de novas formas de participação transfere o poder da Constituição para a sociedade, o que é característico de uma inovação do processo democrático.

O modelo de representação é estendido por intermédio da incorporação de critérios étnicos e de gênero na eleição de representantes perante os órgãos Executivo e Legislativo. Além disso, as instâncias relevantes do poder judiciário são eleitas por voto popular, o que representa a ampliação dos poderes como eleitor, especialmente se consideradas as condições dos indígenas e das mulheres.

A Constituição pretende estabelecer a sociedade civil como um contra-poder ao criar a figura da “participação e do controle social”, com o papel de: participar do desenho de políticas públicas, mediante o exercício do controle social de todos os órgãos governamentais e empresas públicas ou privadas que recebem dinheiro público; auxiliar o Legislativo na elaboração de leis; denunciar atos de corrupção; e pronunciar-se sobre os relatórios de gestão emitidos pelos órgãos do Estado.⁵⁵⁷

Dentre os principais instrumentos que ampliam a participação democrática, destacam-se: a consulta popular para aprovação de emenda à Constituição (Art. 411); a iniciativa popular em propostas de legislação, em modificações constitucionais e na convocação da Assembleia Constituinte (Arts. 162 e 411); a convocação de referendo para aprovar tratados e convênios internacionais (Art. 259); a eleição por sufrágio direto dos membros dos tribunais superiores (Arts. 182, 183, 188, 194 e 197); a revogação de mandato eletivo (exceto os cargos do Judiciário); a obrigatoriedade de realização de referendo para aprovação de questões limítrofes, integração monetária, integração econômica estrutural e cessão de competência a órgãos supranacionais (Art. 257); o controle social sobre a gestão

⁵⁵⁶ “Bolívia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”. BOLÍVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**. Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional – 2008. Bolivia: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. p. 13. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

⁵⁵⁷ BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. Sucre, BO: Tribunal Constitucional Plurinacional, Unidad Legislación, 2016. p. 56. Disponível em: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/leyes>. Acesso em: 20 jan. 2022.

pública em todos os níveis do Estado, suas empresas e instituições públicas, mistas ou privadas que administrem recursos estatais (Art. 241).⁵⁵⁸

Um dos aspectos que deve ser destacado na Constituição se refere à nova configuração do Estado Boliviano – o artigo 1º assim o caracteriza:

A Bolívia se constitui como um Estado Social Unitário de Direito Comunitário Plurinacional, livre, independente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado e autônomo, que se baseia na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e lingüístico, dentro do processo integrador do país.⁵⁵⁹

Nesse contexto de mudança, a plurinacionalidade passa a permear o desenho institucional do Estado em todos os níveis de poder, com inclusão do controle de constitucionalidade, o qual deve observar um pacote de direitos fundamentais cujo substrato é expressamente plurinacional.⁵⁶⁰ Alcalá, nesse sentido, destaca que "[...] o caráter plurinacional é a mudança mais importante no modelo de Estado assumido pela Bolívia e constitui o 'fator fundador básico' do Estado e da Constituição boliviana".⁵⁶¹ Por isso, é necessária uma análise de alguns dos elementos que compõem esse novo modelo de Estado na Bolívia, e isso com ênfase no caráter plurinacional.

Primeiro, deve-se notar que o modelo de Estado Plurinacional não se enquadra na doutrina constitucional clássica ou contemporânea. Trata-se de uma nova modalidade de organização política que se destina à descolonização⁵⁶² de

⁵⁵⁸ BOLÍVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**. Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional – 2008. Bolivia: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. p. 13. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

⁵⁵⁹ “**Artículo 1.** Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”. (grifo do autor). *Ibid.*, p. 13,

⁵⁶⁰ PEÑA VENEGAS, Edgar. **El control de constitucionalidad en el estado plurinacional de Bolivia**. 2013. f. 39. Tesis Doctoral (Moral y Política) – Departamento de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universitat de València, Valencia, 2013.

⁵⁶¹ “[...] el carácter plurinacional es el cambio más trascendente en el modelo de Estado asumido por Bolivia y se constituye en el 'hecho fundante básico' del Estado y de la Constitución boliviana”. REAL ALCALÁ, Alberto del. La construcción de la “plurinacionalidad” desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: desafíos y resistencias. *In*: BLICKWEDE, Verena; ZEGADA, María Elena (ed.). **Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional**. Memoria Conferencia Internacional. Bolivia: GTZ: CONCED, 2010. p. 107.

⁵⁶² No sentido de rompimento com dos padrões de poder que surgiram como resultado do colonialismo. Sobre o conceito de colonialidade consultar: MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. *In*: CASTRO-GÓMEZ, S.; GROSFUGUET, R. (ed.). **El giro decolonial**. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Iesco-Pensar-Siglo del Hombre, 2007. p.127-167; BRAGATO,

nações e povos, com reafirmação, recuperação e fortalecimento de sua autonomia territorial.⁵⁶³ Dessa maneira, pode-se inferir que é um modelo de Estado que se organiza política, social e juridicamente com base na união de várias nações e povos indígenas originários camponeses, com reconhecimento dessas nações e de seu próprio território, seu regime econômico, sua língua, seu sistema jurídico⁵⁶⁴ e o direito de autogoverno, com competências administrativas, econômicas e culturais. Isso implica um modelo de Estado baseado no conceito de nação política, e não apenas no conceito de nação cultural – de onde se pode concluir que é um Estado composto ou de associação próxima a um Estado Federativo Autônomo, mas não se confunde com um Estado uninacional.^{565 566}

De acordo com os ensinamentos de Dallari⁵⁶⁷, o conceito de Nação atingiu importante significação e recebeu uma conotação emocional forte como forma de justificar a afirmação dos Estados como ordens territoriais soberanas, cuja soberania residia na unidade popular, no povo. A constituição de unidades políticas estáveis, sólidas, dependia da afirmação do Estado como ordem soberana; por consequência, o conceito de Nação – criação artificial – foi instrumento explorado no século XVIII

Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan./abr. 2014; QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, set. 2005. p. 117.

⁵⁶³ Alguns autores chegaram a afirmar, na época, que a transformação pluralista do Estado na Bolívia é o processo constituinte de um Estado Plurinacional. Assim, por exemplo, Oscar Vega Camacho, ao refletir sobre essa transformação pluralista estatal, indicou que a nova Constituição Política do Estado da Bolívia retrata uma definição de um Estado Plurinacional como eixo articulador democrático: a garantia constitucional de um início para os processos de descentralização, desconcentração e descolonização. LIMA, Alan E. Vargas. **La justicia constitucional en el Estado Plurinacional**. Cochabamba, BO: Kipus, 2017. p. 23.

⁵⁶⁴ Sobre o conceito de pluralismo jurídico, consultar: WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico-fundamentos de uma nova cultura do direito**. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

⁵⁶⁵ RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio. El nuevo sistema constitucional del Estado boliviano. *In*: ACADEMIA BOLIVIANA DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES (ed.). **Estudios sobre la Constitución aprobada en enero de 2009**. Cochabamba, Bolivia: Grupo Kipus, 2009. p. 11.

⁵⁶⁶ No intento de responder à pergunta: por que um Estado Plurinacional? Camacho aponta que: “Esta questão, que pode ser formulada na perspectiva de um paradoxo, ou seja, para aquele pensamento que faz uma equivalência entre Estado = nação, possivelmente parece-lhe uma contradição que várias nações possam ser abrigadas em um Estado. Mas isso pressupõe abstrair, por um lado, as diferentes formas de Estado que existiram e existem, sobretudo a construção histórica da forma do Estado Nação; e por outro lado é desconhecer e ignorar a realidade boliviana, sua composição societária e as características político-culturais de seu patrimônio e a emergência de novas subjetividades identitárias”. CAMACHO, Oscar Vega. Reflexões sobre o transformação pluralista. *In*: ALCOREA, R.; LINERA, A.; TAPIA, L. **A transformação pluralista do Estado**. La Paz, BO: Muela del Diablo, 2007. p. 9-10. Obs: Artigo que constitui a apresentação do citado livro coletivo.

⁵⁶⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 115.

para levar a burguesia, economicamente poderosa, à conquista do poder político. Com a Revolução Americana e a Revolução Francesa, a Nação, em cujo nome se pretendia o governo do Estado, passa a ser identificada com o próprio Estado.

O Estado plurinacional, como explica Acosta,⁵⁶⁸ busca promover uma nova proposta de nação, pois compreende exatamente que não existe uma nacionalidade, mas nacionalidades diversas, é um dispositivo de celebração da diversidade e garantia de participação no espaço político às populações marginalizadas. Não significa a destruição do Estado, mas se refere ao reconhecimento dos autogovernos e autodeterminações viabilizando as autonomias territoriais dos povos e nacionalidades. Não é uma alternativa do desenvolvimento, mas uma alternativa ao desenvolvimento.

Na Bolívia, o caráter central de plurinacionalidade está expresso no Preâmbulo da Constituição e perpassa diametralmente o texto constitucional, vinculando todos os órgãos do Estado, as instituições políticas, jurídicas, sociais e econômicas do país em todos os níveis. A expressão da plurinacionalidade na participação e composição de órgãos do Estado e na representação política está relacionada com as normas constitucionais que tornam plurinacional a composição das referidas organizações e poderes do Estado (legislativo, executivo, judiciário e eleitoral).⁵⁶⁹

A Constituição boliviana também institucionalizou a plurinacionalidade na estrutura judiciária do Estado e no sistema de justiça constitucional. A incidência mais importante de plurinacionalidade no sistema de justiça destaca-se a partir do princípio constitucional do pluralismo jurídico⁵⁷⁰, na criação de um sistema de justiça plurinacional e na obrigação de que os operadores jurídicos incorporem a "interculturalidade" como critério de interpretação das regras do Direito.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Elefante, 2019.

⁵⁶⁹ Para mais detalhes, consultar: BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia**. Sucre, BO: Tribunal Constitucional Plurinacional, Unidad Legislación, 2016. Disponível em: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/leyes>. Acesso em: 20 jan. 2022.

⁵⁷⁰ Sobre o tema consultar: WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito. **Revista Direito e Práxis**, Natal, v. 10, p. 2711-2735, 2019; YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **El Otro Derecho**, Bogotá, n. 30, jun. 2004; LÓPEZ LÓPEZ, E. Liliana. El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el derecho. **UMBRALES**: Revista de Derecho Constitucional. Dossiê Pluralismo Jurídico, [S. l.], t. 1, n. 4, p. 31-64, jun./dic. 2014.

⁵⁷¹ BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia**. Sucre, BO: Tribunal Constitucional Plurinacional, Unidad Legislación, 2016. Disponível em: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/leyes>. Acesso em: 20 jan. 2022.

Griffiths, em seu artigo seminal “What is legal Pluralism?”,⁵⁷² distingue entre uma abordagem do pluralismo jurídico, como ciência social — a partir de um estado de coisas dado na sociedade (a presença de mais de uma ordem jurídica no campo social, de forma que no interior de cada subgrupo haveria a coexistência de mais de um sistema jurídico) —, e aquilo que chama de pluralismo jurídico “legalista”. Para o autor, um sistema jurídico é pluralista, em sentido legalístico, quando a soberania designa diferentes corpos jurídicos para diferentes grupos populacionais, variando de acordo a sua etnia, religião, nacionalidade ou geografia, e quando os regimes jurídicos paralelos são todos dependentes do sistema jurídico estatal.

Peña Venegas⁵⁷³ explica que, na Bolívia, existe um pluralismo jurídico caracterizado por uma pluralidade de jurisdições no nível infraconstitucional. No nível constitucional, o sistema boliviano é apresentado como um sistema unitário cujo topo é o sistema de justiça constitucional. Portanto, o trabalho de harmonização e coerência do sistema jurídico dependerá, em última instância, da doutrina jurisprudencial elaborada pelo Tribunal Constitucional Plurinacional.

Também em relação ao pluralismo jurídico, o artigo 179 da Constituição determina a existência de uma única estrutura judiciária formada por uma pluralidade de jurisdições, todas elas em situação de igualdade hierárquica: ordinária, agroambiental, especial e indígena originária campesina (que é exercida por suas próprias autoridades).⁵⁷⁴ No topo do ordenamento jurídico, está o Tribunal Constitucional Plurinacional integrado por magistradas e magistrados eleitos por critérios de plurinacionalidade, com representação do sistema ordinário e do sistema indígena originário campesino.

Portanto, coexistem, dentro do Estado Plurinacional, os sistemas jurídicos indígenas originários e campesinos com o sistema jurídico positivo, em plano de igualdade, respeito e coordenação, o que certamente desafia a lógica monista e impõe a adoção de formas criativas de concretizar a nova ordem.

A diversidade existente entre os sistemas jurídicos indígenas determina a importância de denominá-las no plural, como “justiças indígenas”. Contudo, apesar

⁵⁷² GRIFFITHS, John. What is legal pluralism. **J. Legal Pluralism & Unofficial L.**, [S. l.], v. 24, p. 1, 1986.

⁵⁷³ PEÑA VENEGAS, Edgar. **El control de constitucionalidad en el estado plurinacional de Bolivia**. 2013. Tesis Doctoral (Moral y Política) – Departamento de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universitat de València, Valencia, 2013. *passim*.

⁵⁷⁴ BOLÍVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**. Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional – 2008. La Paz: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. p. 70. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

desta diversidade, é possível identificar alguns elementos comuns entre as práticas originárias, tais como o caráter coletivo dos procedimentos, que incluem toda a comunidade no seu desenvolvimento, ou a busca pela reestruturação da harmonia e equilíbrio comunitários, procedimentos caracterizados especialmente pela oralidade, celeridade, reconciliação, lógica restaurativa. Além disso, em geral os sistemas indígenas colocam a comunidade (assembleia) como instância decisória superior na resolução de conflitos entre seus membros, o que denota alto nível de democratização destes sistemas.⁵⁷⁵

A constitucionalização da coexistência de jurisdições, em especial a indígena originário campesina, com igualdade hierárquica e dever de coordenação e cooperação das jurisdições ordinária e agroambiental perante aquela (artigos 190 a 192), atende aos princípios da descolonização e interculturalidade.⁵⁷⁶ Em razão desta previsão de igualdade hierárquica, não se admite que as demais jurisdições revisem as decisões proferidas no âmbito da jurisdição indígena originário campesina, de modo que seus conflitos e matérias, bem como suas consultas eventualmente formuladas, somente podem ser apreciadas no âmbito da jurisdição constitucional – exercida pelo TCP.

É esse o cenário em que a totalidade da nova jurisprudência constitucional deverá responder a uma pluriculturalidade de alcance transversal. Os valores culturais dos povos indígenas deverão permear, pois, em concorrência com outros valores, toda a jurisprudência constitucional. Se assim não for, nem o Tribunal Constitucional nem o próprio Estado serão plurinacionais.

O pluralismo jurídico na Bolívia deve, portanto, para concretizar-se, partir da realidade da jurisdição indígena e não da lógica jurista monista ocidental, uma vez que busca justamente superar os modelos sociológicos funcionalistas, representados na teoria da burocracia e da racionalidade jurídico-formal de Weber,⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ BAZURCO OSORIO, Martín; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis. Bolívia: justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (org.). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolívia**. 2. ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. p. 49-144.

⁵⁷⁶ BOLÍVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**. Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional – 2008. La Paz: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

⁵⁷⁷ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. v. 2.

no formalismo kelseniano⁵⁷⁸ e na legitimação por meio da redução procedimental da complexidade de Luhmann.⁵⁷⁹

5.1 Poder judiciário boliviano: jurisdição ordinária, agroambiental e especializada

Em termos de estrutura, a jurisdição ordinária é composta pelo Tribunal Supremo de Justiça, pelos Tribunais Departamentais de Justiça – formados por 24 (vinte e quatro) membros em La Paz, 20 (vinte) membros em Santa Cruz, 18 (dezoito) membros em Cochabamba, 12 (doze) membros em Oruro, Potosí e Chuquisaca, 7 (sete) vogais em Beni e 5 (cinco) vogais em Pando (Lei nº 025, art. 45 e seguintes) – e pelos Tribunais de Sentença – formados por dois juízes técnicos, além de três cidadãos (Lei nº 025, art. 60).⁵⁸⁰

O Tribunal Supremo de Justiça (TSJ) é a instância máxima da jurisdição ordinária, cuja função é processar e julgar demandas nas áreas cível, comercial, familiar, infância e adolescência, tributária, administrativa, trabalhista e previdenciária, anticorrupção, criminal, entre outras estabelecidas em lei. O referido Tribunal é composto por 9 (nove) magistrados titulares, que compõem o Plenário, além de 9 (nove) magistrados suplentes (Lei nº 025, artigo 33), correspondentes a cada um dos Departamentos do Estado Plurinacional (Lei nº 025, art. 33 e seguintes), eleitos por meio de sufrágio universal, para mandato de 6 (seis) anos, sendo proibida a recondução.⁵⁸¹

De acordo com a Constituição Política do Estado (CPE) e a Lei do Órgão Judiciário, os candidatos magistrados do Supremo Tribunal de Justiça são previamente selecionados pela Assembleia Legislativa Plurinacional e posteriormente eleitos por sufrágio universal (art. 182, CPE). Os membros dos Tribunais Departamentais de

⁵⁷⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

⁵⁷⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

⁵⁷⁹ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980.

⁵⁸⁰ BOLÍVIA. **Ley nº 025, Ley del Órgano Judicial**. [...] tiene por objeto regular la estructura, organización y funcionamiento del Órgano Judicial. Órgano Judicial Tribunal Supremo de Justicia. La Paz: Unidad de Comunicación y RRPP: Palacio de Gobierno, 2010a. Disponível em: <https://tsj.bo/wp-content/uploads/2019/11/ley-025-ley-del-organo-judicial.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022. *passim*.

⁵⁸¹ *Ibid.*, *passim*.

Justiça são eleitos pelo Tribunal Supremo de Justiça (art. 184, CPE), e os juízes são nomeados pelo Conselho da Magistratura (art. 195, CPE).⁵⁸²

No entanto, conforme será abordado mais adiante, a forma de eleição e nomeação das autoridades judiciárias em todos os níveis constitui um aspecto qualitativo altamente sensível, pois suscita controvérsias sobre a independência do órgão judicial e acerca da possibilidade de interferência política no processo de escolha de seus componentes. Por essas razões, pesa sobre os ombros do Supremo Tribunal de Justiça e do Conselho de Magistratura a enorme responsabilidade de garantir o tratamento legal, imparcial, justo e, acima de tudo, transparente na designação dos membros, juízes e outros funcionários judiciais.

A jurisdição agroambiental faz parte do Órgão Judiciário e é exercida pelo Tribunal Agroambiental, pelos Tribunais Agroambientais Departamentais (um em cada departamento) e pelos Juizados Agroambientais (Juizados Agrários e Juizados Ambientais), e rege-se, em particular, pelos princípios da função social, integralidade, imediatismo, sustentabilidade e interculturalidade.⁵⁸³

O Tribunal Agroambiental, o mais alto tribunal especializado da jurisdição agroambiental, é integrado por 5 (cinco) magistrados(as), divididos em 2 (duas) salas, eleitos por sufrágio universal para um mandato não renovável de 6 (seis) anos.⁵⁸⁴ São atribuições desse Tribunal (art. 189): resolver questões agrárias, florestais, ambientais, hídricas, direitos de uso e exploração de recursos naturais renováveis, água, silvicultura e biodiversidade; além de ações judiciais sobre atos que ameacem a fauna, a flora, a água e o meio ambiente e ações judiciais sobre práticas que coloquem em risco o sistema ecológico e a conservação de espécies ou animais.⁵⁸⁵

⁵⁸² BOLIVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**. Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional – 2008. La Paz: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022. *passim*.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 74.

⁵⁸⁴ BOLIVIA. **Ley nº 929, Ley de 27 de abril de 2017**. Modifica las leyes nº 025, del Órgano Judicial, nº 027, del Tribunal Constitucional Plurinacional y nº 026 del Régimen Electoral. La Paz: Palacio de Gobierno, 2017. Disponível em: https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2017/07/Ley_929.pdf. Acesso em: 01 set. 2022. *passim*.

⁵⁸⁵ BOLIVIA, *op. cit.*, 2008. p. 74.

Jurisdições Especializadas são todas aquelas jurisdições que eventualmente possam surgir e que, por seu interesse público e por sua natureza de exclusividade e especificidade, justifiquem tratamento especial (Lei nº 025, art. 156).⁵⁸⁶

Um exemplo claro de jurisdição especializada é o Supremo Tribunal de Justiça Militar, organizado pela Lei Orgânica das Forças Armadas. A referida jurisdição não deve colidir ou prejudicar outras jurisdições.

5.2 Poder judiciário boliviano: jurisdição indígena originária campesina

A terminologia que a Constituição de 2009 designa para denominar os sistemas jurídicos indígenas na Bolívia é Jurisdição Indígena Originária Campesina. No entanto, os nomes que foram atribuídos à justiça indígena variaram ao longo do tempo, de acordo com modas acadêmicas, contextos políticos e preconceitos sociais. Essa resistência implicou numa relação entre sistemas de justiça que, nos últimos séculos, se caracterizou pela sobreposição assimétrica, em que a justiça ordinária se impôs sobre a justiça indígena, negando-a, estigmatizando-a e, até mesmo criminalizando as práticas de justiça não emanadas do Estado.⁵⁸⁷ Entre as categorias que foram usadas anteriormente para se referir aos sistemas jurídicos indígenas encontram-se o Direito Consuetudinário e a Justiça Comunitária.

A categoria atual – Povos Indígenas Originários Campesinos – causou extensa discussão, tanto na Assembleia Constituinte como após a aprovação da Constituição. Em sua etnografia sobre o processo constituinte boliviano, Schavelzon⁵⁸⁸ menciona que houve fortes debates em torno de qual figura jurídica a nova Constituição atribuiria aos povos indígenas, campesinos e originários:

Los campesinos de la CSUTCB y los ‘colonizadores’ que habían migrado en busca de tierras, (sic) no querían dejar de ser reconocidos como indígenas, porque se reconocían como quechuas

⁵⁸⁶ BOLÍVIA. **Ley nº 025, Ley del Órgano Judicial**. [...] tiene por objeto regular la estructura, organización y funcionamiento del Órgano Judicial. Órgano Judicial Tribunal Supremo de Justicia. La Paz: Unidad de Comunicación y RPP: Palacio de Gobierno, 2010a. Disponível em: <https://tsj.bo/wp-content/uploads/2019/11/ley-025-ley-del-organo-judicial.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022. *passim*.

⁵⁸⁷ BAZURCO OSORIO, Martín; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis. Bolivia: justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (ed.). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**. 2. ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. p. 49-144. *passim*.

⁵⁸⁸ SCHAVALZON, Salvador. **El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia**: etnografía de una Asamblea Constituyente. La Paz: CEJIS: Plural, 2012. p. 93.

y aymaras, pero tampoco querían dejar de estar presentes en la definición con el término de campesinos. Y se oponían entonces a que en la definición de ‘pueblo boliviano’ fueran separados de las naciones originarias y pueblos indígenas por una coma [‘,’], que podría significar la pérdida de derechos y que no se correspondía con la forma en que ellos se auto-identificaban.⁵⁸⁹

Isso se deu de tal forma que a categoria *Povos Indígenas Campesinos*, sem vírgulas, é o resultado de uma tentativa de unificar os diferentes setores de movimentos sociais, em que estão, por exemplo: a Confederação dos Povos Indígenas da Bolívia (CIDOB), como representantes dos Povos Indígenas; a Conselho Nacional de Ayllus e Markas de Qollasuyu (CONAMAQ), como representantes dos povos Originários; e a Confederação Sindical Única dos Trabalhadores Camponeses da Bolívia (CSUTCB) juntamente com a Confederação Nacional de Camponesas Indígenas Originárias da Bolívia "Bartolina Sisa" (CNMCIQB-“BS”), como representantes dos setores campesinos.⁵⁹⁰

Na perspectiva de Albó, essa união de identificações era necessária, pois todas elas têm o passado em comum, inclusive antes da colônia. Porém, devido aos diferentes processos sociais e políticos, foram se adaptando a outras categorias, sem que estas as separassem de sua matriz histórica, de tal forma que esses detalhes não teriam que ser motivo de divisão no caminho de recuperação do autogoverno dos povos indígenas.⁵⁹¹

Dessa maneira, dos *Povos Indígenas Originários Campesinos*, surgiu a jurisdição indígena, intitulada *Jurisdição Indígena Originária Campesina*, que faz parte do Poder Judiciário em igualdade hierárquica com outras jurisdições ordinárias. O objetivo da igualdade hierárquica é que nenhuma jurisdição pode reivindicar estar acima da outra, são todas iguais e devem, pois, comprometer-se a formar mecanismos de

⁵⁸⁹ SCHAVELZON, Salvador. **El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia**: etnografía de una Asamblea Constituyente. La Paz: CEJIS: Plural, 2012. p. 93.

⁵⁹⁰ CHAMBI MAYTA, Roger Adan. **Jurisdicción indígena y colonialidad jurídica en la Bolivia plurinacional**: desafíos de la autodeterminación indígena. 2021. f. 36-37. Dissertação (Mestrado) – Instituto Latino-Americano de Arte, Cultura e História, Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Estudos Latino-Americanos, Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Foz do Iguaçu, Paraná, 2021.

⁵⁹¹ ALBÓ, Xavier. Las flamantes autonomías indígenas en Bolivia. In: GONZÁLEZ, Miguel *et al.* **La autonomía a debate**: autogobierno indígena y estado plurinacional en América Latina. Quito: FLACSO; Ecuador: GTZ: IWGIA: CIESAS: UNICH, 2010. p. 355-390. *passim*.

cooperação e coordenação entre as diferentes jurisdições para alcançar a justiça no âmbito do Viver bem (*Vivir Bien*).⁵⁹² Assim, a Constituição estabelece que:

Artigo 190. I - As nações e povos indígenas originários campesinos exercerão suas funções jurisdicionais e competências por meio de suas autoridades e aplicarão seus próprios princípios, valores culturais, normas e procedimentos.

II - A jurisdição indígena originária campesina respeita o direito à vida, o direito à defesa e os demais direitos e garantias estabelecidos nesta Constituição.

Artigo 191. [...] II [...] Estão sujeitos a essa jurisdição os membros da nação ou povo indígena originário campesino, sejam eles autores ou réus, denunciados ou reclamados, denunciados ou acusados, recorrentes ou recorridos. [...] Esta jurisdição se aplica às relações e eventos jurídicos que se realizam ou cujos efeitos são produzidos dentro da jurisdição de um povo indígena originário campesino.

Artigo 192. I. Toda autoridade ou pessoa obedecerá às decisões da jurisdição indígena originária campesina

II. Para cumprir as decisões da jurisdição indígena originária campesina, suas autoridades poderão solicitar o apoio dos órgãos competentes do Estado.

III. O Estado promoverá e fortalecerá a justiça indígena originária campesina. [...]. (tradução nossa).⁵⁹³

⁵⁹² BOLÍVIA. **Ley nº 073, Ley de 29 de diciembre de 2010.** Ley de Deslinde Jurisdiccional. Gaceta Oficial de Bolivia. Bolivia: Asamblea Legislativa Plurinacional, 2010b. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/ley%20deslinde%20jurisdiccional>. Acesso em: 05 set. 2022. *passim*.

⁵⁹³ “**Artículo 190.** I - Las naciones y pueblos indígena[s] 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 en 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: Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciados o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena[s] originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional. 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, (sic) 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”. BOLÍVIA. **Nueva Constitución Política del Estado.** Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional - 2008. La Paz: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. p. 74-75. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

A possibilidade de a Jurisdição Indígena Originária Campesina fazer parte do Poder Judiciário é facultada desde o art. 1º da Constituição, o qual afirma que a Bolívia se funda na pluralidade e no pluralismo jurídico.⁵⁹⁴ Assim, conseqüentemente, pelo menos em teoria, o Estado Plurinacional respeita os sistemas jurídicos indígena e ordinário em igualdade hierárquica, sem subordinações, no quadro do pluralismo jurídico.

O exercício da mencionada Jurisdição está a cargo de suas próprias autoridades, os quais são designados com base nas práticas e procedimentos de cada comunidade. Com suporte na igualdade hierárquica entre as jurisdições, as decisões dos conflitos levados a cabo pelas autoridades indígenas e, como já mencionamos, não podem ser revistas pela Jurisdição Ordinária, uma vez que têm força de coisa julgada e, portanto, seu cumprimento é obrigatório – nesse sentido, tem-se que: “Toda autoridade pública ou pessoa deve cumprir as decisões da Jurisdição Indígena Originária Campesina” (Art. 192, I, da Constituição Política do Estado - CPE).⁵⁹⁵ As resoluções só podem ser revistas pela justiça constitucional, ou seja, pelo Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), órgão máximo que tem como missão assegurar o respeito e o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição.

Do mesmo modo, as autoridades responsáveis pelos julgamentos possuem o mandato amparado na Constituição, para o exercício da atividade em suas respectivas comunidades, aplicando os princípios e as garantias fundamentais em um juízo de um Estado de Direito Plurinacional Comunitário. O processo permitirá, assim, que as controvérsias possam ser solucionadas nos territórios comunitários a partir das vivências comunitárias e com respeito a alguns padrões que não destoem das previsões constitucionais.

Atualmente a jurisprudência constitucional desenvolveu a configuração constitucional do novo Estado, com reconhecimento da condição das nações e povos indígenas originários campesinos, cuja plurinacionalidade se baseia em 3 (três) pilares fundamentais: a) Direitos das nações e povos indígenas originários campesinos (arts. 30, 31 e 32 do CPE); b) Jurisdição indígena originária campesina

⁵⁹⁴ BOLÍVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**. Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional – 2008. La Paz: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. p. 13. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

⁵⁹⁵ “Artículo 192. I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina”. *Ibid.*, p. 75.

(arts. 190, 191 e 192 do CPE); c) Autonomia indígena originária campesina (arts. 289 a 296 do CPE).⁵⁹⁶

Dentre as questões mais complexas dessa temática está a autoridade para julgar os indígenas. O debate que garantia que as autoridades indígenas originárias campesinas podiam julgar qualquer tipo de matéria, com competência para conhecer todo tipo de relação jurídica, não constou da redação final da Constituição de 2009.

A enunciação constitucional foi muito positiva dentro da perspectiva do pluralismo jurídico, mas a regulamentação, que ficou a cargo de lei posterior, ainda é objeto de controvérsias e fonte de contradições. No âmbito constitucional, artigo 191, II, ficaram enunciados âmbitos de vigência da jurisdição indígena, sendo eles: pessoal (membros das comunidades, na qualidade de demandados, denunciantes, denunciados ou imputados, recorrentes ou recorridos), material (assuntos indígena originário campesinos conforme estabelecido na lei de deslinde) e territorial (relações e fatos realizados ou com efeitos produzidos dentro da jurisdição indígena).

A Constituição estabelece, ainda, o dever de toda autoridade pública de acatar as decisões da jurisdição indígena, inclusive na prestação de apoio, quando solicitado. Finalmente, a Constituição determina, em seu art. 410, uma hierarquia jurídica, com a própria Constituição no nível mais elevado, seguida pelos tratados internacionais e após, pelas leis nacionais, estatutos autonômicos (dos Territórios Indígena Originário Campesino regularmente constituídos), leis infranacionais e jurisdição indígena, todas estas fontes normativas no mesmo nível.⁵⁹⁷

Significa dizer que a Constituição Política do Estado Boliviano reconhece a suprallegalidade e supraconstitucionalidade dos Tratados e instrumentos internacionais sobre direitos humanos, visando a fortalecer o sistema de garantia interna, além de aderir ao sistema de garantia interamericano através da jurisprudência do Tribunal Constitucional que incorporou o Controle de Convencionalidade, aceitando a vinculação das resoluções da CIDH no sistema regulatório interno (art. 13º do CPE e 5º da Lei 073/2010).

Nesse sentido, provavelmente o maior obstáculo à construção do pluralismo jurídico ocorreu no processo legislativo da Lei de Deslinde (Lei nº 073 de 29 de

⁵⁹⁶ LIMA, Alan E. Vargas. **La Justicia Constitucional en el Estado Plurinacional**. Cochabamba, BO: Kipus, 2017. p. 32.

⁵⁹⁷ BOLIVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**. Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional – 2008. La Paz: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022. *passim*.

dezembro de 2010), que deveria regulamentar a nova ordem jurídica pluralista, com fundamento na igualdade entre as jurisdições ordinária e indígena originária campesinas.⁵⁹⁸ No entanto, a Lei de Deslinde criou diversos limites ao exercício da justiça originária indígena, os quais não foram previstos na Constituição, e, em alguns casos, até contrários ao texto constitucional.⁵⁹⁹

Artículo 8. (ÁMBITOS DE VIGENCIA).

La jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce en los ámbitos de vigencia personal, material y territorial, cuando concurren simultáneamente.

Artículo 9. (ÁMBITO DE VIGENCIA PERSONAL).

Están sujetos a la jurisdicción indígena originaria campesina los miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

Artículo 9. (ÁMBITO DE VIGENCIA PERSONAL). Están sujetos a la jurisdicción indígena originaria campesina los miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

Artículo 10. (ÁMBITO DE VIGENCIA MATERIAL).

a) La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación.

I. El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias:

II. En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;

III. En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;

IV. Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;

V. Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.

⁵⁹⁸ BOLIVIA. **Ley n° 073, Ley de 29 de diciembre de 2010.** Ley de Deslinde Jurisdiccional. Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz: Palacio de Gobierno, 2010b. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscarg/ley%20deslinde%20jurisdiccional>. Acesso em: 05 set. 2022.

⁵⁹⁹ FERRAZZO, Débora; LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo jurídico e interpretação plural na jurisdição constitucional boliviana. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 2645-2646, 2017.

A aplicação da Lei de Deslinde Jurisdiccional no país vem se apresentando como um poderoso instrumento de limitação das garantias constitucionais conferidas aos povos e nações indígenas, como pode se observar, por exemplo, na exigência de simultaneidade entre os 3 (três) âmbitos de vigência da jurisdição indígena: o material, o pessoal e o territorial (Lei nº 073, art. 8º).⁶⁰⁰ Fato é que a própria Constituição não requer tal simultaneidade, sendo esta, portanto, resultado de uma interpretação restritiva das garantias estabelecidas no texto constitucional.

Outro ponto diz respeito à vigência pessoal, a qual só alcança os membros da nação ou povo indígena onde se pretenda exercer a jurisdição originária. A redação do texto legislativo pode ensejar igualmente interpretação restritiva, em que se espera que todas as partes envolvidas no conflito pertençam à mesma nação ou povo. A enunciação constitucional, nesse sentido, é mais clara, pois indica que basta que uma das partes integre a nação ou povo indígena para habilitar sua vigência jurisdiccional, conforme o artigo 191, II: “Estão sujeitos a esta jurisdição os membros da nação ou povo indígena originário campesino, sejam eles autores ou réus, denunciante ou reclamados, denunciados ou acusados, recorrentes ou recorridos” (tradução nossa).⁶⁰¹

Observa-se também a configuração problemática da vigência material na norma infraconstitucional, segundo a qual a jurisdição indígena será competente em matérias, assuntos ou conflitos que historicamente conhecem sob suas normas (Lei 073, art. 10, I),⁶⁰² além da exclusão explícita de diversas matérias, o que acabou por reservar à jurisdição indígena competências residuais, inclusive frente às demais jurisdições do país (ordinária e agroambiental), o que contraria a determinação constitucional de igualdade entre os sistemas de justiça, garantida no artigo 179, II.⁶⁰³

Apesar disso, conforme demonstra um estudo que analisou as Sentenças Constitucionais Plurinacionais nº 0006/2019, de 6 de fevereiro, 051/2022, de 17 de

⁶⁰⁰ BOLÍVIA. **Ley nº 073, Ley de 29 de diciembre de 2010.** Ley de Deslinde Jurisdiccional. Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz: Palacio de Gobierno, 2010b. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscarg/ley%20deslinde%20jurisdiccional>. Acesso em: 05 set. 2023.

⁶⁰¹ “**Artículo 191.** [...] II. La jurisdicción indígena originario campesino se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial: 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, recurrente o recurrido”. BOLÍVIA. **Nueva Constitución Política del Estado.** Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional – 2008. La Paz: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. p. 74-75. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

⁶⁰² BOLÍVIA, *op. cit.*, 2010b.

⁶⁰³ BOLÍVIA, *op. cit.*, 2008. p. 70.

fevereiro. 058/2022 de 12 de setembro, 060/2022 de 19 de setembro, 061/2022 de 19 de setembro, 070/2022 de 24 de outubro e 003/2023 de 3 de janeiro, a linha jurisprudencial do Tribunal Constitucional tem se consolidado no sentido de reconhecer que a competência da jurisdição indígena originária campesina se define, simultaneamente, em razão da matéria, do território e das pessoas, nos termos do art. 8º da Lei de Deslinde Jurisdiccional.⁶⁰⁴

Por fim, é importante assinalar que, de forma bastante positiva, a Lei de Deslinde Jurisdiccional também incluiu limites coerentes com o mínimo jurídico comum a todas as jurisdições constitucionalmente reconhecidas, ao estabelecer que: a) devem respeitar, promover e garantir o direito à vida, e os demais direitos e garantias reconhecidos pela Constituição; b) respeitar e garantir o exercício dos direitos das mulheres, sua participação, decisão, presença e permanência, tanto no acesso igual e justo a cargos como controle, decisão e participação na administração da justiça; c) proibir e sancionar qualquer forma de violência contra meninas, meninos, adolescentes e mulheres. Do mesmo modo, o linchamento é reconhecido como uma violação dos Direitos Humanos, não é permitido em nenhuma jurisdição e deve ser prevenido e sancionado pelo Estado Plurinacional (Lei nº 073, art. 5º)⁶⁰⁵.

Especificamente em relação às autoridades da jurisdição camponesa indígena original, a lei estabelece que elas não aplicarão penalidades que estabeleçam perda de terras, expulsão de idosos ou pessoas com deficiência, por descumprimento de deveres comunitários, cargos, contribuições e trabalho comunitário.⁶⁰⁶

Outros destaques positivos referem-se à determinação estabelecida na/pela lei, o caráter vinculante das decisões emanadas da jurisdição indígena originária campesina e o dever inescusável de cooperação, sempre que requisitado pelas distintas jurisdições.⁶⁰⁷

⁶⁰⁴ GUERECA, Rommel Palacios. Análisis jurisprudencial sobre conflictos de competencias promovidos ante el Tribunal Constitucional por las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente. **Revista de Ciencia, Tecnología e Innovación**, [S. l.], v. 21, n. 28, p. 85-94, 2023.

⁶⁰⁵ BOLÍVIA. **Ley nº 073, Ley de 29 de diciembre de 2010**. Ley de Deslinde Jurisdiccional. Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz: Palacio de Gobierno, 2010b. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscarg/ley%20deslinde%20jurisdiccional>. Acesso em: 05 set. 2022.

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ FERRAZZO, Débora; LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo jurídico e interpretação plural na jurisdição constitucional boliviana. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 2645, 2017.

5.3 O Tribunal Constitucional Plurinacional: estrutura orgânica

O Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), criado pelo art. 196 da Constituição de 2009, está no ápice do Sistema Jurisdiccional boliviano, com a atribuição de assegurar a supremacia da Constituição, exercer o controle de constitucionalidade e salvaguardar o respeito e a validade dos direitos e garantias constitucionais. Sua competência e desenho institucional buscam consolidar a materialização não só da Constituição como texto escrito, mas essencialmente dos valores plurais e do *Vivir Bien*. Além disso, tendo como pressuposto a refundação do Estado, uma de suas tarefas consiste em garantir os direitos coletivos das nações e povos indígenas originários campesinos.⁶⁰⁸

O TCP é composto por nove magistrados titulares (as) e nove magistrados (as) suplentes,⁶⁰⁹ escolhidos por meio de um complexo processo que envolve, especialmente, a Assembleia Legislativa Plurinacional e a participação popular, pelo sufrágio universal. A escolha dos magistrados, além de outros requisitos que serão trabalhados oportunamente, deve observar critérios de gênero e de plurinacionalidade, com representação do sistema indígena originário campesino.⁶¹⁰ Os magistrados escolhidos são nomeados para um mandato de 6 anos, proibida a recondução.

A Lei nº 27/2010 (alterada pela Lei nº 254/2012 – Código de Processo Constitucional e Lei nº 929/2017), organiza e regulamenta o Tribunal Constitucional Plurinacional, atribuindo-lhe o papel de guardião da Constituição e intérprete supremo da lei fundamental, “sem prejuízo da faculdade interpretativa da Assembleia Legislativa Plurinacional, órgão depositário da soberania popular” (art. 4º, III).⁶¹¹ A única interpretação vinculante da Constituição, de acordo com o disposto

⁶⁰⁸ LIMA, Alan E. Vargas. **La Justicia Constitucional en el Estado Plurinacional**. Cochabamba, BO: Kipus, 2017. p. 175.

⁶⁰⁹ BOLÍVIA. **Ley nº 929 de 27 de abril de 2017**. La Paz: Palacio de Gobierno, 2017a. Disponível em: https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2017/07/Ley_929.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

⁶¹⁰ BOLÍVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**. Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional – 2008. p. 77-78. La Paz: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

⁶¹¹ “[...] sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular”. BOLÍVIA. **Ley nº 027 de 6 de julio de 2010**. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. La Paz: Asamblea Legislativa Plurinacional, 2010d. p. 5. Disponível em: <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/normas/ley027/ley027.pdf>. Acesso em: 5 set. 2022.

no art. 203 da CPE⁶¹² e art. 15 do Código de Processo Constitucional,⁶¹³ são as realizadas pelo Tribunal Constitucional Plurinacional por meio de suas sentenças, declarações e despachos.

No entanto, entendendo que o texto constitucional não é apenas um conjunto de regras formais, pois imersos no texto estão princípios e valores que devem nortear a atividade dos órgãos do poder público, das pessoas físicas e jurídicas, funções públicas e instituições, é possível que no desempenho de suas funções esses órgãos também interpretem a constituição, como é o caso do Poder Legislativo, que, ao legislar, deve fazê-lo de acordo com a Constituição.

Dentre os princípios que regem a Justiça Constitucional, destacam-se: a plurinacionalidade, pluralismo jurídico, interculturalidade, complementaridade, harmonia social (Constitui a base para a coesão social, a coexistência com tolerância e respeito às diferenças), independência, imparcialidade, publicidade, idoneidade, celeridade, gratuidade e cultura da paz (a administração da justiça contribui para a promoção da cultura da paz e do direito à paz através das suas resoluções) (art. 3º da Lei nº Lei nº 27/2010).⁶¹⁴

O conjunto normativo apresentado, alicerçado pela doutrina constitucional, são fundamentais para compreender o modelo de Justiça Constitucional adotado a partir de 2009, e como isso reflete no sistema de justiça constitucional. Dessa forma, três pontos são fundamentais para a análise proposta nesta tese: a) o modelo de controle de constitucionalidade; b) o modelo de escolha dos juízes; e c) a composição plural, os quais passamos a tratar.

5.3.1 O modelo de controle constitucional

Atualmente, de acordo com a regra estabelecida pelo artigo 179, inciso III do Constituição Política do Estado aprovada em 2009, a justiça constitucional é exercida pelo Tribunal Constitucional Plurinacional, garantindo-lhe a independência

⁶¹² BOLIVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**. Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional – 2008. La Paz: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

⁶¹³ BOLIVIA. **Ley nº 254 de julio de 2012**. Código Procesal Constitucional. Sucre, BO: 2012. Disponível em: <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/normas/ley254/ley254.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

⁶¹⁴ BOLIVIA. **Ley nº 027 de 6 de julio de 2010**. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. La Paz: Asamblea Legislativa Plurinacional, 2010d. p. 02. Disponível em: <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/normas/ley027/ley027.pdf>. Acesso em: 5 set. 2022.

econômica e orçamentária. Além disso, o artigo 410 da Constituição, ao proclamar o princípio da supremacia constitucional e o princípio da hierarquia da norma, implicitamente autoriza juízes e tribunais a não aplicarem a lei, decreto ou resolução que em um caso específico se mostrem incompatíveis com a Constituição.⁶¹⁵ Por outro lado, no campo do controle constitucional sobre o exercício do poder político, o Tribunal Constitucional Plurinacional tem o monopólio dessa função.

Rivera Santivañez⁶¹⁶ indica que é possível inferir que a Assembleia Constituinte decidiu manter o modelo concentrado (europeu–kelseniano) de controle constitucional, confiando esse trabalho a um organismo especializado, que é o Tribunal Constitucional Plurinacional, embora com algumas características do modelo americano de revisão judicial:

[...] los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria cumplirán un papel importante en el control correctivo de las normas, promoviendo de oficio o a instancia de parte el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad en aquellos casos en los que exista una duda razonable sobre la compatibilidad de la ley, con la que dictará sentencia em el proceso judicial que tramite, con las normas de la Constitución; situación en la que realizaran un primer análisis y juicio de constitucionalidad para decidir si promovían o no el recurso..⁶¹⁷

Nesse sentido, Santivañez⁶¹⁸ afirma que o modelo adotado pelo Estado República Plurinacional da Bolívia não é um modelo puro, já que mantém os resquícios do Modelo Americano (difuso). Esta posição certamente concorda com a tese adotada pelo jurista por Segado⁶¹⁹, quando aponta que atualmente não é mais possível encontrar modelos “puros” de controle de constitucionalidade nos países da América Latina.

Apesar disso, importa esclarecer que a Lei n.º 254 (Código de Processo Constitucional) mantém em seu conteúdo alguns dispositivos que apontam para adoção exclusiva do controle concentrado de constitucionalidade na Bolívia, quando

⁶¹⁵ RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio. La justicia constitucional en el nuevo modelo de Estado Boliviano. In: BOGDANDY, Armin von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES, Antoniazzi (coord.). **La Justicia Constitucional y su Internacionalización**. ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina? México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010. t. 1, p. 651.

⁶¹⁶ *Ibid.*, t. 1, p. 645-680.

⁶¹⁷ *Ibid.*, t. 1, p. 651.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 651.

⁶¹⁹ SEGADO, Francisco Fernández. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano:(extracto del libro: la Constitución Española en el contexto constitucional Europeo. **Pensamiento Constitucional**, [S. /], n. 11, p. 30, 2005.

estabelece que em caso de dúvida sobre a constitucionalidade de uma norma de direito a ser aplicada ao caso concreto, o juiz deverá promover imediatamente a incidente de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Plurinacional.⁶²⁰

Assim, configurou-se um sistema plural de controle de constitucionalidade, com bases marcadamente no sistema jurisdicional concentrado de controle constitucional, no entanto, um componente *plural* é adicionado (para o reconhecimento da estrutura societária diversa) e *inclusiva* (de acordo com o princípio da igualdade e não discriminação), cujo objetivo é justamente garantir a validade do pluralismo como elemento fundador do Estado e também com o propósito de garantir, através de interpretação constitucional, o modelo de constitucionalismo forte baseado na justiça e na igualdade.⁶²¹

O sistema jurisdicional plural de controle de constitucionalidade é inspirado essencialmente nos postulados do pluralismo, interculturalidade e descolonização, como fatores definidores do modelo de Estado Plurinacional. Dentro deste quadro, e de acordo com o acima referido, o sistema é concebido, numa análise vertical, por três compartimentos específicos: a) a base do sistema é composta por autoridades jurisdicionais administrativas e autoridades dos povos indígenas campesinos originários, que são os primeiros garantes e controladores do respeito pelos direitos fundamentais; b) No compartimento intermediário deste sistema, estão os juízes e tribunais de garantias, responsáveis por conhecer as Ações de Defesa (ações tutelares), que assumem o controle intermediário de constitucionalidade como "juízes e tribunais de garantias constitucionais", especializados em matérias de proteção dos direitos fundamentais; c) No terceiro nível de controle de constitucionalidade, está o Tribunal Constitucional Plurinacional, como guardião máximo e intérprete supremo da Constituição, bem como garantidor pleno dos Direitos Fundamentais e Garantias Constitucionais estabelecidas pela Constituição.

O controle plural de constitucionalidade apresenta-se como sistema jurisdicional *sui generis*, uma vez que não é puramente difuso, tampouco exclusivamente concentrado, pois, em primeiro nível, os juízes e também as autoridades administrativas interpretam a legalidade ordinária à luz do bloco de constitucionalidade em virtude do princípio da aplicação direta da Constituição

⁶²⁰ LIMA, Alan E. Vargas. **La Justicia Constitucional en el Estado Plurinacional**. Cochabamba, BO: Kipus, 2017. p. 170-171.

⁶²¹ *Ibid.*, p. 173.

(postulado próprio deste modelo constitucional de justiça e igualdade), aspecto que torna esse controle um sistema combinado com bases pluralistas sólidas.⁶²²

Do exposto, deve-se especificar que, conforme previsto no artigo 202 da Constituição de 2009, as competências do Tribunal Constitucional, como ocorreu na Constituição de 1994, abrangem essencialmente três áreas: primeiro, o controle normativo (preventivo e repressivo); segundo, controle do exercício do poder público, e terceiro, a tutela ou proteção de direitos e garantias como parte do bloco de constitucionalidade.^{623_624:}

- a) de acordo com os poderes conferidos pela Constituição e pela Lei nº 27,⁶²⁵ o TCP exerce controle sobre a constitucionalidade de todos os dispositivos legais, sejam estas Leis, Estatutos Autônomos, Cartas Orgânicas, Decretos e todos os tipos de Resoluções Extrajudiciais, declarando sua inconstitucionalidade com caráter geral ou *erga omnes* e o efeito derogatório ou revogatório, conforme o caso. O Controle normativo preventivo é exercido antes da aprovação do respectivo dispositivo legal, em todos os casos em que haja dúvida fundada sobre sua constitucionalidade. Para tanto, a Lei TCP previu as seguintes ações: a) as consultas do Presidente do Estado Plurinacional, do Presidente da Assembleia Legislativa Plurinacional, de o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça ou do Tribunal Agroambiental, sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos projetos de lei (atribuição 8º, do art. 12 da Lei

⁶²² BELLIDO, María Elena Attard *et al.* La justiciabilidad de los DESC en el constitucionalismo de la justicia e igualdad asumido por el modelo constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia. **Lex Social: Revista de Derechos Sociales**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 95-122, 2012.

⁶²³ RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio. El papel de los Tribunales Constitucionales en la democracia. *In*: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. X Seminario Internacional: **Justicia Constitucional en el Siglo XXI**. Memoria n. 11. Sucre, BO: Imprenta IMAG, 2008. p. 240.

⁶²⁴ O bloco de constitucionalidade vigente no Estado Plurinacional da Bolívia é composto, de forma enunciativa e não limitativa, pelos seguintes compartimentos: i) A Constituição como norma jurídica; ii) Tratados e convenções internacionais para a proteção dos direitos humanos Humanos; iii) as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos; iv) as normas de Direito Comunitário ratificadas pelo país; e, v) os princípios e valores plurais supremos inferidos do caráter intercultural e do pluralismo axiomático contemplado na ordem constitucional. LIMA, Alan E. Vargas. **La Justicia Constitucional en el Estado Plurinacional**. Cochabamba, CO: Kipus, 2017. p. 90-91.

⁶²⁵ BOLIVIA. **Ley nº 027 de 6 de julio de 2010**. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. La Paz: Asamblea Legislativa Plurinacional, 2010d. Disponível em: <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/normas/ley027/ley027.pdf>. Acesso em: 5 set. 2022; BOLIVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**. Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional – 2008. La Paz: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2023.

- TCP); b) o controle prévio de constitucionalidade na ratificação de Tratados Internacionais; c) consulta sobre a constitucionalidade do procedimento de reforma parcial da Constituição; d) controle prévio sobre a constitucionalidade dos Estatutos e Cartas Autônomas Orgânica; e) controle prévio sobre o texto das questões da convocação do referendo nacional, departamental e municipal; f) as consultas das autoridades indígenas camponesas sobre a aplicação de suas normas a um caso concreto.⁶²⁶ De outro lado, o Controle regulatório corretivo é realizado após a sanção e promulgação do respectivo dispositivo legal, nos casos em que eventualmente apresentem uma contradição ou incompatibilidade com as normas da Constituição Política do Estado (198). O TCP exerce-o no momento de conhecer e resolver: a) ações diretas ou abstratas de inconstitucionalidade sobre leis, estatutos regionais, cartas orgânicas, decretos e todo o tipo de portarias e resoluções extrajudiciais; b) ações de inconstitucionalidade indireta ou de natureza específica sobre leis, estatutos regionais, cartas orgânicas, decretos e todo o tipo de portarias e resoluções extrajudiciais; c) recursos contra impostos, taxas, patentes, direitos ou contribuições, criadas, modificadas ou excluídas em violação do estabelecido na Constituição Política do Estado;
- b) o exercício do controle do poder público ou competencial de constitucionalidade visa a estabelecer um equilíbrio no exercício do poder político, resolvendo conflitos constitucionais relacionados aos poderes atribuídos pela Constituição aos diferentes órgãos de poder público, e as novas entidades territoriais autônomas. O Tribunal Constitucional Plurinacional deve cumprir essa função, conhecendo e resolvendo: a) os conflitos de competência que possam surgir entre os órgãos do poder público (do art. 12 da Lei TCP); b) conflitos de jurisdição entre o governo plurinacional (central), entidades territoriais autônomas e descentralizadas, e entre elas; c) conflitos de jurisdição entre a jurisdição indígena originária campesina e as jurisdições ordinárias e agroambientais; d) os recursos diretos de anulação, que procedam contra qualquer ato ou deliberação de autoridade pública que

⁶²⁶ BOLÍVIA. **Ley nº 027 de 6 de julio de 2010**. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. La Paz: Asamblea Legislativa Plurinacional, 2010d. Disponível em: <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/normas/ley027/ley027.pdf>. Acesso em: 5 set. 2022.

usurpe funções que não lhe correspondam, bem como contra os atos da autoridade pública que exerça jurisdição ou poder que não emanar da Lei (do art. 12 da Lei TCP);⁶²⁷ proteção dos direitos fundamentais - Este controle tem por finalidade salvaguardar e garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais e garantias constitucionais do povo, que funcionam como limites naturais ao exercício do poder público do Estado. De acordo com o estabelecido no art. 12 da Lei nº 27,⁶²⁸ e Artigo 202 da Constituição, o Tribunal Constitucional tem competência para conhecer e resolver as seguintes ações: Liberdade, de Proteção Constitucional, Proteção da Privacidade, Popular e Conformidade. Novas competências são inseridas como ação popular e conformidade, que são uma inovação e um avanço do direito constitucional boliviano, no primeiro caso para garantir a direitos coletivos, patrimônio, espaço, segurança e meio ambiente e, no segundo caso, exigir o cumprimento de disposições constitucionais e legais por parte dos servidores públicos.⁶²⁹

5.4 Composição plural, eleição de juízes e mandato temporário como fundamento de legitimidade da Corte Constitucional: uma análise empírica da experiência boliviana

O bom funcionamento do sistema de justiça é um elemento essencial para a existência de uma democracia efetiva, na qual haja uma relação de freios e contrapesos entre poderes e respeito ao Estado de direito. Para que um sistema de justiça funcione adequadamente, a independência do poder judiciário é essencial. Por isso, vários tratados internacionais — como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos — estabelecem o direito de todas as pessoas de serem ouvidas por um tribunal competente,

⁶²⁷ BOLÍVIA. **Ley nº 027 de 6 de julio de 2010**. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. La Paz: Asamblea Legislativa Plurinacional, 2010d. p. 2. Disponível em: <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/normas/ley027/ley027.pdf>. Acesso em: 5 set. 2022.

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ SANDÓVAL, Rafael Vergara. **Un " Tribunal Constitucional " al margen de la " Constitución "**. 2022. Tese (Doutorado) -- Universitat d'Alacant/Universidad de Alicante, Alicante, 2022. *passim*.

independente e imparcial, quando acusadas de um crime ou para determinar o alcance de seus direitos ou obrigações.⁶³⁰

Neste quadro, os processos de seleção e nomeação de juízes são uma peça-chave para alcançar a independência judicial, de modo que os nomeados preencham as condições que lhe permitam resistir a interferências indevidas e julgar com imparcialidade. Esses processos são particularmente importantes no caso das mais altas autoridades judiciárias, devido aos importantes poderes jurisdicionais e administrativos que possuem no sistema de justiça.

Diferentes instrumentos internacionais, como os Princípios Básicos das Nações Unidas sobre a independência do Judiciário, tratam dessa questão para estabelecer que os juízes devem ser 'pessoas íntegras e aptas' e ter 'treinamento ou qualificações jurídicas apropriadas', e que os processos de seleção devem ser orientados para a verificação dessas qualidades.⁶³¹

No mesmo sentido, o sistema da Corte Interamericana de Direitos Humanos afiança em sua jurisprudência que os processos seletivos para o judiciário devem atender a parâmetros que garantam que as pessoas escolhidas sejam as mais adequadas.⁶³² O fato é que há uma diversidade de modelos de seleção de autoridades judiciárias, apesar disso, uma lição clara é que o poder de selecionar juízes das cortes constitucionais tem sido historicamente de domínio exclusivo dos grupos que detêm o poder político.

Uma semelhança notável nas constituições em todo o mundo é a suposição compartilhada de que as autoridades judiciais devem ser politicamente independentes. Independente do modelo de seleção que cada país considere o mais adequado à sua realidade, o essencial é que sejam observados alguns parâmetros no processo de seleção, que são baseados tanto no direito internacional quanto na

⁶³⁰ BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

⁶³¹ Princípios Básicos das Nações Unidas sobre a Independência do Judiciário, adotado pelo Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Milão, Itália, de 26 de agosto a 6 de setembro de 1985, confirmado pela Assembleia Geral em suas resoluções 40/32 de 29 de novembro de 1985 e 40/146 de 13 de dezembro de 1985. OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). **Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura**. [S. l.]: OHCHR, 6 sept. 1985. Disponível em: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary>. Acesso em: 05 set. 2022.

⁶³² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia**. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas. [S. l.]: CIDH, 5 dic. 2013. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/ope>. Acesso em: 05 set. 2022.

experiência adquirida nas últimas décadas. Tais parâmetros correspondem fundamentalmente à necessidade de designar juízes com base em seus méritos, demonstrados em um processo de seleção transparente.⁶³³

Desde as Revoluções Americana e Francesa, a revisão judicial independente surgiu como uma ferramenta constitucional amplamente aceita de limitação do Poder Executivo, levando muitas assembleias constitucionais a adotarem sistemas de seleção judicial que exigia a aprovação conjunta de ambos os poderes eleitos, comumente com aprovação da maioria.⁶³⁴

Contemporaneamente, em alguns países, como Costa Rica e Uruguai, o Legislativo é o responsável pela nomeação dos juízes. Na Jamaica, Barbados e Canadá, o principal ator é o Executivo. Também são encontrados sistemas, em países como Estados Unidos, Nicarágua e Argentina, onde tanto o Executivo quanto o Legislativo participam. Em outros modelos, o Legislativo atua em conjunto com outros atores —sociedade civil, como é o caso de Honduras, ou da comunidade jurídica, no caso da Guatemala—, e em outros, como Peru, Colômbia, e a República Dominicana, um conselho do judiciário (ou magistratura), com um certo nível de autonomia, tem o papel principal.⁶³⁵ No Brasil, como sabemos, os membros da Suprema Corte são escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, com investidura vitalícia.

Na América Latina, houve uma variação considerável na colocação da autoridade de seleção judicial ao longo do tempo. O quadro 1 (a seguir) descreve as mudanças constitucionais nos processos de seleção judicial na região.⁶³⁶ O mais centralizado desses modelos concentra os poderes de nomeação e seleção nas mãos de uma única autoridade legislativa.

⁶³³ PÁSARA, Luis. **Elecciones judiciales en Bolivia**: una experiencia inédita. [S. l.]: Fundación para el Debido Proceso, 2014. p. 2.

⁶³⁴ DRISCOLL, Amanda; NELSON, Michael J. Crónica de una elección anunciada. Las elecciones judiciales de 2017 en Bolivia. **Política y Gobierno**, [S. l.], v. 26, n. 1, p. 42, 2019.

⁶³⁵ PÁSARA, *op. cit.*, p. 1-2.

⁶³⁶ Quadro 1: Revela as mudanças constitucionais nos processos de seleção dos juízes dos tribunais superiores na América Latina desde a independência nacional até hoje. CT denota Tribunal Constitucional e SC denota Supremo Tribunal, que pode ou não ter autoridade constitucional. † Maioria absoluta necessária para aprovação. ‡ A constituição guatemalteca de 1879 permitiu ao presidente nomear juízes da Suprema Corte que estavam sujeitos à aprovação da Assembleia Nacional e serviria um mandato de quatro anos, embora todas as futuras seleções judiciais fossem por meio de eleição popular. * As reformas constitucionais de 1921 mantiveram a eleição do Presidente do Supremo Tribunal, embora os restantes juízes tenham sido nomeados pelo Presidente e sujeitos à aprovação da Assembleia". DRISCOLL, Amanda; NELSON, Michael J. **Judicial selection and the democratization of justice: lessons from the Bolivian judicial elections**. *Journal of Law and Courts*, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 37, 2015.

Quadro 1 - Mudanças constitucionais nos processos de seleção judicial na América Latina

	Nomeação	Seleção/Aprovação	Exemplos
Processo de seleção de juízes	Legislativo	Legislativo	Nicarágua SC (1838); El Salvador SC (1841, 1983); Honduras SC (1848); Costa Rica SC (1859, 1949); Cuba SC (1967); Dom República SC (1907, 1942); Guatemala SC (1956); Uruguai SC (1917, 1942, 1951); Dom República SC (1844)†; Costa Rica SC (1847)†; Bolívia SC (1826, 1851, 1878), Bolívia CT (1994)†; Equador SC (1897)†; Uruguai SC (1934)†; Guatemala SC (1935)†; Peru CT (1993)
	Legislativo	Executivo	Peru SC (1828); Uruguay SC (1830); Bolívia SC (1843, 1861); Cuba SC (1901)
	Executivo	Legislativo	Equador SC (1830); Bolívia (1831); Peru SC (1860); Paraguai SC (1870); Colômbia SC (1886); Cuba (1901); Honduras SC (1921); Guatemala SC (1921)*; Panamá SC (1941); Chile CT(1970); Panamá SC (1972); Brasil CT (1988); Nicarágua SC (1987); México SC (1836, 1917)†; Argentina SC (1853)†; Costa Rica SC (1917)†; Chile SC (1980)†; Equador SC (1996)†, Equador CT (1996)†
	Autoridade judicial	Executivo	Chile SC (1925)
	Autoridade judicial	Legislativo	Peru SC (1979); El Salvador SC (1991); Uruguai SC (1966)†; El Salvador SC (1983)†; Honduras SC (1982)†; Guatemala SC (1985)†; Bolívia SC (1994)†; Peru CT(1993)†; Paraguai (1997)†
	Autoridade Judicial Nomeia e Selecciona unilateralmente	Autoridade Judicial (Nomeia e Selecciona unilateralmente)	Colômbia SC (1991); Peru SC (1993); Equador SC (2008); República do Sol CT (2010)
	Várias instituições nomeiam e	selecionam unilateralmente	Chile CT (1980, 2005); Colombia CT (1991)
	Várias instituições e Grupos de Cidadãos	Legislativo/Executivo	Bolívia (1839); Cuba SC (1940); Guatemala CT (1985); Venezuela (1999); Ecuador CT (2008); Colombia CT(2009)
	Legislativo	Eleição direta	Bolívia CT, Bolívia SC (2009)
	Eleição direta	Legislativo	Mexico SC (1824)
		Eleição direta	Costa Rica (1821); El Salvador SC (1824); Honduras SC (1825); Guatemala SC (1825); Nicaragua SC (1824); Guatemala SC (1879)‡

Fonte: Driscoll e Nelson.⁶³⁷

⁶³⁷ DRISCOLL, Amanda; NELSON, Michael J. Judicial selection and the democratization of justice: lessons from the Bolivian judicial elections. **Journal of Law and Courts**, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 37, 2015.

Na Bolívia, como em quase todos os países latino-americanos, a nomeação de juízes, como já mencionado, sempre foi uma prerrogativa do grupo político no exercício do poder. Existe um vínculo entre quem detém o poder e quem deve decidir sobre a liberdade e o patrimônio dos cidadãos. De acordo com essa longa tradição, no caso boliviano, até a reforma constitucional de 1994, os Ministros do Supremo Tribunal de Justiça eram nomeados pela Câmara dos Deputados a partir de listas propostas pela Câmara dos Senadores; os membros do Tribunal Supremo de Justiça foram indicados pela Câmara dos Senadores a partir de listas apresentadas pelo próprio Tribunal, já os juízes de primeira instância foram nomeados pelo Tribunal Supremo de Justiça.⁶³⁸ Na a reforma constitucional de 1994, os ministros do Tribunal Constitucional eram nomeados pelo Congresso, pelo voto de dois terços do total de seus membros.⁶³⁹

A Constituição promulgada em fevereiro de 2009 estabeleceu um sistema inédito: a eleição de autoridades judiciárias por voto popular. A Bolívia é o único país do mundo a eleger seus juízes nacionais, mas não é o primeiro país a adotar esta convenção institucional. Haynes⁶⁴⁰ relata que o sistema de eleições foi adotado na França em 1790. Eleições judiciais também foram adotadas na maior parte da América Central após a independência da Espanha no início da década de 1820. Assim como a França, esses países logo abandonaram as eleições diretas em favor de um processo centralizado, no qual o legislativo tanto nomeia quanto seleciona juízes dos tribunais superiores.⁶⁴¹

A insatisfação generalizada com o governo representativo e a desintegração dos sistemas partidários tradicionais levaram os reformadores tanto na Venezuela (1999), Equador (2008) com modificações de 2011) e Bolívia (2009) a priorizarem a participação de uma ampla base de cidadãos em seus processos de seleção judicial. O objetivo dessas reformas é 'democratizar' o sistema de justiça, garantindo a participação do cidadão no processo de seleção judicial para ampliar a confiança nos tribunais nacionais.

⁶³⁸ BOLÍVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**. Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional – 2008. La Paz: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. p. 301-375. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 398.

⁶⁴⁰ HAYNES, Evan. **The selection and tenure of judges**. [S. l.]:The Lawbook Exchange, 2005.

⁶⁴¹ DRISCOLL, Amanda; NELSON, Michael J. Judicial selection and the democratization of justice: Lessons from the Bolivian judicial elections. **Journal of Law and Courts**, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 4, 2015.

Com a promulgação da nova Constituição Política do Estado (CPE) em fevereiro de 2009, a Bolívia considerou avançar para um novo modelo de justiça, estabelecendo como um dos fins e funções essenciais do Estado "constituir uma sociedade justa e harmoniosa, fundada na descolonização, sem discriminação ou exploração, com plena justiça social, para consolidar a identidades plurinacionais" (art. 9º, § 1º, CPE).⁶⁴² O Judiciário recebe um novo desenho institucional, fundado na ideia de plurinacionalidade, pluralismo jurídico e abertura democrática no processo de seleção dos magistrados por meio de eleição direta dos juízes nacionais.

Os reformadores anunciaram a adoção de eleições judiciais como uma "democratização da justiça", pela qual a independência institucional seria assegurada. Acreditava-se que a eleição direta de juízes injetaria nova vida e legitimidade a um sistema judiciário historicamente marcado por uma frágil legitimidade democrática – expandindo seu grau de legitimidade política, dentro das suas possibilidades fáticas.

É possível afirmar que este sistema eleitoral constitui uma inovação no sistema latino-americano contemporâneo⁶⁴³ e que dificilmente encontra comparação em outro Estado do mundo, já que, embora em países como Estados Unidos e Suíça haja experiências de eleição de juízes por voto popular, os juízes que compõem os Tribunais Constitucionais não são eleitos por esse sistema.⁶⁴⁴

Inicialmente, a Lei nº 27/2010, ao regulamentar o art. 197 da Constituição, estabeleceu que o Tribunal Constitucional Plurinacional será composto por sete magistrados (as) titulares e sete magistrados (as) suplentes, sendo que pelo menos

⁶⁴² "Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales". BOLIVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**. Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional – 2008. La Paz: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. p. 14. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

⁶⁴³ Embora a Bolívia seja o único país que atualmente adotou eleições judiciais em escala nacional, também não é o primeiro nem o último país a considerar esta reforma. Hugo Chávez propôs a eleição direta de Magistrados durante seu mandato como Presidente da Assembleia Constituinte venezuelana, embora esta proposta não tenha sobrevivido ao processo de redação da constituição (Latin American Weekly Report. 1999. "Chávez expresses some of his ideas for the new constitution." Latin American Weekly Report WR-99-31:368–369). Em 2013, a Argentina aprovou uma lei que convocaria a eleição direta de 12 dos 19 membros do conselho judiciário nacional, embora a lei tenha sido declarada inconstitucional pela Suprema Corte Argentina antes de entrar em vigor. DRISCOLL, Amanda; NELSON, Michael J. Judicial selection and the democratization of justice: Lessons from the Bolivian judicial elections. **Journal of Law and Courts**, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 5, 2015.

⁶⁴⁴ PÁSARA, Luis. **Elecciones judiciales en Bolivia: una experiencia inédita**. [S. l.]: Fundación para el Debido Proceso, 2014. p. 2.

dois magistrados (as) obrigatoriamente provenientes do sistema indígena originário campesino,⁶⁴⁵ eleitos pelo voto universal, o que foi observado no primeiro processo eleitoral realizado em 2011.

O processo eleitoral é conduzido pelo Poder Eleitoral Plurinacional, que tem a mesma hierarquia constitucional que os poderes Legislativo, Executivo e Judicial, para garantir a democracia intercultural na Bolívia (Artigos 205-208 da CPE).⁶⁴⁶

O Tribunal Supremo Eleitoral é o mais alto nível do Corpo Eleitoral e tem jurisdição nacional. O Tribunal é composto por sete membros, seis eleitos pela Assembleia Legislativa Plurinacional e um designado pelo Presidente da República para um mandato de seis anos sem a possibilidade de reeleição, sendo que pelo menos dois deles serão de origem indígena originária campesina⁶⁴⁷ (Art. 206 da Constituição).

A primeira eleição para compor o Tribunal Constitucional Plurinacional ocorreu em 16 de outubro de 2011⁶⁴⁸, tendo sido a primeira ocorrida na história da Bolívia. Naquela ocasião, quase 80% dos eleitores bolivianos votaram, contudo, a maioria depositou votos brancos ou nulos.⁶⁴⁹

Desde 2011, quando foram realizadas as primeiras eleições judiciais, a Bolívia tornou-se o único país do mundo que usa este sistema para nomear os magistrados dos mais altos tribunais do sistema judiciário. No entanto, a inovação não foi reconhecida como bem-sucedida.⁶⁵⁰ E, de fato, depois da primeira eleição, atores sociais e políticos muito diferentes, do governo e oposição, concordaram que os resultados foram insatisfatórios, embora divergissem as razões explicativas das insuficiências. Os principais pontos, além da constatação de que a administração da justiça não havia melhorado, referiam-se à interferência política na designação de candidatos, ignorância cidadã sobre os méritos dos candidatos, a qualidade

⁶⁴⁵ BOLÍVIA. **Ley nº 027 de 6 de julio de 2010**. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. La Paz: Asamblea Legislativa Plurinacional, 2010d. p. 02. Disponível em: <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/normas/ley027/ley027.pdf>. Acesso em: 5 set. 2022.

⁶⁴⁶ BOLÍVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**. Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional – 2008 p. 79-80. La Paz: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 64.

⁶⁴⁸ Sobre as eleições judiciais de 2011 consultar: PÁSARA, Luis. **Elecciones judiciales en Bolivia: una experiencia inédita**. [S. l.]: Fundación para el Debido Proceso, 2014.

⁶⁴⁹ LORENZO G. Ángel Haraol. Elecciones judiciales en el Estado Plurinacional de Bolivia III: el resultado final. **Revista Andina de Estudios Políticos**, Lima, n. 10, p. 15, oct./nov. 2011.

⁶⁵⁰ SANDÓVAL, Rafael Vergara. **Un Tribunal Constitucional al margen de la Constitución**. 2022. f. 309. Tese (Doutorado) -- Universitat d'Alacant/Universidad de Alicante, 2022.

profissional dos magistrados eleitos e a falta de vigilância social sobre o processo.⁶⁵¹ Dessa forma, ao longo dos seis anos decorridos entre a primeira e a segunda eleição de autoridades, surgiram várias propostas para modificar o mecanismo, inclusive substituindo-o por outro.

Apesar disso, a eleição popular foi mantida, mas houve substancial alteração do sistema normativo. Assim, em 27 de abril de 2017, foi promulgada a Lei nº 929, que altera as leis 025, do Poder Judiciário, 027, do Tribunal Constitucional Plurinacional e 026 do Regime Eleitoral. Com a nova lei, o TCP passa a ser composto por nove magistrados (as) titulares e nove magistrados (as) suplentes, divididos em quatro salas. A eleição passou de circunscrição nacional à departamental, de forma que cada um dos nove Departamentos em que se divide o território do país passou a eleger um magistrado para integrar a Corte Constitucional (art. 4º da Lei nº 929/2017).⁶⁵²

O procedimento para escolha dos juízes do TCP está disciplinado na Constituição, Lei nº 27/2010 (Lei do Tribunal Constitucional Plurinacional), Lei nº 929/2017 e Regulamentos do Órgão Eleitoral Plurinacional, e pode ser dividido em duas fases, as quais passamos a abordar.

5.4.1 Processo eleitoral - Primeira fase (pré-seleção)

O processo para eleição dos juízes que comporão o Tribunal Constitucional Plurinacional se inicia na Assembleia Legislativa Plurinacional, que receberá as propostas dos candidatos, os quais podem apresentar-se individual e diretamente ou por meio de organizações da sociedade civil ou nações indígenas, por universidades públicas ou privadas, associações profissionais e instituições civis devidamente reconhecidas.⁶⁵³

Os candidatos ao Tribunal Constitucional Plurinacional disputarão a eleição em nível regional.⁶⁵⁴ Os nove mais votados serão os Magistrados titulares do Tribunal Constitucional Plurinacional e os nove candidatos seguintes na votação

⁶⁵¹ FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO. **Elecciones judiciales en Bolivia**: aprendimos la lección? Massachusetts: Due Process of Law Foundation, 2017. p. 04. PÁSARA, Luis. **Elecciones judiciales en Bolivia**: una experiencia inédita. [S. l.]: Fundación para el Debito Proceso, 2014.

⁶⁵² BOLIVIA. **Ley nº 929 de 27 de abril de 2017**. La Paz: Palacio de Gobierno, 2017a. Disponível em: https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2017/07/Ley_929.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

⁶⁵³ BOLIVIA. **Reglamento de preselección de candidatas e candidatos para la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional y Tribunal Supremo de Justicia**. La Paz: Órgano Electoral Plurinacional, 2017b. Art. 11, p. 9. Disponível em: <http://senado.gob.bo/sites/default/files/REGLAMENTO%20PRESELECCIO%2024062017.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2022.

⁶⁵⁴ BOLIVIA, *op. cit.*, 2017a.

serão suplentes. A Constituição estabelece que pelo menos dois magistrados virão do sistema indígena originário campesino por autoidentificação.⁶⁵⁵ Por fim, os eleitos cumprirão mandatos de seis anos sem direito à reeleição.

A Constituição prevê expressamente a figura dos magistrados suplentes para substituir os magistrados titulares em caso de ausência, que pode ser temporária ou definitiva. No entanto, a Constituição proíbe expressamente que esses juízes substitutos recebam remuneração enquanto não substituam o titular e, enquanto isso, podem exercer a sua profissão de advogado ou outras funções, o que se justifica pela necessidade de gerar renda, porém, por outro lado, é possível que a atividade desenvolvida crie algum conflito de interesses.

Para ser elegível para o Tribunal Constitucional Plurinacional, o candidato deve cumprir os seguintes requisitos: 1) Ter nacionalidade boliviana; 2) Ter pelo menos 35 anos; 3) Ter cumprido funções militares (exigido apenas para os homens); 4) Não ter acusação executada ou condenação em matéria penal pendente de cumprimento; 5) Não ser incluído nos casos de proibição, inelegibilidade ou incompatibilidade estabelecida na Constituição; 6) Estar inscrito no registo eleitoral; 7) Falar pelo menos duas línguas oficiais do país no âmbito do que está estabelecido na Constituição; 8) Possuir diploma de Direito e Registro Público de Advogado; 9) Possuir especialização ou experiência comprovada de pelo menos oito anos nas disciplinas de Direito Constitucional, administrativo ou Direitos Humanos.⁶⁵⁶

Outros requisitos foram criados pela legislação infraconstitucional, o primeiro foi introduzido pela art. 18. II. 3º da Lei nº 27, que estabelece ser inelegível o profissional que tenha atuado na defesa de pessoas condenadas pela prática de crimes contra o Estado, ter participado na formação de governos ditatoriais ou ter patrocinado processos de entrega ou alienação de recursos naturais de patrimônio nacional. O segundo consta do regulamento interno para a pré-seleção de candidatos à formação dos tribunais superiores, que proíbe candidatura de advogados que tenham atuado na defesa de pessoas condenadas pela prática de crimes de narcotráfico, com exceção de defensores de ofício e defensores

⁶⁵⁵ BOLÍVIA. **Ley nº 027 de 6 de julio de 2010**. Art. 13 e 20. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. La Paz: Assembleia Legislativa Plurinacional, 2010d. p. 5. Acesso em: 22 jan. 2022.

⁶⁵⁶ BOLÍVIA. **Reglamento de preselección de candidatas e candidatos para la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional y Tribunal Supremo de Justicia**. La Paz: Órgano Electoral Plurinacional, 2017b. (Artigo 10). Disponível em: <http://senado.gob.bo/sites/default/files/REGLAMENTO%20PRESELECCIO%2024062017.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2022.

públicos.⁶⁵⁷ Com as proibições impostas, os advogados ficam obrigados a abster-se de atuar no atendimento profissional dos acusados dos crimes supracitados, o que constitui grave violação ao direito ao trabalho dos advogados, assim como ao direito de defesa do acusado.

O cumprimento dos requisitos será examinado pela Assembleia Legislativa Plurinacional, que publicará a lista de candidatos habilitados a participarem da primeira fase do processo – a qualificação de mérito⁶⁵⁸. Esta etapa é composta pelas fases de avaliação curricular, avaliação escrita e entrevista, as quais serão realizadas em sessões públicas, amplamente divulgadas, inclusive com a obrigatoriedade de registro audiovisual.⁶⁵⁹ O processo de avaliação terá um valor de 100 pontos distribuídos da seguinte forma: a) avaliação curricular - 40 pontos; b) avaliação escrita - 30 pontos; e c) entrevista - 30 pontos. Os critérios de pontuação da análise curricular incluem as seguintes áreas: especialização (Formação Acadêmica e Produção Intelectual); experiência profissional (trajetória profissional geral e trajetória profissional específica) e qualidade da autoridade indígena campesina.⁶⁶⁰

A etapa de qualificação do mérito é uma etapa excludente para os participantes. A soma obtida nesta fase será adicionada com a ponderação do exame escrito para que eles possam ser qualificados para a entrevista. A Comissão Conjunta entrevistará cada candidato qualificado com o objetivo de avaliar seu conhecimento oralmente, desenvolvimento, capacidade de argumentação, análise e comunicação, conhecimento da área, gestão e propostas. O resultado será publicado em uma lista em ordem alfabética e por departamento para cada posição convocada, bem como a qualificação de cada candidato que não deve ser inferior a 56 (cinquenta e seis) pontos.

Na sequência, a Assembleia Legislativa Plurinacional, pelo voto de dois terços dos seus membros, realizará a pré-seleção de quatro (4) postulantes para cada

⁶⁵⁷ BOLIVIA. **Ley nº 027 de 6 de julio de 2010**. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. La Paz: Asamblea Legislativa Plurinacional, 2010d. p. 02. Disponível em: <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/normas/ley027/ley027.pdf>. Acesso em: 05 set. 2022.

⁶⁵⁸ BOLIVIA. **Reglamento de preselección de candidatas e candidatos para la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional y Tribunal Supremo de Justicia**. La Paz: Órgano Electoral Plurinacional, 2017b. (Art. 2º, inciso III). Disponível em: <http://senado.gob.bo/sites/default/files/REGLAMENTO%20PRESELECCIO%2024062017.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2022.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, (Art. 18).

⁶⁶⁰ *Ibid.*, (Art. 19).

Departamento, garantindo que 50% (cinquenta por cento) deles sejam mulheres e pelo menos uma pessoa seja integrante do sistema indígena originário campesino.⁶⁶¹

As últimas eleições para o Tribunal Constitucional foram realizadas em 2017. Em 1º de maio daquele ano foi publicado o edital eleitoral com prazo para inscrição de candidaturas, originalmente previsto para o dia 26 de maio, mas acabou sendo prorrogado até 9 de junho em razão do baixo número de inscritos. Vencido o prazo prorrogado, os registros de candidatura não viabilizaram o cumprimento das cotas de igualdade de gênero e a representação dos povos indígenas originários campesinos.⁶⁶²

Na tentativa de solucionar o problema e viabilizar as eleições, a Assembleia Legislativa aprovou, em 23 de junho, a Lei nº 960, que cria o regime transitório para o processo de pré-seleção e eleição que já estava em curso. Esta lei adiou o dia da eleição, originalmente marcada para 16 de outubro, para 3 de dezembro do mesmo ano (2017). O regime transitório também modificou as garantias relacionadas à participação indígena nas candidaturas, ao prever que a Assembleia garantirá que, do total de candidatos pré-selecionados para o Tribunal Constitucional Plurinacional, 50% serão mulheres e, pelo menos uma pessoa, tenha origem camponesa indígena por autoidentificação (art. 3º).⁶⁶³

O processo de pré-seleção dos candidatos ao Tribunal Constitucional Plurinacional foi realizado pela Comissão Mista da Constituição. Na primeira etapa, avaliação de mérito, apenas um em cada cinco candidatos obtiveram mais de 30 (trinta) pontos. Declararam-se habilitados à próxima etapa 110 (cento e dez) candidatos.⁶⁶⁴

Em 18 de agosto, os candidatos fizeram o teste escrito; sendo que, assim como nos demais processos de pré-seleção, não houve acesso do público às questões nele utilizadas. No teste escrito, 89 (oitenta e nove) candidatos obtiveram 36 (trinta e seis) ou mais pontos, com os quais foram habilitados para a etapa de entrevista. Na última semana do mês de agosto, a Comissão Constitucional Mista

⁶⁶¹ BOLÍVIA. **Ley nº 929 de 27 de abril de 2017**. La Paz: Palacio de Gobierno, 2017a. Disponível em: https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2017/07/Ley_929.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

⁶⁶² FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO. **Elecciones judiciales en Bolivia**: aprendimos la lección? Massachusetts : Due Process of Law Foundation, 2017. p. 6.

⁶⁶³ BOLÍVIA, *op. cit.*

⁶⁶⁴ FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO, *op. cit.*, p. 08.

anunciou a conclusão de seus trabalhos e declarou que 76 (setenta e seis) candidatos obtiveram uma pontuação de aprovação.⁶⁶⁵

Após a experiência das eleições de 2011, vários atores apontaram a que a pré-seleção dos candidatos, monopolizada pela Assembleia Legislativa, produziu dois resultados negativos: a politização do procedimento e a má qualidade dos selecionados. Em discussão antes das eleições de 2017, esse ponto ressurgiu, levantado por organizações da sociedade civil, argumentou-se sobre a necessidade da inclusão de um filtro de qualificação profissional livre de interferência política.

Pensou-se então que uma instância acadêmica deveria fornecer esse elemento e se recorreu ao Sistema Universitário Boliviano. Com efeito, o Regulamento de Pré-seleção incorporou no artigo 2º a esta disposição: "O Sistema da Universidade Boliviana participará das fases de avaliação curricular e escrita por meio de profissionais acadêmicos e especialistas". Nesse sentido, o artigo 9º estabelecia que imediatamente após o anúncio da eleição: "o Comitê Executivo da Universidade Boliviana será solicitado a propor quatro profissionais acadêmicos e especialistas nas áreas relacionadas ao processo de pré-seleção".⁶⁶⁶

Na fase de avaliação curricular, esta comissão de profissionais deveria verificar, em conjunto com a Comissão Mista da Assembleia Legislativa, o cumprimento dos requisitos exigidos aos candidatos (art. 19) e, posteriormente desenvolver, também em conjunto com a Comissão Mista, "uma bateria de pelo menos 360 questões" para sortear entre elas 60 (sessenta) que seriam objeto do respectivo exame, previsto no artigo 20.º do mesmo Regulamento.⁶⁶⁷

A tentativa de incluir a universidade na fase de pré-seleção de candidatos começou a se desgastar quando o reitor da maior universidade do país retirou o apoio da instituição que representava da banca examinadora, alegando que não teria a consciência tranquila se tomasse medidas que tornassem sua instituição cúmplice na manipulação política.⁶⁶⁸ Por fim, após vários problemas e alegação de

⁶⁶⁵ FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO. **Elecciones judiciales en Bolivia**: aprendimos la lección? Massachusetts: Due Process of Law Foundation, 2017. p. 08.

⁶⁶⁶ BOLIVIA. **Reglamento de preselección de candidatas y candidatos para la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional y Tribunal Supremo de Justicia**. [S. l.], 2017. (Art. 2º, inciso III). Disponível em: <http://senado.gob.bo/sites/default/files/REGLAMENTO%20PRESELECCIO%2024062017.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2022.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, (Art. 2º, inciso III).

⁶⁶⁸ DRISCOLL, Amanda; NELSON, Michael J. Crónica de una elección anunciada. Las elecciones judiciales de 2017 en Bolivia. **Política y Gobierno**, [S. l.], v. 26, n. 1, p. 45, 2019.

falha das universidades na elaboração dos exames, a própria Comissão de Constituição se encarregou de elaborar os testes e qualificar as respostas.⁶⁶⁹

Encerrando a primeira fase do processo eleitoral de 2017, em 30 de agosto, uma prolongada sessão da Assembleia Legislativa levou à aprovação da lista de candidatos selecionados, não sem resistências políticas, ataques e acusações por parte dos membros do MAS (partido governista) e da oposição.

A Assembleia Legislativa Plurinacional encaminhou ao Órgão Eleitoral a lista dos pré-qualificados para realização do processo eleitoral.⁶⁷⁰

5.4.2 Processo eleitoral - Segunda fase

De acordo com o mandato do artigo 182.III da Constituição, os candidatos, assim como qualquer outra pessoa, não podem realizar uma campanha eleitoral, sob pena de desqualificação, de forma que o Órgão Eleitoral é o único responsável pela divulgação dos méritos dos candidatos.⁶⁷¹ Nesse sentido, a Lei 26, do Regime Eleitoral, proíbe uma série de atividades a favor ou contra as candidaturas (art. 82).⁶⁷²

Ocorre que a escassa divulgação dos antecedentes e méritos dos candidatos foi reconhecida como um problema nas eleições de 2011. Uma das questões levantadas foi justamente a dificuldade de acesso do eleitorado às informações sobre a qualificação dos candidatos. Nesse passo, a Lei 929 modificou as regras de divulgação para a eleição de 2017. Segundo o vice-presidente do Tribunal Supremo Eleitoral, José Luis Exeni, este processo eleitoral pretendia "dar plena liberdade aos meios de comunicação" visando a informar sobre os candidatos e seus méritos, realizar entrevistas e gerar espaços de opinião e debate, observado o princípio da

⁶⁶⁹ FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO. **Elecciones judiciales en Bolivia**: aprendimos la lección? Massachusetts: Due Process of Law Foundation, 2017. p. 09-11.

⁶⁷⁰ DOS 597 pré-candidatos que se apresentaram no início do processo eleitoral em 2017, apenas 96 chegaram à etapa final. **Nexo Jornal**, [S. l.], 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/12/04/Como-funciona-a-elei%C3%A7%C3%A3o-direta-para-o-Judici%C3%A1rio-na-Bol%C3%ADvia>. Acesso em: 22 jan. 2020.

⁶⁷¹ BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. Sucre, BO: Tribunal Constitucional Plurinacional, Unidad Legislación, 2016. Disponível em: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/leyes>. Acesso em: 20 set. 2021.

⁶⁷² BOLÍVIA. **Ley nº 026 de 30 de junio de 2010**. Ley del Régimen Electoral. [S. l.], 2010c. Disponível em: https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2019/07/LEY_026.pdf. Acesso em: 22 jan. 2020.

igualdade de condições. Em relação às redes sociais, não seriam ditadas regras porque foram reconhecidas como "espaços públicos".⁶⁷³

O Tribunal Superior Eleitoral anunciou no final de agosto um plano de três etapas para divulgar entre os cidadãos informações sobre o processo de eleição das autoridades judiciárias. Primeiro seriam publicadas informações sobre a eleição, além de informações sobre as atribuições do Tribunal para o qual os magistrados seriam eleitos. O segundo momento seria dedicado à divulgação de informações sobre o mérito dos candidatos e promoção de "espaços de diálogo entre candidatos e cidadãos", incluindo duas palestras em cada departamento e outras em nível nacional. A terceira etapa incluía a divulgação de informações sobre como votar no dia das eleições. Apesar disso, vários candidatos fizeram campanha abertamente através das redes sociais.⁶⁷⁴

O rumo das eleições começou a ser determinado no início de setembro, quando se inicia a campanha pelo voto nulo ou em branco, com o apoio aberto da oposição política, em particular da Unidade Democrática. O partido do governo, em contraposição, sustentou que o apoio ao voto nulo ou em branco era "uma medida totalmente antidemocrática". Com essas posições marcadas, as eleições judiciais assumiram um caráter inteiramente político.⁶⁷⁵

Em 3 de dezembro, foram realizadas as eleições, sem contratempos ou grandes incidentes e com alto comparecimento: 84,2% do recenseamento eleitoral.⁶⁷⁶ Na Bolívia, o voto é obrigatório, e dentro das eleições judiciais, os eleitores têm que selecionar o candidato de sua preferência, votar em branco ou nulo.

Do ponto de vista da legitimidade dos eleitos, o resultado foi pior que em 2011: a soma de votos em branco (14,93%) e votos nulos (50,9%) atingiu dois terços dos votos depositados nas urnas, um pouco mais do que em 2011, quando totalizaram 59,27%.⁶⁷⁷

O orçamento destinado pelo Tribunal Supremo Eleitoral ao processo de eleição de autoridades judiciais foi de 125 milhões de bolivianos, soma equivalente a aproximadamente 18 milhões de dólares americanos.

⁶⁷³ FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO. **Elecciones judiciales en Bolivia**: aprendimos la lección? Massachusetts : Due Process of Law Foundation, 2017. p. 15.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 15.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 16.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 23.

⁶⁷⁷ YAKSIC, Fabián. **Interpelación silenciosa del voto blanco y nulo**. Análisis y resultados de las elecciones de autoridades judiciales. La Paz: Muela del Diablo, 2012. p. 51-53.

5.4.3 Composição plural: representação indígena originária campesina e paridade de gênero

A real materialização do bloco constitucional no modelo de Estado boliviano encontrará razão de sua existência em um elemento essencial: a composição plural, que visa a assegurar uma interpretação que consagre a interculturalidade.

Em relação à igualdade de gênero, a constituição não prevê expressamente a obrigatoriedade de paridade entre homens e mulheres na distribuição de cadeiras no âmbito da jurisdição constitucional, contudo, a Lei de Órgão Judicial e da Lei do Tribunal Constitucional Plurinacional (ambas de 2010), traziam previsão de equivalência de gênero.

Em 2010, não havia nenhuma mulher no Tribunal Constitucional (então composto por cinco membros). Nas primeiras eleições populares judiciais, ocorridas em 2011, aplicou-se uma lista única, com paridade e alternância, para a eleição dos sete membros titulares e suplentes do Tribunal Constitucional, com isso, as mulheres converteram-se em 57% do Tribunal Constitucional.

No entanto, nas eleições de dezembro de 2017, a paridade de gênero e representação indígena originária campesina passou a ser exigida apenas na fase de pré-seleção. Essa alteração se deu baseando-se em modificações da Lei de Órgão Judicial, da Lei do Tribunal Constitucional Plurinacional e da própria Lei de Regime Eleitoral (feitas pela Lei nº 929, de 27 de abril de 2017), bem como na promulgação de uma lei transitória para eleições dessas autoridades, a Lei nº 960, de 23 de junho de 2017:

A Assembleia Legislativa deve obedecer a dois tipos de cotas para os candidatos: 50% (cinquenta por cento) devem ser mulheres, e dentre os pré-selecionados deve haver candidatos oriundos da justiça comunitária e/ou indicados por organizações indígenas (tradução nossa).⁶⁷⁸

⁶⁷⁸ ARTÍCULO 3. (CRITERIOS DE GÉNERO Y PLURINACIONALIDAD). La Asamblea Legislativa Plurinacional garantizará que del total de personas preseleccionadas para el Tribunal Constitucional Plurinacional y para el Tribunal Supremo de Justicia, el 50% sean mujeres y se incluya candidatas y candidatos con auto identificación indígena originario campesina. BOLIVIA. **Ley nº 960 de 23 de junio de 2017.** Ley transitoria para el proceso de pre selección y elección de máximas autoridades del tribunal constitucional plurinacional, tribunal supremo de justicia, tribunal agroambiental y consejo de la magistratura. La Paz, 2017c. Disponível em: https://www.cedib.org/wp-content/uploads/2020/10/Ley_960.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

O artigo 4º da Lei nº 960 estabelece que as eleições do Tribunal Constitucional Plurinacional ocorreriam a partir de uma lista única de candidatos, elegendo-se a magistrada ou o magistrado titular de cada departamento de acordo com a obtenção de maior número de votos válidos, sendo o suplente o seguinte mais votado, independente de gênero.

Contudo, uma variação regulatória teve o efeito de reduzir o número de mulheres eleitas para os altos cargos do sistema de justiça em 2017. Em 2011, quase metade dos eleitos eram mulheres (43%), em aplicação do requisito normativo da paridade. Em 2017, dez dos 26 (vinte e seis) candidatos eleitos eram mulheres.

O resultado disso foi o declínio na representação de juristas mulheres e de origem indígena: os magistrados que se identificaram como indígenas ganharam 42 por cento (3/7) dos assentos do tribunal em 2011, proporção que caiu para um em cada nove nas eleições de 2017. Esta situação eliminou a essência da ideia de plurinacionalidade da justiça e da efetiva representação da justiça indígena originária campesina. A Tabela 2 informa o resultado das disputas do Tribunal Constitucional Plurinacional em 2011 e 2017.

Tabela 1 - Resultado das Eleições de autoridades judiciárias de 2017 e 2011,
Tribunal Constitucional

Magistrado titular	Votos válidos (porcentaje)	Votos totales (porcentaje)	Indígenas	Gênero	Afiliado al gob. (reconocido)
2017					
Gonzalo Miguel Hurtado Zamorano	48.56	15.59	No	H	
René Yván Espada Navia	39.34	17.23	No	H	
Karem Lorena Gallardo Sejas	38.34	15.15	No	M	
Georgina Amusquívar Moller	38.09	14.23	No	M	
Carlos Alberto Calderón Medrano	35.84	9.89	No	H	
Orlando Ceballos Acuña	34.19	11.87	No	H	Sí
Petronilo Flores Condori	34.01	12.73	Sí	H	Sí
Julia Elizabeth Cornejo Gallardo	32.38	9.89	No	M	Sí
Brígida Celia Vargas Barañado	27.19	9.57	No	M	Sí
2011					
Gualberto Cusi Mamani	15.70	6.61	Sí	H	Sí
Efrén Choque Capuma	10.57	4.45	Sí	H	Sí
Ligia Mónica Velásquez Castaños	7.26	3.06	No	M	Sí
Mirtha Camacho Quiroga	5.95	2.50	No	M	
Ruddy José Flores Monterrey	5.77	2.43	No	H	Sí
Neldy Virginia Andrade Martínez	5.25	2.21	No	M	
Soraida Rosaria Chánez Chire	5.08	2.14	Sí	M	

Fonte: Driscoll e Nelson.⁶⁷⁹

⁶⁷⁹ DRISCOLL, Amanda; NELSON, Michael J. Crónica de una elección anunciada. Las elecciones judiciales de 2017 en Bolivia. **Política y Gobierno**, [S. l.], v. 26, n. 1, p. 47, 2019.

Há duas razões principais para o declínio. Em primeiro lugar, embora a quantidade de candidatos autoidentificados como indígenas se mantivesse constante em ambas as eleições (sete em cada caso), o grau em que os candidatos anunciaram abertamente sua identidade indígena variou em ambas as eleições. Em 2011, cinco dos sete candidatos indígenas anunciaram claramente sua identidade através da roupa: com chapéus, ponchos e jaquetas que indicavam imediatamente ao eleitor boliviano que o candidato pertencia a uma comunidade indígena.⁶⁸⁰ Já em 2017, apenas um dos candidatos se expressou abertamente sua identidade. Assim, havia menos candidatos que pareciam ser a escolha lógica para os eleitores que buscavam juízes com base nesse critério.⁶⁸¹

Em segundo lugar, e mais importante, foi a mudança em relação ao texto original da Lei 929, que exigia a inclusão de candidatos indígenas em cada departamento. Com a alteração do estatuto legislativo, não houve candidatos indígenas em todas as cédulas departamentais. Com isso, dos nove departamentos, apenas três (Beni, Cochabamba e Potosí) incluíram algum candidato autoidentificado como indígenas. As populações indígenas desses departamentos juntos constituem cerca de 41,3 por cento da população indígena boliviana, o que significa que uma grande maioria (58,7%) da população indígena não teve a oportunidade de escolher a um juiz que se identificou como indígena.⁶⁸²

Em consequência, atualmente, apenas um juiz é oriundo dos povos indígenas originários campesinos, o que acabou diminuindo a representatividade prevista em 2010.

Em 2023, estavam previstas novas eleições judiciais na Bolívia, no entanto, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) anunciou a impossibilidade de realizar o processo eleitoral em 2023 devido ao fato de a Assembleia Legislativa Plurinacional não ter finalizado a pré-seleção de candidatos. No dia 11 de dezembro, na consulta prévia de controle sobre a constitucionalidade do Projeto de Lei C.S. 144/2022-2023 “Projeto de Lei Transitória para Eleições Judiciais 2023-2024” de 31 de agosto de 2023, o TCP emitiu a Declaração Constitucional Plurinacional 0049/2023 que prorrogou o mandato das autoridades do Poder Judiciário e do Tribunal

⁶⁸⁰ DRISCOLL, Amanda; NELSON, Michael J. Crónica de una elección anunciada. Las elecciones judiciales de 2017 en Bolivia. **Política y Gobierno**, [S. l.], v. 26, n. 1, p. 48, 2019.

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 48.

⁶⁸² *Ibid.*, p. 48.

Constitucional Plurinacional em exercício em curso, em caráter excepcional e temporário, até que as novas autoridades sejam eleitas e empossadas.⁶⁸³

5.4.4 Eleições judiciais na Bolívia: (in) aptidão para alcançar a independência judicial

A partir das eleições realizadas em 2011 e 2017, a questão que se coloca para a Bolívia é se deve ou não manter o mecanismo para eleger suas autoridades judiciais. O contexto político em que ocorreu o primeiro processo de escolha dos membros do Tribunal Constitucional foi marcado pela unificação do poder político, no sentido de que um partido político conseguiu não só ocupar o Executivo e Legislativo, mas dominar este último com dois terços de seus membros. Com efeito, em 2010, Evo Morales iniciou seu segundo mandato presidencial acompanhado por dois terços de legisladores pertencentes à sua organização política, com plena capacidade de decisões legislativas e executivas.

Quinze dos 26 (vinte e seis) eleitos para cargos no Conselho Judicial, Tribunal Constitucional Plurinacional, Supremo Tribunal de Justiça e Tribunal Agroambiental nas eleições de 2017 ocupou "cargos de confiança" durante o governo de Evo Morales, dois deles como vice-ministros.⁶⁸⁴

Uma parte importante da literatura⁶⁸⁵ sobre política judiciária sustenta que, em um contexto político de poder unificado como este enfraquece a independência dos juízes e, com ela, a proteção dos direitos. Isso significa que os juízes estão muito conscientes das consequências políticas de suas decisões, diante de atores como o Presidente, o Congresso, a opinião pública, incluindo os demais integrantes do Tribunal. O trabalho de Chávez, Ferejohn e Weingast, por exemplo, mostrou que os

⁶⁸³ O presidente da Comissão de Constituição da Câmara de Deputados, Juan José Jauregui, informou que possivelmente a realização das eleições judiciais ocorrerá em agosto de 2024 GÓNGORA, Boris. En el MAS ya prevén que las elecciones judiciales pueden realizarse en agosto de 2024. **La Razón**, La Paz, 15 dic. 2023. Disponível em: <https://www.la-razon.com/nacional/2023/12/15/en-el-mas-ya-preven-que-las-elecciones-judiciales-pueden-realizarse-en-agosto-de-2024/>. Acesso em: 2 jan. 2023.

⁶⁸⁴ FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO. **Elecciones judiciales en Bolivia**: aprendimos la lección? Massachusetts : Due Process of Law Foundation, 2017. p. 23.

⁶⁸⁵ CHÁVEZ, Rebecca; FEREJOHN, John; WEINGAST, Barry. Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente: un estudio comparativo de los Estados Unidos y Argentina. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. cap. 8, p. 391-407.

juízes diante de um poder político unificado têm poucas chances de proteger os direitos das pessoas contra violações que vêm do poder político.⁶⁸⁶

O resultado das eleições de magistrados para o Tribunal Constitucional por sufrágio universal em 2011 e 2017 indica que não houve fortalecimento da legitimidade da justiça constitucional, primeiro pelo expressivo número de pessoas que, como vimos, decidiram não escolher qualquer dos candidatos habilitados, optando por anular o voto ou votar em branco; segundo, pela absoluta ausência de independência em relação aos poderes políticos, que pôde ser identificada nas decisões dos novos magistrados do TPC, especialmente quando chancelou, em diversas ocasiões, a possibilidade de permanência de autoridades no exercício do poder, por tempo superior ao previsto na própria constituição.

Para exemplificar, passamos a tratar de algumas decisões do Tribunal Constitucional Plurinacional que colocaram em xeque a legitimidade e independência da justiça constitucional na Bolívia, especificamente, a Declaração 003/2013, de 25 de abril de 2013, sentença constitucional nº 0084/2017, de 28 de novembro de 2017 e Sentença Constitucional Plurinacional 1010/2023.

Primeiro, é necessário assinalar que a Constituição Boliviana de 2009 estabeleceu expressamente que o período de mandato do presidente e vice-presidente do Estado é de cinco anos, podendo ser reeleitos de maneira contínua por uma única vez. Nesse sentido, a Disposição Transitória Primeira, parágrafo II, obriga de maneira explícita a computar os mandatos de presidente e vice-presidente anteriores à vigência da Constituição de 2009.⁶⁸⁷ Evo Morales e Álvaro García Linera, ambos membros do partido político Movimento ao Socialismo (MAS), foram eleitos, respectivamente como Presidente e Vice-Presidente da República da Bolívia, ambos eleitos em dezembro de 2005, com um primeiro mandato de 2006 a 2010.⁶⁸⁸ Com a promulgação da nova Constituição em 7 de fevereiro de 2009, o Presidente e o Vice-Presidente eleitos sob o regime anterior permaneceram em seus

⁶⁸⁶ CHÁVEZ, Rebecca; FEREJOHN, John; WEINGAST, Barry. Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente: un estudio comparativo de los Estados Unidos y Argentina. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. cap. 8, p. 391-407.

⁶⁸⁷ BOLÍVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**. Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional – 2008. La Paz: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2023;

⁶⁸⁸ SANDÓVAL, Rafael Vergara. **Un " Tribunal Constitucional " al margen de la " Constitución "**. 2022. f. 332. Tese (Doutorado) -- Universidad de Alicante, Alicante, 2022.

cargos até a conclusão do mandato, como previsto no inciso II da primeira disposição transitória da CPB.⁶⁸⁹ Concluído o primeiro mandato em dezembro de 2009, tanto o Presidente como o Vice-Presidente se candidataram à reeleição imediata e, portanto, ao segundo mandato, de 2010 a 2015, sem possibilidade, em razão da proibição constitucional, de acesso a um terceiro mandato consecutivo.⁶⁹⁰

Contudo, depois de transcorrida mais da metade do segundo mandato, os parlamentares do MAS apresentaram à Assembleia Legislativa Plurinacional, presidida pelo Vice-Presidente da República, Projeto de Lei (PL), apresentada como “Ley de Aplicación Normativa, buscando regulamentar, dentre outras disposições constitucionais, a norma fixada no art. 168 da CPB e no inciso II da primeira disposição transitória. Segundo o art. 4º do PL Nº 25, o limite estabelecido no art. 168 e o inciso II da primeira disposição transitória da CPB (que veda a possibilidade de duas reeleições consecutivas para o cargo de Presidente e Vice-Presidente da República), somente teria início com o marco constitucional de 2009, ou seja, a partir de janeiro de 2010, de modo que não seria computado o tempo que Evo Morales e Álvaro García Linera permaneceram no Poder Executivo antes de 2010.⁶⁹¹

O Projeto de Lei teve grande repercussão, primeiro porque inexistia previsão para a propositura da espécie normativa para regulamentar a referida norma constitucional, em segundo lugar porque o Projeto possuía normatividade individual e concreta, voltado especificamente para o caso do Presidente e Vice-Presidente da República em exercício; e ainda, porque o referido Projeto padeceria de

⁶⁸⁹ “Artículo 168. El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua. [...] II - Los mandatos anteriores a la vigencia de esta Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos periodos de funciones”. BOLIVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**. Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional – 2008. La Paz: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2023.

⁶⁹⁰ REZENDE, Renato Horta. A ameaça à refundação do Estado boliviano: fragilidade institucional e instabilidade política. **Misión Jurídica**, [S. l.], v. 13, n. 18, 2020.

⁶⁹¹ “Artículo 4º.- (Reelección del Presidente y Vicepresidente del Estado) I - De conformidad a lo establecido en el Artículo 168 de la Constitución Política del Estado, el Presidente y Vicepresidente elegidos por primera vez a partir de la vigencia de la Constitución, están habilitados para una reelección por una sola vez de manera continua; II - La prescripción contenida en la Disposición Transitoria Primera, Parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, es aplicable a las autoridades que después del 22 de enero de 2010, continuaron ejerciendo cargos públicos, sin nueva elección, designación o nombramiento. BOLIVIA. **Ley de aplicación normativa**: lei nº 21 de mayo de 2013. La Paz, 2013a. Disponível em: <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N381.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2023.

inconstitucionalidade material contrariando a literalidade dos art. 168, combinado com o inciso II da primeira disposição transitória.⁶⁹²

Nesse contexto, Álvaro García Linera, vice-presidente do Estado, exercendo as funções de Presidente da Assembleia Legislativa Plurinacional, realizou consulta ao Tribunal Constitucional Plurinacional acerca da constitucionalidade do Projeto de Lei de aplicação normativa. Na Declaração Constitucional nº 003, proferida em 25 de abril de 2013 (TCP),⁶⁹³ em sede de controle consultivo prévio de constitucionalidade, o TCP declarou a constitucionalidade do art. 4º do Projeto de Lei de Aplicação Normativa, o que, na prática, autorizou a candidatura e eleição do Presidente e Vice-Presidente da República para o terceiro mandato consecutivo, o segundo no marco do novo Estado boliviano (2015-2020).

A decisão proferida pelo TCP, como trataremos a seguir, não encerrou o assunto sobre a reeleição do presidente Evo Morales, se tratando apenas de mais um capítulo na intenção do governante em se manter no poder, ainda que isso significasse a fragilização do texto constitucional e das instituições de poder.

Em 2016, a Assembleia Legislativa Plurinacional aprovou um referendo⁶⁹⁴ destinado à reforma da Constituição de 2009, convocando o povo boliviano para, através da democracia direta e participativa, em exercício do seu poder soberano, aprovar ou rejeitar a reforma do artigo 168 da Constituição. Foi o primeiro referendo para reformar a Constituição, com a seguinte pergunta: “Você concorda com a reforma do artigo 168 da Constituição para que o presidente e o vice-presidente do Estado possam ser reeleitos ou reeleitos duas vezes? Submetida à consideração dos cidadãos bolivianos, a reforma parcial do art. 168 da Constituição, foi rejeitado

⁶⁹² REZENDE, Renato Horta. A ameaça à refundação do Estado boliviano: fragilidade institucional e instabilidade política. *Misión Jurídica*, [S. l.], v. 13, n. 18, 2020.

⁶⁹³ Consulta sobre constitucionalidad del proyecto de Ley de Aplicación Normativa, que en la parte dispositiva resuelve declarar: 1º “La CONSTITUCIONALIDAD de los artículos 1, 2, 3 y 4, del proyecto de Ley de Aplicación Normativa, por hallarse conforme a la Constitución Política del Estado”; 2º “La INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 5 del proyecto de Ley de Aplicación Normativa”; 3º “La CONSTITUCIONALIDAD condicionada del artículo 6 del proyecto de Ley de Aplicación Normativa, a los razonamientos expuestos en el Fundamento Jurídico III.1.1”. BOLIVIA. **Declaración Constitucional 003, decisión en 25 abr. 2013**. La Paz: Tribunal Constitucional Plurinacional, 2013b. Disponível em: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/tcp-resolvi%C3%B3-consulta-sobre-proyecto-de-ley-deaplicaci%C3%B3n-normativa>. Acesso em: 15 nov. 2023.

⁶⁹⁴ BOLIVIA. **Ley nº 757, 5 de noviembre de 2015**. Artículo 1: “(Objeto). La presente ley tiene por objeto convocar a Referendo Constitucional Aprobatorio, de conformidad a lo establecido por el Artículo 411.II de la Constitución Política del Estado y el Art. 23 de la Ley Nº 026, de 30 de junio de 2010, del Régimen Electoral”. La Paz, 2015.

pelo voto majoritário dos cidadãos, fechando, pela via constitucional, a possibilidade de um novo mandato e perpetuação no poder de Evo Morales e Álvaro García.⁶⁹⁵

Mesmo diante da derrota no referido referendo, parlamentares do partido político do presidente da República (MAS) ingressaram com Ação de Inconstitucionalidade Abstrata (AIA) pretendendo a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei de Regulamentação Eleitoral (Lei nº 26, de 30 de julho de 2010), assim como a inaplicabilidade de artigos constitucionais que restringiam a reeleição em virtude do disposto nos artigos 23 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em decisão proferida em 28 de novembro de 2017, por meio da sentença nº 84, apenas cinco dias antes das eleições judiciais, o Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) revogou a proibição constitucional de reeleição para o Poder Executivo. A decisão do TCP declarou haver hierarquia entre os ordenamentos que compõem o bloco de constitucionalidade que, por sua vez, é formado pela Constituição, Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Normas de Direito Comunitário, estes últimos ratificados pelo país, conforme anunciado pelo art. 410. II CPB. A hierarquia declarada pelo TCP concedeu aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos *status* de norma supraconstitucional devendo, em caso de conflito aparente de normas, prevalecer esta quando garantida a maior e mais ampla prevalência dos Direitos Humanos.⁶⁹⁶

Esta decisão possibilitou a reeleição presidencial por tempo indeterminado contra as limitações estabelecidas na própria Constituição e em clara contradição com o referendo de 21 de fevereiro de 2016. É paradoxal que o guardião do CPE não só tenha sido responsável por quebrar o princípio da separação de poderes (art. 12 CPE), mas também tenha se tornado o principal arquiteto da grave crise social e ruptura política desencadeada no final de 2019 na Bolívia.⁶⁹⁷ Evo Morales foi eleito em 2019, fato que desencadeou manifestações populares e anulação das eleições por acusações de fraude.

⁶⁹⁵ SANDÓVAL, Rafael Vergara. **Un " Tribunal Constitucional " al margen de la " Constitución "**. 2022. Tese (Doutorado) -- Universitat d'Alacant/Universidad de Alicante, 2022.

⁶⁹⁶ BOLÍVIA. **Sentencia constitucional plurinacional nº 0084, de 28 de noviembre de 2017**. La Paz: Tribunal Constitucional Plurinacional, 2017d. Disponível em: <https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2017/12/sentencia-0084-2017-tcp-bolivia-reeleccion-evo-morales.pdf>. Acessado em: 17 nov. 2019.

⁶⁹⁷ SANDÓVAL, *op. cit.*

Em 2021, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) emitiu a Opinião Consultiva OC-28/21,⁶⁹⁸ ao analisar uma solicitação da República da Colômbia, concluiu que a reeleição presidencial indefinida não é um direito humano autônomo e que pode obstruir o sistema democrático. A Corte IDH argumentou que a reeleição indefinida pode concentrar poder demasiado no presidente, dificultando a participação política de outros atores e limitando a separação de poderes. A Opinião Consultiva da Corte IDH é um passo importante na proteção da democracia nas Américas. No entanto, é importante reconhecer que o debate sobre a reeleição presidencial indefinida é complexo e não tem uma resposta fácil, pois o debate não pode ser simplesmente juridicizado. Em última instância, a decisão de permitir ou não a reeleição indefinida é uma decisão política que deve ser tomada em cada país.

No plano político interno, Evo Morales se envolveu em um confronto total com o atual presidente Luis Arce. O ex-presidente denunciou reiteradamente que Arce e seu ministro da Justiça, Iván Lima, tinham a intenção de inabilitá-lo para as próximas eleições. Também denunciou que, com a mudança nas regras para reeleição, o Executivo se apoiaria no Tribunal Constitucional para prorrogar o mandato do resto das autoridades judiciais eleitas em 2017⁶⁹⁹.

Com isso, no apagar das luzes do ano 2023, o TCP proferiu a Sentença Constitucional 1010/2023, aprovada em 29 de dezembro, a qual estabelece que a reeleição “não é um direito humano” e, portanto, pode ser restringida legalmente. Assim, foi anulada a sentença nº 84, aprovada por este mesmo tribunal em 2017.

Ocorre que, além de anular a sentença constitucional nº 84/2017, o TCP também sinalizou, nas razões de decidir, que o presidente e o vice-presidente na Bolívia não podem exercer um mandato mais de duas vezes, de forma contínua ou descontínua. Esta cláusula abre caminhos interpretativos à proibição vitalícia de Evo Morales concorrer e/ou ser reeleito para a presidência do Estado. Ocorre que a Constituição apenas proíbe mais dois mandatos contínuos e em nenhuma parte restringe ou se refere às reeleições interrompidas.

⁶⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). **Opinião Consultiva OC-28/21**. [S. l.], 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf. Acesso em: 05 set. 2023.

⁶⁹⁹ MOLINA, Fernando. El Tribunal Constitucional de Bolivia anula la reelección indefinida e inhabilita a Evo Morales para 2025. **El País**, La Paz, 30 dic. 2023. Disponível em: <https://elpais.com/america/2023-12-30/el-tribunal-constitucional-de-bolivia-anula-la-reeleccion-indefinida-e-inhabilita-a-evo-morales-para-2025.html>. Acesso em: 2 jan. 2023.

Se, por um lado, as eleições judiciais para magistrados de tribunais superiores possibilitam o aprofundamento simultâneo da experiência democrática e constitucional, além de um determinado grau de engajamento e participação social inovador para a história do constitucionalismo e da democracia⁷⁰⁰, em contrapartida, a defesa e legitimação da ideia de representatividade política, atrelada à atividade judicial, pode funcionar como um alicerce e mascaramento de práticas constitucionais autoritárias.⁷⁰¹

Bonneau e Hall⁷⁰², em uma análise sobre as eleições de juízes nos Estados Unidos, partem do seguinte questionamento: “Os juízes devem ser independentes dos processos democráticos na obtenção e manutenção de seus assentos, ou devem estar sujeitos à aprovação do eleitorado e aos processos que acompanham o controle popular?”⁷⁰³ Embora esse debate seja interessante e muitas vezes bastante acalorado, geralmente ocorre sem referência a fatos empíricos – ou pelo menos precisos.

Um aspecto que fundamenta e legitima a eleição de magistrados diz respeito à intensificação da dinâmica de representatividade na sua dimensão descritiva – identitária. Este tipo de representação atrela-se à ideia de que as instituições devem imprimir da forma mais idônea a composição da sociedade plural. Assumem relevância, nesta dinâmica, os traços identitários como a raça, religião, gênero, nacionalidade, etnia ou origem.⁷⁰⁴

Exatamente por isso, forças convergentes viram a eleição direta de juízes como parte integrante de uma revolução social mais ampla, e contraposição à tradição histórica em que a seleção dos juízes tem sido de domínio exclusivo dos detentores do poder político, de modo a garantir a participação popular e representatividade de minorias em instâncias até então não democratizadas.⁷⁰⁵

⁷⁰⁰ BURCKHART, Thiago. Constitucionalismo e democracia: uma análise crítica do processo eletivo de Magistrados para Tribunais Superiores da Bolívia. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S. l.], v. 14, n. 2, p. 260, 2019.

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 257.

⁷⁰² BONNEAU, Chris W.; HALL, Melinda Gann. **In defense of judicial elections**. Routledge, 2009. p. 02.

⁷⁰³ “Should judges be independent of democratic processes in obtaining and retaining their seats, or should they be subject to the approval of the electorate and the processes that accompany popular control?”. *Ibid.*, p. 02.

⁷⁰⁴ BURCKHART, *op. cit.*, p. 257; PITKIN, Hannah Fichel. **The concept of representation**. Berkeley: University of California Press, 1967. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/15080>. Acesso em: 25 jun. 2022.

⁷⁰⁵ DRISCOLL, Amanda; NELSON, Michael J. Judicial selection and the democratization of justice: Lessons from the Bolivian judicial elections. **Journal of Law and Courts**, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 41, 2015.

Contudo, como observado no caso boliviano, apesar da promessa de “democratizar” os tribunais nacionais, as eleições das autoridades judiciárias nacionais consolidaram o controle do Executivo sobre um Judiciário já fraco, e colocaram os tribunais diretamente na mira do conflito político que define a ordem constitucional boliviana⁷⁰⁶. O modelo de participação direta do cidadão na escolha dos juízes constitucionais acabou por limitar a ordem democrática, especialmente ao longo de sua dimensão mais importante: a proteção de direitos para grupos sem poder.

A refundação do Estado boliviano em um Estado plurinacional ainda não foi capaz de trazer estabilidade ao país, que sofre com ações políticas autoritárias e golpes que evidenciam a fragilidade das instituições democráticas como nos modelos de Estados anteriores experimentados.

Por fim, compreendendo o novo constitucionalismo democrático latinoamericano e o próprio Estado plurinacional da Bolívia como modelos abertos à construção, as ações doravante promovidas pelas instituições apontarão decisivamente quais as alternativas e possibilidades para a desejada adequação constitucional e manutenção da estabilidade política e democrática da região.⁷⁰⁷

⁷⁰⁶ DRISCOLL, Amanda; NELSON, Michael J. Crónica de una elección anunciada. Las elecciones judiciales de 2017 en Bolivia. **Política y Gobierno**, [S. l.], v. 26, n. 1, p. 41-64, 2019.

⁷⁰⁷ REZENDE, Renato Horta. A ameaça à refundação do Estado boliviano: fragilidade institucional e instabilidade política. **Misión Jurídica**, [S. l.], v. 13, n. 18, 2020.

6 LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: O PODER JUDICIÁRIO PODE SER ENTENDIDO COMO UM ESPAÇO DE REPRESENTAÇÃO DO POVO?

A preocupação com a busca da legitimidade das instituições sociais e políticas, de autoridades públicas e civis, bem como dos sistemas de crenças e valores, existiu desde sempre. Porém, nos últimos anos, tem-se questionado mais intensamente a fonte da legitimação dos poderes e o modo como são exercidos, desse modo, a busca da legitimação do poder judicial insere-se na preocupação mais geral de conferir legitimidade a qualquer forma de poder.

A reflexão sobre legitimidade continua extremamente atual e ajuda a compreender muitos dos desafios e problemas públicos enfrentados pelas sociedades contemporâneas. Debates recentes⁷⁰⁸ sobre a possível crise da democracia em diferentes contextos nacionais analisam os efeitos do acirramento do conflito público entre múltiplas ordens valorativas e do processo de polarização política para a legitimidade das instituições democráticas.

Tal como aconteceu com as outras formas de poderes institucionais, o poder judicial também sofreu uma erosão, que provocou uma crise de legitimação indissociável da crise da justiça vivenciadas pelas sociedades contemporâneas, especialmente no pós-Segunda Guerra Mundial, com o surgimento da noção de “constitucionalismo dirigente”⁷⁰⁹ e a atuação do Tribunais Constitucionais.⁷¹⁰

⁷⁰⁸ Como exemplo citamos: ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies: contested power in the era of constitutional courts**. [Cambridge]: Cambridge University Press, 2015; O'DONNELL, Guillermo. Notas sobre la democracia en América Latina. *In*: PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). **La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos**. 2. ed. Buenos Aires: Aguilar, 2004. p. 11-82; LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

⁷⁰⁸ RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. São Paulo: Todavia, 2018.

⁷⁰⁹ O Constitucionalismo dirigente ganhou seus contornos e linhas mestras com a obra de José Joaquim Gomes Canotilho intitulada **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**, de 1982. Já no início do trabalho, Canotilho adverte que o tema da constituição dirigente se insere em uma problemática ampla, que abarca desde a conciliabilidade entre a “lógica da constituição” e a “lógica da democracia”, passando pela análise da densidade e da abertura das normas constitucionais, até a própria compreensão da constituição em si mesma. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 11). Foi agregado à concepção de Estado de Direito um conteúdo extraído do próprio texto constitucional, de forma que a constituição passa a ser “um meio de direção social” e “uma forma ‘racionalizada’ de política”. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021 p. 29.

A crise do positivismo jurídico após a Segunda Guerra Mundial provocou profundas mudanças na reflexão jurídica de países ocidentais. O Poder Judiciário, antes visto como mero apêndice dos poderes representativos, hoje ocupa um lugar privilegiado no processo decisório, numa verdadeira era da *expansão global do Poder Judiciário*,⁷¹¹ que pode ser observada na maioria dos países do mundo.⁷¹² Na tentativa de compreender esse fenômeno, foram construídas várias teorias explicativas⁷¹³. O trabalho de sistematizar os fatos que teriam desencadeado o protagonismo judicial apresenta enormes dificuldades, já que se desencadeou nas mais diferentes culturas jurídicas, e os processos de reconstitucionalização ocorreram em cenários distintos, como na Europa, Estados Unidos e América Latina, conforme apresentado no Capítulo I (primeira parte).

Segundo Brandão,⁷¹⁴ as principais teorias que se prestam a explicar a *expansão global do Poder Judiciário* são as teorias conceitualistas e funcionalistas. As primeiras sustentam que a expansão do Judiciário é resultado da positivação de direitos fundamentais no bojo das Constituições nacionais e dos tratados internacionais a partir da Segunda Guerra Mundial, especialmente com o surgimento de uma “cultura de direitos”, que pode ser exemplificada pela concepção de uma democracia não mais como sinônimo de “regra da maioria”, mas como “democracia constitucional”, que pressupõe o respeito aos direitos das minorias. Os juízes, insulados do processo majoritário pelas garantias da magistratura, seriam os “guardiões”, por excelência, da Constituição.

De outro lado, as teorias funcionalistas afirmam que a “judicialização” decorre de uma questão estrutural do sistema jurídico, como a existência dos múltiplos pontos de veto (*veto points*) em um sistema político fortemente descentralizado. Assim, o federalismo e mecanismos rígidos de separação de poderes (como o

⁷¹⁰ Na atualidade, segundo Brandão, nada menos que 158 países contam com a previsão formal de algum instrumento de jurisdição constitucional como forma de controlar a atuação dos demais poderes e zelar pela sua constituição. BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648/9641> Acesso em: 25 jun. 2022.

⁷¹¹ A expressão se tornou célebre com o seminal estudo de TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

⁷¹² Segundo Brandão, nada menos que 158 países contam com a previsão formal de algum instrumento de jurisdição constitucional como forma de controlar a atuação dos demais poderes e zelar pela sua constituição. BRANDÃO, *op. cit.*, p. 175-220.

⁷¹³ Sobre o tema consultar: BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

⁷¹⁴ *Ibid.*

presidencialismo) fomentam a expansão do Judiciário, tendo em vista que este “Poder” terá de agir como terceiro imparcial na resolução de conflitos entre os demais “Poderes” ou entre os Estados-membros e a União.⁷¹⁵

Além das teorias funcionalistas e conceitualistas, Brandão⁷¹⁶ consigna a existência de modelos econômico-institucionais e “teorias estratégicas”. Os primeiros consideram o desenvolvimento da constitucionalização e do Poder Judiciário como mecanismos aptos a mitigar problemas de ação coletiva, especialmente para a viabilidade de políticos firmarem “compromissos críveis” em face de investidores de capital. Já as “teorias estratégicas” se assentam na atuação estratégica de grupos politicamente relevantes. Desloca-se a atenção da ideologia e da estrutura do sistema político para os interesses de grupos políticos e para os conflitos sociais, econômicos e políticos concretamente existentes em uma comunidade estatal.

Na atualidade, nas decisões do Poder Judiciário, não parece haver, como afirma Dworkin⁷¹⁷, divergência quanto a questões de fato, ou de direito, a verdadeira divergência aparece no plano da moralidade política. Independente da teoria do direito adotada, o fato é que, mesmo diante do mesmo material jurídico, os juízes apresentam respostas diversas. Dentro da própria teoria do direito, é possível perceber que, desde a Escola do Direito Livre, passando ao longo da Jurisprudência dos Interesses, do normativismo kelsiano, do positivismo moderado de Hart, até chegar nos autores argumentativistas como Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela “razão”.⁷¹⁸

Para exemplificar, recorremos a Kelsen e Hart. Para o primeiro, no momento da interpretação e aplicação da norma, é possível que haja caminhos diferentes a serem seguidos. No capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, a interpretação é apresentada como o ato pelo qual se deve extrair da norma geral, em sua aplicação a uma situação concreta, a norma individual⁷¹⁹. Significa dizer que o que as normas jurídicas fornecem aos juízes é apenas uma moldura de possibilidades de interpretação, ao mesmo tempo constringendo o decisor a escolher uma das

⁷¹⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

⁷¹⁶ BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648/9641>. Acesso em: 25 jun. 2022.

⁷¹⁷ DWORKIN, Ronald; RIOS, Gildo. **O império do direito**. Martins Fontes, 1999. p. 05.

⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 48.

⁷¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 390.

alternativas contidas na moldura. Existindo mais de um significado para a norma, é necessária a escolha de um dos possíveis significados, quando de sua aplicação pelo juiz de direito, no mundo real.⁷²⁰ Essa escolha não está prevista na norma. Para o autor, isso não faz parte da Ciência do Direito, já se trata de Política do Direito. Na mesma linha, Hart sustenta que sempre haverá casos não regulamentados de forma suficiente pelo direito, dado o seu caráter indeterminado ou incompleto. É o que chama de zona de penumbra normativa. Mesmo nessas situações, o juiz não poderá se abster de decidir, portanto, deverá exercer o seu poder discricionário e criar o direito.⁷²¹ Ademais, Hart admite a possibilidade de correção do direito por meio de critérios morais,⁷²² o que confere uma margem ainda maior de liberdade ao aplicador do direito.

Após a Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo europeu, caracterizado pelo culto ao legislador, mostrou-se incapaz de evitar o surgimento de regimes totalitários responsáveis por sistemáticas violações a direitos fundamentais. Assim, sob as ruínas do velho continente, nasce um movimento, denominado “neo-constitucionalismo”, que procura reconstruir as bases do Direito Constitucional.⁷²³ Coelho ensina que o novo constitucionalismo se caracteriza por apresentar: “a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação”.⁷²⁴

⁷²⁰ SOARES, Marcos Antônio Striquer. A decisão judicial em Hans Kelsen e a tradição do cartesianismo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 114, p. 345-387, jan./jun. 2017.

⁷²¹ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p.183.

⁷²² A existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito (por exemplo: legislação, decisões judiciais e costumes sociais), sem referência à moral, exceto quando o direito assim identificado tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para identificação do direito. Essa incorporação ocorre por meio das regras de reconhecimento. Regra de reconhecimento é um tipo especial de regra secundária que é aceita e utilizada para identificação de regras primárias de obrigação. É, portanto, uma regra última, que fornece os critérios pelos quais a validade das demais regras do sistema é avaliada. Assim, os *funcionários* que aplicam o direito reconhecem como sendo direito válido as regras que preenchem determinados requisitos. Não há exigência a respeito de quais são os requisitos – logo, podem ser de qualquer natureza, inclusive moral. *Ibid.*

⁷²³ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. f. 29. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2012.

⁷²⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Direito Público**, Porto Alegre, ano 3, n. 12, p. 66-67, abr./jun. 2006. Disponível em: <https://www.portalperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1322>. Acesso em: 17 maio. 2022.

Nesse período, as constituições de caráter social e democrático passaram a positivar uma série de preceitos e princípios nos quais estão contidas as promessas descumpridas da modernidade, diminuindo, sensivelmente, a liberdade de conformação do legislador, além do incremento das demandas por direitos prestacionais,⁷²⁵ o que exigiu uma nova postura na aplicação e interpretação do direito constitucional. O surgimento de novas concepções jurídicas encontrou um denominador comum: a necessidade de pensar o direito à luz de direitos fundamentais positivados no texto constitucional.

Essas transformações acabaram por criar um ambiente favorável à ampla atuação do Poder Judiciário e, a partir dos anos 80, passou-se a afirmar que é mais grave violar um princípio do que violar uma regra, e juízes começam a decidir conforme seu senso de justiça e a adotar posturas ativistas.⁷²⁶

A expansão da esfera de ação do poder judiciário é um fenômeno presente na maior parte das democracias da América Latina. Um dos problemas mais relevantes da teoria do direito é a legitimidade alcançada pelo poder judiciário a partir da mudança do paradigma do positivismo jurídico para o pós-positivismo. Quais elementos legitimam a decisão judicial em regimes democráticos? No vasto continente da teoria do direito, é fundamental responder à indagação sobre a legitimação da decisão judicial.

No cenário brasileiro, os tribunais converteram-se em protagonistas incontornáveis nos debates políticos. Na última década, os ministros do Supremo passaram a falar abertamente na corte como “uma casa de fazer destino”⁷²⁷ a imputar aos juízes a função de “representantes argumentativos”^{728 729} da sociedade e

⁷²⁵ STRECK, Lenio. *Hermenêutica e aplicação do direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade – o caso da lei dos crimes hediondos*. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 2017.

⁷²⁶ Para fins deste trabalho, adotamos o conceito de ativismo judicial proposto por Lenio Streck: “O ativismo judicial é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo em um ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma ‘corrupção’ na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65.

⁷²⁷ Foi o que afirmou o Ministro Carlos Britto em seu voto durante o julgamento da ADI 3510-0.

⁷²⁸ Essa discussão passou a circular de forma mais abrangente e literal na produção nacional a partir da defesa, por Robert Alexy, da ideia de que o Judiciário age como representante argumentativo do povo. Para o autor, essa modalidade de representação opera de forma complementar e dialética à representação volitiva parlamentar. Alexy sustenta que, paralelamente à representação volitiva e decisória dos Parlamentos, um modelo de democracia discursiva deve conter elementos

a entender que podem agir como intérpretes do “sentimento social”⁷³⁰. Os julgamentos televisionados transformaram-se em espetáculos fascinantes que ora se apresentam como reações aos movimentos sociais, ora operam como ações que deflagram combustões políticas.

De fato, as decisões de forte conteúdo e significação política têm oportunizado questionamentos sobre a legitimidade do Judiciário para deliberar sobre aspectos políticos, ao tempo em que suscitam a elaboração de teorias a respeito dos limites de atuação da jurisdição constitucional. Essa nova dimensão de atuação das Cortes Constitucionais agudizou-se de tal modo na Suprema Corte Norte-Americana, que Maus⁷³¹ chegou a proclamar, criticamente, o papel do Judiciário como superego da sociedade: “[...] Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social [...]”.

A fundamentação de decisões judiciais com base em uma constelação de princípios morais, procedimentais, concepções de justiça tornar-se-ia um fermento de decisões discricionárias. O déficit democrático das decisões judiciais contramajoritárias atea fogo na polêmica concernente ao pós-positivismo, principalmente no que se refere aos órgãos máximos do Poder Judiciário, os quais,

de representação argumentativa. Desse modo, enquanto a representação política parlamentar é pautada na intersecção desses dois aspectos representativos – instrumentalizados através do voto, da deliberação e da reeleição –, a representação exercida pelas Cortes Constitucionais é “puramente argumentativa”, ou seja, pautada na persuasão e correção dos argumentos utilizados pelos magistrados, considerando que estes não são diretamente eleitos pela população. O autor observa que não é suficiente ter bons argumentos para a representação. É necessário que o tribunal convença a opinião pública de que seus argumentos são válidos; ou seja, um número suficiente de cidadãos deve aceitar tais argumentos como sendo corretos. (ALEXY, Robert. *Constitutional rights, democracy, and representation*. *Ricerche Giuridiche*, [S. l.], v. 3, n. 2, p. 197-209, 2014). No debate brasileiro, a tese se infiltrou na fundamentação das decisões do STF e na produção acadêmica. O ministro Gilmar Mendes passou a sustentar que o Supremo atua como representante argumentativo da sociedade, para fundamentar a intromissão do Tribunal em questões difíceis. No mesmo sentido, Gilmar Mendes se referiu aos juizes como “representantes argumentativos” da sociedade em seu voto prolatado no julgamento da ADI 3510-0.

⁷²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 25-77.

⁷³⁰ ROXO, Sérgio. Barroso diz que Constituição deve ser interpretada em ‘sintonia com o sentimento social’. **O Globo**, São Paulo, 2 abr. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/barroso-diz-que-constituicao-deve-ser-interpretada-em-sintonia-com-sentimento-social-22549589>. Acesso em: 31 maio 2023.

⁷³¹ MAUS, Ingborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. **Estudos em Avaliação Educacional Fundação Carlos Chagas**, [S. l.], n. 20, p. 187, jul./dez. 1999.

sob a retórica do método e da hermenêutica da eficácia dos princípios constitucionais, não fazem outra coisa senão legislar⁷³²

Como aponta Reis, existe um liame entre esse conceito de representação e a legitimidade de um poder como o Judiciário. Isso porque é desejável que, em democracias plurais, os órgãos do Estado, não somente o Judiciário, reflitam em caráter simbólico os multifacetados segmentos da sociedade. Contudo, é difícil e precário defender teoricamente que a representação do Judiciário se estenda para outras dimensões – como a ideia de representação argumentativa, sobretudo na versão de Alexy, que bebe na fonte de teorias da democracia deliberativa e avança sobre a noção de que a representação supera os limites do voto e pode se dar a partir de modelos de argumentação racional.⁷³³

Na formulação de Alexy⁷³⁴, a representação argumentativa é atrelada à afirmação da importância dos direitos constitucionais e de sua proteção por um corpo decisório formado por membros não eleitos, como as cortes constitucionais. Segundo o autor, a única forma de conferir legitimidade democrática a tal corpo é associando o exercício da autoridade do tribunal a uma noção de representação – que não se ancora em qualquer forma de interação com os representados, mas na qualidade da produção argumentativa. No Brasil, essa concepção logo chegou às cortes e ao debate acadêmico. O ministro Gilmar Mendes referiu-se ao STF como representante argumentativo da sociedade, utilizando tal ideia para justificar a atuação do Tribunal em casos controvertidos como o da fidelidade partidária e das pesquisas com células-tronco. Barroso igualmente, sustenta que a jurisdição constitucional desempenha uma função representativa, paralelamente à contramajoritária⁷³⁵

Esta centralidade do judiciário na dinâmica estatal e social — coloca em evidência as fronteiras que separam direito e política. Conforme aumenta o poder dos juízes de interferir no rumo da vida social, cresce a importância de pensar sobre quem integra os tribunais, quais critérios de acesso são empregados e quais as

⁷³² BRANCO, Pedro H. Burocracia e crise de legitimidade: a profecia de Max Weber. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, p. 73, 2016.

⁷³³ ALEXY, Robert. Constitutional rights, democracy, and representation. **Ricerche Giuridiche**, [S. l.], v. 3, n. 2, p. 197-209, 2014.

⁷³⁴ *Ibid.*, 197-209.

⁷³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Natal, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

possibilidades de ampliação da representação dos vários grupos sociais nas instituições de poder. Nesse passo, as discussões sobre a legitimidade das instituições permanecem motivadas pelo problema clássico do reconhecimento das diferentes formas de autoridade e das condições sociais que tornam justificável a distribuição desigual de poder entre grupos e indivíduos.

6.1 Poder, dominação e legitimidade

O conceito de legitimidade é amplamente utilizado nas teorias políticas para descrever os princípios que levam os indivíduos a aceitarem a autoridade e a cumprirem suas obrigações políticas. Assim, a ideia de um processo político legítimo funciona como uma contraposição à de coerção, em que justamente o exercício do poder é realizado por meio da força, da violência ou sem o consentimento daqueles afetados, conforme vaticinou Rousseau, ao constatar que a força nativa não tem o poder de submeter os membros de uma sociedade, a menos que se transforme em dever imposto pelos mais fortes: “O mais forte não é nunca assaz forte para ser sempre o senhor, se não transforma essa força em direito e a obediência em dever”⁷³⁶.

Legitimidade é o reconhecimento do direito de governar, contudo, para que o direito de governar seja reconhecido, é fundamental que o exercício do comando se manifeste dentro dos limites dados pelos elementos que justificam a distribuição desigual de poder. Portanto, a legitimidade oferece uma solução para o problema político fundamental, que consiste em justificar simultaneamente o poder e a obediência.

É possível falar de formas de legitimação do poder em vários períodos da história, contudo, é na modernidade que o exercício do poder passa a ser submetido à autorização racional dos governados, em detrimento de formas tradicionais, afetivas ou religiosas de legitimação.

A sociologia, desde o seu nascimento, manteve-se interessada pela questão da legitimidade. Esse interesse permanente parece indicar que a legitimidade tem sido formulada como um aspecto fundamental das diferentes formas de organização social. Para a sociologia clássica, pensar em legitimidade significa falar em processos de integração social, sedimentados por diferentes universos simbólicos, como também em processos de dominação social e política.

⁷³⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 6.

6.1.1 Poder, dominação, legitimidade na sociologia de Max Weber

Max Weber, sociólogo alemão nascido em Erfurt, em 1864, produziu extensa obra, a qual está dividida em em três fases, marcadas por acontecimentos que provocaram uma interrupção ou mudança em seu ritmo de trabalho: na primeira, situada entre 1889 e 1898, concentram-se suas obras sobre economia e política; a segunda, iniciada com seu retorno à atividade intelectual em 1902, estende-se até 1914, sendo enfatizadas as obras relacionadas ao método em ciências sociais e aos estudos sobre a religião. No final desta segunda fase, foram produzidos textos que evidenciam sua preocupação com a universidade. A terceira fase, situada entre o início da guerra e sua morte em 1920, apresenta os estudos sobre burocracia e neutralidade ética, a análise de questões relativas à ciência e à política e os estudos de economia e religião, tema presente em todos os momentos de sua produção.

Após a morte de Weber, foram publicadas várias obras suas de grande importância: ensaios sobre economia e sociologia política, livros contendo ensaios sobre sociologia da religião e sua obra póstuma mais famosa: *Economia e Sociedade: esboço de sociologia compreensiva*, que contém os fundamentos básicos de sua sociologia. Essa obra foi construída a partir de manuscritos deixados pelo sociólogo e contém distintos extratos pertencentes a épocas diversas, abrangendo os temas de suas preocupações centrais. Está dividida em duas partes, na primeira são desenvolvidas as principais categorias sociológicas, parte dos conceitos fundamentais, passando pelas categorias sociológicas da vida econômica, os tipos de dominação e de legitimidade e os principais conceitos relativos a estamentos e classes. A segunda parte aborda a questão da economia, das ordens e poderes sociais: estabelece as relações entre economia e sociedade, entre economia e direito e analisa diferentes tipos de comunidades e sociedades. Nessa parte é desenvolvida, ainda, a sociologia da dominação, estabelecendo-se uma relação com os três tipos puros de dominação legítima, abordados na primeira.

Todo poder e toda forma de diferenciação entre os homens pressupõem uma justificação autorreferenciada - uma razão de ser para além da mera factualidade. Todo agrupamento humano onde exista uma diferença das condições de acesso aos bens tidos como valiosos – honra, poder, propriedade -

por mais fortuito que seja o critério que cause tal diferença, precisa lidar com o problema da justificação do respectivo quadro distributivo e, em última análise, com a questão da submissão dos indivíduos a tais esquemas e hierarquias. A fortuna, afirma Weber, “deseja, assim, se legitimar”⁷³⁷.

Sobre a temática aqui abordada, Weber pensou a legitimidade a partir de uma perspectiva descritiva, que se tornou profundamente influente. Seus estudos sobre a sociologia da dominação promoveram uma mudança de paradigma no campo da teoria política e deslocam o eixo de análise dos meios de aquisição e instituição do poder dos dominadores para a crença dos dominados nos fundamentos de legitimidade da autoridade. Para o autor, o que faz um regime político legítimo é o fato de que os indivíduos que nele se encontram possuem crenças ou uma fé que formam uma disposição a obedecer.

A centralidade que a legitimidade assume na sociologia weberiana se deve ao seu interesse nos fatores de estabilização e persistência das relações sociais e formas de ordenação social.⁷³⁸ Para Weber, a ordenação da conduta é mais estável quando os princípios de uma ordem são tomados como obrigatórios pelos atores submetidos a ela. De maneira semelhante, a legitimidade garantiria formas mais estáveis e persistentes de dominação. A subsistência da dominação depende da “autojustificação” do poder a partir dos princípios últimos em que se apoia a validade dessa dominação - a sua legitimidade.⁷³⁹

As relações sociais sempre estiveram fortemente marcadas por jogos de interesses, monopólios econômicos e poderes estabelecidos a partir de algum tipo de autoridade. Weber define o poder como “toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”.⁷⁴⁰ Um sujeito, ou um grupo de pessoas, se propõe a um objetivo e escolhe os meios apropriados para concretizá-lo, contudo, o sucesso fica na dependência do comportamento do outro sujeito, e por isso devem existir meios que induzam o comportamento desejado, que é o poder.

⁷³⁷ WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro: LTC, 1971. p. 314.

⁷³⁸ COHN, Gabriel. **Crítica e resignação**. Max Weber e a teoria social. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 89-90.

⁷³⁹ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. v. 2, p. 197.

⁷⁴⁰ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 3. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994. v. 1, p. 33.

Considerando o poder como uma relação entre duas pessoas, com ascendência de uma sobre a outra, de quem a primeira obtém comportamentos que, de outra forma não ocorreriam, Weber analisou sua manifestação em diferentes contextos: nas estruturas políticas, na sociedade de classes e na burocracia. O conceito de poder não recebe um tratamento essencialista, mas situacionista, cuja chave compreensiva reside em uma situação dada em cujas circunstâncias se apresentam características determinadas. A definição conceitual do poder apresenta elevado nível de sublimação, o que impossibilita encontrar fundamentos precisos. Por isso, Weber⁷⁴¹ afiança que o “conceito de ‘poder’ é sociologicamente amorfo. Todas as qualidades imagináveis de uma pessoa e todas as espécies de constelações possíveis podem pôr alguém em condições de impor sua vontade numa dada situação”.

É indispensável, por conseguinte, dispor de um instrumento conceitual mais específico, que leve à distinção entre poder e dominação: “o conceito de dominação deve ser mais preciso e só pode significar a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem”⁷⁴². Para Weber, a dominação constitui-se como um dos elementos mais importantes da ação social⁷⁴³

O consenso encontrado nas formas de dominação não advém de uma ação coletiva em situação de igualdade, o que leva a Weber à conclusão de que a dominação é um caso especial de poder. “Dominação, no sentido muito geral de poder, isto é, de possibilidade de impor ao comportamento de terceiros a vontade própria, pode apresentar-se nas formas mais diversas”⁷⁴⁴

Isso significa que o conceito de dominação apresenta dois sentidos distintos: o primeiro de caráter mais amplo, utilizado, segundo Weber, na linguagem corriqueira, com sentido impreciso ou amorfo de poder. O segundo apresenta

⁷⁴¹ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 3. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994. v. 1, p. 33.

⁷⁴² *Ibid.*, p. 33.

⁷⁴³ Weber defendia que a Sociologia deveria se concentrar na ação social e não apenas nos fatos sociais. Ele não acreditava que as estruturas sociais existiam externa ou independentemente dos indivíduos, de modo que na sua análise a ação social é examinada pelo prisma do sentido que ela assume para o agente. Por isso, o objetivo da Sociologia compreensiva é a compreensão dos significados das ações sociais. Desta forma: A “ação social” é uma modalidade específica de ação, ou seja, de conduta à qual o próprio agente associa um sentido. É aquela ação orientada significativamente pelo agente conforme a conduta de outros e que transcorre em consonância com isso. *Ibid.*, p. 13-15.

⁷⁴⁴ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. v. 2, p. 188.

características marcantes, como é o caso da ordem, da obediência e do reconhecimento:

Por 'dominação' compreendemos, então, aqui, uma situação de fato, em que uma vontade manifesta ('mandado') do 'dominador' ou dos 'dominadores' quer influenciar as ações de outras pessoas (do 'dominado' ou 'dominadores'), e de fato as influencia de tal modo que estas ações, num grau socialmente relevante, se realizam como se os dominados tivessem feito do próprio conteúdo do mandado a máxima de suas ações (obediência).⁷⁴⁵

Dominação, em Weber, se traduz, portanto, na probabilidade de encontrar obediência a um determinado mandado. Essa hipótese pode fundar-se em distintas razões de submissão, como na análise do indivíduo das vantagens e desvantagens de seguir aquele comando; ou no simples "costume", no hábito de um comportamento enraizado; ou, por fim, baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa. Nem todo tipo de capacidade de exercer "poder" ou influência sobre os outros pode ser descrito como uma relação autêntica de dominação. É necessário que haja um mínimo de vontade de obedecer, isso é, de interesse (externo ou interno) na obediência⁷⁴⁶.

Nenhuma dominação contenta-se voluntariamente com motivos puramente materiais ou afetivos ou racionais referentes a valores, como possibilidades de sua persistência. Todas procuram despertar e cultivar a crença em sua 'legitimidade'. Dependendo da natureza da legitimidade pretendida diferem o tipo da obediência e do quadro administrativo destinado a garanti-la, bem como o caráter do exercício da dominação. E também, com isso, seus efeitos. Por isso, é conveniente distinguir as classes de dominação segundo suas pretensões típicas à legitimidade.⁷⁴⁷

Caso os motivos da obediência repousassem apenas nas disposições individuais, as relações entre dominantes e dominados seriam extremamente instáveis, daí a necessidade de investigar os elementos supraindividuais que garantam uma estabilidade mínima da ordem de dominação vigente, de modo que o conjunto de tais elementos foi denominado pelo autor de "base de legitimidade".

⁷⁴⁵ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. v. 2, p. 191.

⁷⁴⁶ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 3. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994. v. 1, p. 139.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 139.

Não obstante, para Weber, a dominação costuma apoiar-se internamente em bases jurídicas, nas quais se funda a sua legitimidade. Desse modo, a legitimidade de um ordenamento social pode ocorrer a partir de fontes diversas, fornecendo o fundamento para a legalidade. Esta, em contrapartida, depende da lei escrita e de instituições competentes para implementá-la, como através dos quadros administrativos. Há, portanto, uma sequência natural entre legalidade e legitimidade na teoria Weberiana.

Em *Economia e Sociedade*⁷⁴⁸, Weber apresenta os tipos puros de dominação legítima da seguinte forma:

Há três tipos puros de dominação legítima, e sua legitimidade se baseia em: a) de caráter racional: baseado na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal); b) de caráter tradicional: baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes (dominação tradicional); c) de caráter carismático: baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa (dominação carismática).

E, seguindo essa definição, existiram três fontes de legitimidade nas sociedades: a tradicional, em que as pessoas justificam a submissão ao fato de a ordem social existir dessa forma há muito tempo; a carismática, na qual a fé é depositada nos atributos pessoais do governante; e a racional, em que os indivíduos depositam sua crença na legalidade, sobretudo na racionalidade encerrada na própria ideia de Estado de Direito.

Weber explica que a dominação carismática não se limita às fases primitivas do desenvolvimento, bem como as etapas deste desenvolvimento não podem ser colocadas numa linha evolucionária, uma atrás da outra, pelo contrário, os três tipos fundamentais da estrutura de dominação aparecem combinados um com o outro de forma mais variada. No entanto, é o destino do carisma recuar com o desenvolvimento crescente de formações institucionais permanentes.⁷⁴⁹

Porém, é preciso destacar que tanto a legitimidade tradicional quanto a carismática estão fortemente presentes no jogo político contemporâneo. As sociedades islâmicas, por exemplo, fazem uso constante e basilar da legitimidade da

⁷⁴⁸ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 3. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994. v. 1, p. 141.

⁷⁴⁹ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. v. 2, p. 342.

tradição, muitas delas impondo a lei islâmica (Sharia) com base em preceitos tradicionais, não em racionalidades modernas. Já a legitimidade carismática se traduz nas diversas formas de populismo presentes tanto em sociedades arcaicas quanto nas modernas. A América Latina talvez seja, historicamente, a região com a maior frequência de formas de legitimidade carismática. De acordo com Ianni, o populismo é um dos fenômenos políticos mais característicos dos países da América Latina, configurando-se como uma "ideia de forma subdesenvolvida ou degradada de organização política"⁷⁵⁰

Em termos gerais, o termo "populismo" pode ser usado para descrever uma abordagem política que se baseia numa alegada representação dos interesses comuns do povo contra supostas "elites estabelecidas":

[...] o populismo geralmente inclui componentes opostos, como a demanda pela igualdade de direitos políticos e a participação universal das pessoas comuns, mas ligado a certa forma de autoritarismo frequentemente **sob uma liderança carismática**. Também inclui demandas socialistas (ou pelo menos a demanda por justiça social), uma defesa vigorosa da pequena propriedade, fortes componentes nacionalistas e a negação da importância da classe. Tudo isso acompanhado da afirmação dos direitos das pessoas comuns confrontadas aos grupos de interesses privilegiados, em geral considerados contrários ao povo e à nação. Qualquer desses elementos podem se acentuar segundo as condições sociais e culturais, mas estão todos presentes na maioria dos movimentos populistas. (grifo nosso).⁷⁵¹

A dominação tradicional existe em virtude da crença na santidade das ordenações e dos poderes senhoriais. Seu tipo mais puro é o da dominação patriarcal, no qual predomina a relação de poder entre o senhor que manda e os súditos que obedecem. Diferente da relação tradicional, na dominação carismática a legitimidade vem do carisma, ou seja, da crença em poderes excepcionais de alguém para representar um determinado grupo. Seus tipos puros encontrados são na dominação do profeta, do herói, do guerreiro e de alguns líderes políticos.⁷⁵²

Ao contrário das dominações descritas (tradicional e carismática), na dominação legal a obediência está fundamentada na validade dos regulamentos instituídos na lei. Legitimidade e legalidade, na teoria Weberiana, estão diretamente

⁷⁵⁰ IANNI, Octávio. **A formação do Estado Populista na América Latina**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 7-8.

⁷⁵¹ LACLAU, Ernesto. **La razón populista**. México: Fondo de Cultura Económica, 2005. p. 15-16.

⁷⁵² WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 3. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994. v. 1, p. 141.

associadas, pois, para o autor “a forma de legitimidade hoje mais corrente é a crença na legalidade, a submissão a estatutos estabelecidos pelo procedimento habitual e formalmente correto”.⁷⁵³ A vigência legítima de uma ordem pode ocorrer em virtude “de um estatuto existente em cuja legalidade se acredita”. Nota-se como “esta legalidade [...] pode ser considerada legítima”⁷⁵⁴.

A legalidade fundamentaria, para Weber, a dominação do direito nas sociedades jurídicas modernas, de forma autônoma, pois se funda no próprio procedimento formal de produção das normas. Em Weber, vislumbra-se a crença na procedimentalização pela qual o direito é produzido como uma maneira de legitimar o ordenamento jurídico moderno. A legalidade é colocada no interior da legitimidade, de modo que o direito se auto-legitima, dispensando qualquer fundamentação externa a ele, o que diferencia a dominação legal-racional das outras espécies de dominação, que dependem de fatores externos, como a tradição e o carisma.

Segundo Bobbio⁷⁵⁵, a abordagem de Weber sobre a tipologia das formas de governo é profundamente inovadora, porque emprega um critério diferente: baseia-se nos tipos históricos de legitimação e de manifestação do poder político. Enquanto nas teorias tradicionais a legitimação do poder é consequência de um evento, em Weber ela se faz subjetivamente, na própria ação social. Para ele, há três tipos de poder legítimo porque há três princípios de legitimidade. Bobbio afirma que a classificação weberiana das formas de poder legítimo deriva da combinação de duas dicotomias: a distinção entre poder pessoal e impessoal, que separa o poder legal do tradicional e do carismático e a distinção entre poder ordinário e extraordinário, que diferencia o poder carismático do tradicional e do legal. Assim, o poder legal é, ao mesmo tempo, ordinário e impessoal, distinguindo-se dos dois outros tipos de poder.

Por outro lado, Weber foi criticado por sustentar que a crença na legitimidade da legalidade de um preceito jurídico é a forma mais corrente de legitimidade. Schmitt, em *Legalität und Legitimität*, comentou que a afirmação de Weber seria inconsistente: “Aqui tanto a legalidade quanto a legitimidade são reconduzidas ao conceito comum de legitimidade, significando a legalidade exatamente o oposto da

⁷⁵³ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 3. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994. v. 1, p. 23.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 22.

⁷⁵⁵ BOBBIO, Norberto. A teoria do Estado e do poder em Max Weber. In: BOBBIO, Norberto. **Ensaios escolhidos**: história do pensamento político. São Paulo: C. H. Cardim, 1988. p. 157-184.

legitimidade”.⁷⁵⁶ Schmitt defende a necessidade de se distinguir inequivocamente legitimidade de legalidade e alerta sobre o perigo de redução da legitimidade à legalidade. A confiança na forma vazia de um estatuto legal poderia justificar qualquer *status quo*, inclusive uma forma opressiva de dominação.

A diferença entre Weber e Schmitt é que Weber não está preocupado em estabelecer a distinção entre os conceitos de legalidade e legitimidade. Na verdade, o núcleo de sua análise se situa no plano empírico, não no normativo. A discordância de Schmitt com relação a Weber é apenas aparente, pois ambos os autores estão preocupados em compreender as relações de dominação da perspectiva mais próxima possível ao que de fato ocorre. O autor concordava com Weber de que a forma mais estável de dominação era a dominação burocrática, cujo fundamento de validade residiria na crença na legalidade dessa forma específica de exercício do poder.⁷⁵⁷

Weber está interessado, principalmente, em explorar a diferença básica entre dominação pessoal e impessoal, tradicional e racional. Para ele, somente o processo legal e administrativo moderno quebra a barreira personalista que continha toda a autoridade política tradicional, que são os poderes autoritários que dependem da lealdade. Com o desenvolvimento do Estado moderno, essa configuração é substituída pela da legalidade. Assim, a legitimidade de toda dominação legal é racional e a dominação com a ajuda de uma administração burocrática é apenas o tipo mais puro de dominação legal.⁷⁵⁸

O poder na burocracia é abordado a partir da consideração de que, tecnicamente, a burocracia é o meio de poder mais altamente desenvolvido nas mãos do homem que o controla. Weber intensificou seus estudos sobre a burocracia a partir de sua experiência como administrador de nove hospitais em Heidelberg, entre 1914 e 1915, quando teve oportunidade de vivenciar as vantagens e os efeitos perversos desse tipo de organização. Afirmando que a burocracia é uma das estruturas sociais mais difíceis de se destruir, Weber considerava que

⁷⁵⁶ SCHMITT, Carl. **Legalität und Legitimität**. 6. Aufl. Berlin: Duncker & Humblo, 1998. p. 14.

⁷⁵⁷ BRANCO, Pedro H. Burocracia e crise de legitimidade: a profecia de Max Weber. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, p. 55, 2016; WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 3. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994. v. 1, p. 144.

⁷⁵⁸ SCHLUCHTER, Wolfgang. **The rise of western rationalism**: Max Weber's developmental history. Berkeley: University of California Press, 1981. Publicado originalmente em alemão, em 1979.

Quando se estabelece plenamente, a burocracia está entre as estruturas sociais mais difíceis de destruir. A burocracia é o meio de transformar uma 'ação comunitária' em 'ação societária' racionalmente ordenada. Portanto, como instrumento de 'socialização' das relações de poder, a burocracia foi e é um instrumento de poder de primeira ordem — para quem controla o aparato burocrático.⁷⁵⁹

A substituição das relações pessoais como tipo de dominação tradicional de controle do Estado pelo conhecimento técnico e formação de funcionários profissionalizados é compreendido como o processo de burocratização. Dessa forma, a administração burocrática realiza-se em sua forma mais pura onde vigora o princípio da nomeação dos funcionários, não existindo uma hierarquia de funcionários eleitos. Pode-se considerar que o desenvolvimento da administração burocrática constitui a célula germinativa do moderno Estado ocidental, tendo em vista que a administração burocrática é a mais racional do ponto de vista técnico e formal, ela torna-se indispensável para as necessidades da administração de massas, sendo o seu instrumento de superioridade o conhecimento profissional.⁷⁶⁰

A burocracia, para Weber, é necessária e inevitável. Em um Estado Moderno, quem governa, de fato, são os funcionários burocráticos por meio da rotina administrativa, pois são responsáveis pela tomada de decisão sobre problemas e necessidades diárias da sociedade. Assim, a burocracia se constitui eficiente instrumento de poder.

Nesse contexto, o princípio da lealdade pessoal, característico das sociedades no tipo tradicional, foi substituído pelo princípio da legalidade na sociedade racional moderna, sendo o governo dirigido por regras abstratas, que podem ser acordadas ou impostas. Portanto, para Weber, o Estado moderno, em contraste com o império, representa uma espécie de "dominação constitucional" pela qual a obediência é devida à ordem impessoal legalmente estabelecida.⁷⁶¹

A questão da preservação e persistência da ordem social a partir do problema da legitimidade permaneceram sendo mobilizadas na sociologia, assim como na filosofia. Para além da discussão sobre os processos mais amplos de preservação e reprodução social, a discussão sobre a legitimidade da dominação social de Weber

⁷⁵⁹ WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro: LTC, 1971. p. 264.

⁷⁶⁰ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 3. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994. v. 1, p. 144.

⁷⁶¹ SCHLUCHTER, Wolfgang. **The rise of western rationalism**: Max Weber's developmental history. Berkeley: University of California Press, 1981. Publicado originalmente em alemão, em 1979.

foi retomada por autores que, em diálogo com diferentes tradições da teoria política, buscam refletir normativamente sobre a legitimidade como mecanismo que limita internamente o exercício do poder.

Na esteira de Weber, o normativismo lógico de Hans Kelsen fará uma estrita e unívoca associação de legitimidade com legalidade. A legitimidade do ordenamento positivo residiria na efetividade de sua estrutura lógica autojustificadora, isenta de quaisquer elementos metajurídicos. Nessa perspectiva, a estrutura e fundamento do poder político se assentam sobre um critério de legitimação puramente jurídico. Estado e ordenamento jurídicos são termos sinônimos e indissociáveis no constructo kelseniano.⁷⁶²

Luhmann⁷⁶³ nos oferece outro conceito de legitimidade definido a partir do plano do sistema social. A legitimidade institucional não se baseia no consenso das pessoas na validade das normas ou nas decisões, mas sim na “possibilidade de supor-se a aceitação”.⁷⁶⁴ Assim, legítimas são as decisões nas quais os componentes da sociedade esperam normativamente que os atingidos se ajustem cognitivamente às decisões ou regras transmitidas por aqueles que decidem. Ou, em outras palavras, que toda a sociedade esteja disposta a assimilar o que for normatizado por decisões vinculativas.

Segundo ele, existem dois mecanismos complementares que legitimam as decisões: a eficácia simbólica da força física e a participação em processos regulamentados, como a eleição política e o processo judicial. A força física é um fator de legitimação, mas a exclusividade dela levaria a um regime de terror. Por isso, é importante que todos os agentes da sociedade sejam participantes ativos no processo decisório. A legitimidade, portanto, é resultado do próprio sistema e não uma justificação externa antecipada.

O autor propõe a legitimação pelo procedimento como uma forma de estabelecer a legitimidade do poder político, uma vez que em contextos de grande diferenciação social, como o moderno, o procedimento seria a única fonte viável de legitimidade do poder político. Ao estabelecer procedimentos formais e transparentes, assegura-se que todas as vozes sejam ouvidas e que as decisões sejam tomadas de acordo com regras estabelecidas previamente, o que tornaria

⁷⁶² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁷⁶³ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília, DF: Editora da Universidade de Brasília, 1980.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 31.

viável a aceitação e o cumprimento das decisões políticas, mesmo que haja discordância sobre o conteúdo.

Dessa forma, segundo Luhmann, a legitimação do poder político é sempre uma autolegitimação, ou seja, é construída internamente pelo próprio sistema político através da comunicação e reflexão coletiva. A legitimidade não pode ser imposta "de cima" ou "de fora", mas deve ser construída a partir da participação ativa dos cidadãos e da reflexão coletiva sobre as normas e procedimentos que regem o sistema político.⁷⁶⁵

Habermas também discute o conceito de legitimidade e suas consequências. Ele argumenta que, em sociedades complexas e pluralistas, é impossível basear a legitimidade da lei em um consenso moral prévio ao discurso público. Habermas destaca que a lei moderna é estruturada por tensões entre facticidade (a realidade concreta) e validade (a normatividade da lei), entre a administração e a aplicação da lei e a reivindicação de seu reconhecimento.

Segundo Habermas, a construção da legitimidade do direito passa pela dinâmica da linguagem e do discurso. O modelo proposto pelo autor atribui à linguagem papel proeminente nas interações sociais, a qual exige uma prática intersubjetiva, envolvendo o maior número de atores possíveis na construção das decisões que irão lhes afetar. Ele acredita que o direito se legitima por meio de um procedimento discursivo baseado em regras previamente acordadas e consentidas pelos debatedores na arena político-jurídica. Essas regras incluem o respeito mútuo, a igualdade de oportunidades para participar do discurso e a busca por um consenso racional e justo; quando essas regras são seguidas, os procedimentos democráticos podem produzir resultados mais razoáveis e legítimos.

Habermas discorda desse conceito ao questionar se a legalidade racional, por si só, é suficiente para garantir a legitimidade democrática. Ele argumenta que a legalidade formal não pode ser separada da legitimidade moral e dos pressupostos discursivos subjacentes à formação democrática das leis. Para Habermas, não é possível explicar a legitimidade da legalidade tendo como ponto de partida uma racionalidade independente, instalada na forma jurídica, de um modo moralmente livre, pois, em realidade, à legitimidade deve estar subjacente uma relação interna entre moral e Direito. Todavia, embora discorde de Weber quanto à impossibilidade

⁷⁶⁵ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília, DF: Editora da Universidade de Brasília, 1980. p. 29-35.

de reconhecimento de um sentido moral conferido à experiência jurídica, a noção de Weber de que a racionalização do Direito é elemento essencial nos processos de modernização cultural e social é abarcada por Habermas.⁷⁶⁶

Portanto, para Weber, a legitimidade é formal, sendo assegurada pela organização e controle da ordem legal, pela forma abstrata das leis e pelo exercício dos atos administrativos e jurisdicionais em conformidade com a lei. Weber interpreta as ordens estatais das sociedades ocidentais modernas como desdobramentos da “dominação legal”. Sua legitimidade depende da fé na legalidade do exercício do poder. Não se pode considerá-lo como alguém que aceitasse a submissão do político ao jurídico, porque o fundamento da legitimidade weberiana oscila entre norma e decisão. Nesse contexto, seria ilusório reduzir a política a uma discussão racional em uma esfera pública dada.

6.1.2 Pierre Bourdieu: poder simbólico e legitimação

A teoria social praxiológica⁷⁶⁷ de Bourdieu se centraliza na ideia de que a estrutura da personalidade dos agentes individuais é, em grande parte, determinada pela trajetória de experiências que seguem num contexto social e histórico específico.⁷⁶⁸ Significa dizer que o modo de “ser-no-mundo” (Heidegger/Merleau-Ponty/Bourdieu) de qualquer ator traz consigo as marcas das circunstâncias estruturais, institucionais e culturais no interior das quais se desenrola sua biografia.⁷⁶⁹

O objeto mais ambicioso do projeto sociológico de Bourdieu substitui os dualismos que, desde o seu início, atravessaram a história das ciências sociais: objetivismo versus subjetivismo, estrutura versus ação, macrossociologia versus microsociologia ou física

⁷⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action**. [S. l.]: Beacon Press, 1985. v.1: Reason and the rationalization of society.

⁷⁶⁷ O conhecimento que podemos chamar de praxiológico tem como objeto não somente o sistema das relações objetivas que o modo de conhecimento objetivista constrói, mas também as relações dialéticas entre essas estruturas e as disposições estruturadas nas quais elas se atualizam e que tendem a reproduzi-las, isto é, o duplo processo de interiorização da exterioridade e de exteriorização da interioridade: este conhecimento supõe uma ruptura com o modo de conhecimento objetivista, quer dizer um questionamento das questões de possibilidade e, por aí, dos limites do ponto de vista objetivo e objetivante que apreende as práticas de fora, enquanto fato acabado, em lugar de construir seu princípio gerador, situando-se no próprio movimento de sua efetivação. BOURDIEU, Pierre. **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1983. p. 47.

⁷⁶⁸ PETERS, Gabriel. Humano, demasiado mundano: a teoria do habitus em retrospecto. **Teoria & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 9, 2010.

⁷⁶⁹ BOURDIEU, *op. cit.*, p. 47.

social versus fenomenologia social.

Bourdieu desenvolveu conceitos fundamentais para explicar os fundamentos da dominação social e da ordem social, dentre os quais destacamos, de forma sumária e introdutória, os três mais importantes para compreender a análise de autor sobre as dinâmicas de poder na sociedade: os conceitos de *campo*, *habitus* e *capital*:

- a) *campo* - Para Bourdieu, o mundo social deve ser analisado como um espaço de posições. No seio deste espaço, as posições se diferenciam entre si a partir de uma distribuição desigual de bens e recursos escassos, os quais podem ser os mais diversos (do dinheiro ao poder político, da autoridade científica ao carisma religioso). Esta distribuição é mantida em movimento porque os bens e recursos são objeto de disputa pelos agentes que ocupam as diferentes posições no determinado espaço. O conceito central criado pelo autor para o exame sociológico desses espaços estruturados de disputa é de “campo”.⁷⁷⁰ Na sua significação mais geral, um campo é qualquer ambiente social que pode ser construído como um espaço de posições objetivas definidas por montantes desiguais de recursos de poder. Em outros momentos da sua obra, entretanto, Bourdieu utilizou a noção em um sentido mais circunscrito a contextos sociais modernos, marcados que são pela emergência de esferas de atividade relativamente autônomas, como, por exemplo, os campos científico, religioso, artístico e econômico (no sentido restrito da economia monetária), além dos campos político e jurídico;⁷⁷¹
- b) *habitus* - Conceito de origem aristotélico-tomista⁷⁷², refere-se a um conjunto de *disposições* de conduta imprimidas no indivíduo pela socialização *que, ao longo do tempo, tornam-se características permanentes do seu modo de ser*. São “estruturas estruturadas predispostas a funcionar como

⁷⁷⁰ Compreender a gênese social de um campo e apreender aquilo que faz a necessidade específica da crença que o sustenta, do jogo de linguagem que nele se joga, das coisas materiais e simbólicas em jogo que nele se geram, é explicar, tornar necessário, subtrair ao absurdo do arbitrário e do não motivado os atos dos produtores e as obras por eles produzidas. BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 69.

⁷⁷¹ PETERS, Gabriel. Humano, demasiado mundano: a teoria do habitus em retrospecto. **Teoria & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 8-37, 2010.

⁷⁷² *Ibid.*, 8-37.

estruturas estruturantes”⁷⁷³ das mesmas estruturas que os estruturaram. O *habitus* é moldado pelas estruturas sociais e influencia as práticas e as escolhas dos indivíduos, agindo como filtros inconscientes que orientam o seu comportamento. A relação de interdependência entre o conceito de *habitus* e campo é condição para seu pleno entendimento;

- c) capital - é um conceito amplo que se refere a recursos que os indivíduos possuem e que lhes permite obter vantagens em diferentes campos sociais. Bourdieu identifica diferentes tipos de capital, como o capital econômico (dinheiro e bens materiais), o capital cultural (conhecimentos, habilidades e certificações), o capital social (rede de contatos e relações interpessoais) e o capital simbólico (prestígio, reconhecimento e honra), que juntos formam as classes sociais ou o espaço multidimensional das formas de poder.⁷⁷⁴ Para Bourdieu, os poderes sociais fundamentais são: em primeiro lugar o capital econômico, em segundo lugar o capital cultural (informacional), e em terceiro lugar, duas formas de capital que estão altamente correlacionadas: o capital social, que consiste de recursos baseados em contatos e participação em grupos e o capital simbólico que é a forma que os diferentes tipos de capital toma quando percebidos e reconhecidos como legítimos”.⁷⁷⁵

Feitas estas breves considerações conceituais, passamos a apresentar algumas pistas sobre a complexa rede teórica de Pierre Bourdieu acerca das relações de poder que, explícitas ou implícitas, conscientes ou inconscientes, permeiam todas as relações humanas, em todos os campos que fazem parte do espaço social.⁷⁷⁶ Mas, o que vem a ser esse campo do poder que permeia todos os outros campos?

O campo do poder, que não se confunde com campo político, “não é um campo como os outros: ele é o espaço de relações e força entre os diferentes tipos

⁷⁷³ BOURDIEU, Pierre. **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1983. p. 61; BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 1987. p. 191.

⁷⁷⁴ BOURDIEU, Pierre. What makes a social class? On the theoretical and practical existence of groups. **Berkeley Journal of Sociology**, [S. l.], v. 32, p. 1-17, 1987.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁷⁷⁶ Sobre a concepção bourdieusiana de espaço social consultar: BOURDIEU, Pierre. Espaço social e gênese de classe. In: BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: DIFEL, 1989. cap. 6, p. 133-161.

de capital"⁷⁷⁷ ou, mais especificamente, "entre os agentes suficientemente providos de um dos diferentes tipos de capital [para conseguir dominar o campo correspondente e cujas] lutas se intensificam sempre que o valor relativo dos diferentes tipos de capital é posto em questão"⁷⁷⁸.

O campo do poder é um campo de forças estruturalmente determinado pelo estado das relações de poder entre tipos de poder, ou diferentes tipos de capital. Também é, de modo inseparável, um campo de lutas de poder entre os detentores de diferentes formas de poder, um espaço de jogo em que aqueles agentes e instituições possuidores de suficiente capital específico são capazes de ocupar posições dominantes dentro de seus campos respectivos, e confrontar os demais utilizando estratégias voltadas para preservar ou transformar as relações de poder. Os tipos diferentes de capital são tipos específicos de poder que são ativos em um ou outro campo (de forças e lutas), gerados no processo de diferenciação e autonomização. Dentro destes diferentes espaços de jogo surgem tipos característicos de capital que são, simultaneamente, instrumentos e objetos de disputa.⁷⁷⁹

Capital simbólico é poder reconhecido, ao mesmo tempo que desconhecido e, como tal, gerador de poder simbólico e de violência simbólica. A depender da posição que ocupam na estrutura do campo, ou seja, na distribuição de um determinado capital simbólico, as estratégias utilizadas pelos agentes ocupam uma posição que pode ser de legitimação (conservação) ou de subversão, estas em confronto permanente com as forças de conservação – o que não implica mudanças dos princípios de poder que estruturam um campo. Conservar ou subverter as regras do jogo, através das estratégias dos agentes, é uma tendência que passa pela mediação de seus *habitus*. Essas estratégias também dependem do espaço de possibilidades herdado de lutas anteriores (história do campo) que tende a delimitar os espaços de tomadas de posição possíveis e assim orientar a busca de soluções.⁷⁸⁰

Dessa luta entre os agentes envolvidos em cada campo resultam processos de acumulação ou de transformação. Os agentes podem atuar para aumentar ou conservar seu capital, em conformidade com as regras tácitas do jogo e com os pré-

⁷⁷⁷ BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Campinas: Papyrus, 1996. p. 52.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 52.

⁷⁷⁹ BOURDIEU, Pierre. **The state nobility**: elite schools in the field of power. Stanford: Stanford University Press, 1998. p. 264-265.

⁷⁸⁰ BOURDIEU, *op. cit.*, p. 48-51; LIMA, Denise Maria de Oliveira. Campo do poder, segundo Pierre Bourdieu. **Cógito**, Salvador, v. 11, p. 14-19, 2010.

requisitos da sua reprodução; mas eles também podem transformá-lo, parcial ou completamente, pela mudança das regras imanentes do jogo, por meio de estratégias que mudam, por exemplo, o valor dos diferentes tipos de capital - a "taxa de conversão"⁷⁸¹. A partir desses conceitos, Bourdieu desenvolve a ideia de campo jurídico, como "o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito [...]".⁷⁸²

Portanto, a categoria central para compreender as relações entre agentes dentro dos campos sociais, assim como as relações de interdependência entre os diversos campos sociais e deles com o campo de poder é exatamente o poder e sua reprodução. Como nenhum poder pode satisfazer-se simplesmente com existir enquanto poder, isto é, como força bruta inteiramente despida de justificação, é preciso justificar a sua existência ou, pelo menos, assegurar que a sua natureza arbitrária não seja reconhecida.⁷⁸³ Para isso, faz-se necessário, dentro de cada campo social e no campo do poder, um princípio de legitimidade legitimado e, inseparavelmente, um modo legítimo de reprodução das bases da dominação.

[...] a ordem estabelecida, com suas relações de dominação, seus direitos e suas imunidades, seus privilégios e suas injustiças salvo uns poucos acidentes históricos, perpetua-se apesar de tudo tão facilmente, e que condições de existência das mais intoleráveis possam permanentemente ser vistas como aceitáveis ou até mesmo como naturais.⁷⁸⁴

A dominação implica algum tipo de violência, seja a violência aberta - física ou econômica - seja a violência simbólica "[...] violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento."⁷⁸⁵

Desse modo, o poder simbólico para Bourdieu é, fundamentalmente, um poder de construção da realidade. Tal poder detém os meios de afirmar o sentido imediato do mundo, instituindo valores, classificações (hierarquia) e conceitos que se apresentam aos agentes como espontâneos, naturais e desinteressados. O poder

⁷⁸¹ BOURDIEU, Pierre. **The state nobility**: elite schools in the field of power. Stanford: Stanford University Press, 1998. p. 52.

⁷⁸² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 212.

⁷⁸³ BOURDIEU, *op. cit.*, 1998; MISOCZKY, Maria Ceci A. Implicações do uso das formulações sobre campo de poder e ação de Bourdieu nos estudos organizacionais. **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, v. 7, p. 9-30, 2003.

⁷⁸⁴ BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 10.

⁷⁸⁵ *Ibid.*

simbólico “faz ver e faz crer”, transforma a visão e a ação dos agentes sociais sobre o mundo – e desse modo, o mundo. É um poder “[...] quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica) e só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário [...]”.⁷⁸⁶

O poder simbólico é capaz de se impor como legítimo, dissimulando a força que há em seu fundamento. Os dominados contribuem sempre para a própria dominação a partir de disposições resultantes da dominação, sendo a violência simbólica exercida com a cumplicidade ativa, embora nem sempre consciente e voluntária daqueles que a ela se submetem.

Ao contrário da força nua, que age por uma eficácia mecânica, todo poder verdadeiro age enquanto poder simbólico. A ordem toma-se eficiente porque aqueles que a executam, com a colaboração objetiva de sua consciência ou de suas disposições previamente organizadas e preparadas para tal, a reconhecem e creem nela, prestando-lhe obediência. Para Bourdieu, o ato de reconhecimento tem mais chances de ser considerado como legítimo e de exercer seu poder de legitimação, na medida em que é menos determinado por imposições externas, físicas, econômicas e políticas (logo, quanto mais autêntico, sincero, desinteressado etc.) e mais inspirado em razões específicas de uma submissão eletiva, que confere a seu autor a legitimidade reivindicada pelo poder de legitimação.⁷⁸⁷

Bourdieu analisa o processo de legitimação como um dos mecanismos fundamentais de manutenção da ordem estabelecida ao proporcionar a adesão dos dominados ao mundo “tal como ele é”. Na sua reflexão sobre a dominação, o autor elabora a centralidade das formas de reconhecimento como fator fundamental da naturalização e apagamento da arbitrariedade que funda a fronteira mágica entre dominantes e dominados e sustenta o ponto de vista dominante como universal.⁷⁸⁸

No que tange ao processo de legitimação, o poder permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força, porém, para tanto, precisa ser reconhecido, ou seja, ignorado como arbitrário. É a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia que garante a manutenção da ordem.

⁷⁸⁶ BOURDIEU, Pierre. Espaço social e gênese de classe. In: BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: DIFEL, 1989. cap. 6, p. 14.

⁷⁸⁷ Aqui é necessário pensar se há submissão eletiva, uma vez que as religiões, sistemas jurídicos e ideologias em geral ditam a vontade das pessoas/sociedade. Essa "eletividade da submissão" é uma abstração, não existe de fato nem objetivamente. Todos somos determinados, em alguma medida, por fatores externos, ainda que inconscientemente.

⁷⁸⁸ GISI, Bruna; ADORNO, Sergio. Apresentação legitimidades, conhecimento e dominação política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 33, p. 5-21, 2022.

Assim, enquanto para Weber a legitimação da dominação está alicerçada nos três tipos de dominação pura, Bourdieu acrescenta essa teoria apontando que estas dominações são tacitamente e facilmente legitimadas quando há o reconhecimento do dominador e quando a submissão acontece de forma desinteressada e que a eficácia do poder simbólico depende do grau em que a visão proposta está alicerçada na realidade.

A legitimidade do poder está relacionada com a aceitação e reconhecimento da autoridade de um representante por parte de quem é representado. A representação, por sua vez, envolve a atuação em nome de outros indivíduos ou grupos, de modo a garantir que seus interesses sejam considerados e defendidos. Dessa forma, a legitimidade é fundamental para que a representação seja eficaz e respeitada.

6.2 Legitimidade a justiça constitucional no Brasil pós 1988

A Constituição de 1988 deu origem a uma nova fase da jurisdição constitucional, caracterizada pela abertura procedimental do contencioso constitucional. Ampliaram-se os legitimados para propositura de ações de controle abstrato, os instrumentos de acesso à jurisdição constitucional difusa e concentrada do STF, e também ampliação dos mecanismos de acesso à Justiça, por meio, por exemplo, da criação da Defensoria Pública, Juizados Especiais e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

A Constituição de 1988 foi responsável pela recepção deste modelo “misto” de controle judicial de constitucionalidade, uma vez que a hibridação, no contexto brasileiro, carrega influências do modelo americano (difuso) e do modelo europeu (concentrado), além de ter sido – do ponto de vista teórico-epistemológico – o documento que recepcionou as transformações do direito constitucional no âmbito do constitucionalismo contemporâneo.

Pode-se afirmar, nesse contexto, que o modelo de controle judicial de constitucionalidade brasileiro é marcado por uma alta complexidade por diversos fatores: a) admitir a confluência de dois modelos diferentes (americano e europeu; b) o STF não ser essencialmente uma “Corte Constitucional” em *stricto sensu*, mas também funcionar como última instância do Judiciário; c) a competência da Corte, que além de guardião do texto constitucional, desempenha a função de mediador entre poderes.

O modelo misto brasileiro ainda passou por mudanças e incrementos desde a promulgação do texto constitucional. As mudanças substanciais foram realizadas pela Emenda Constitucional n. 3/2003, que a) criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) criou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental; c) atribuiu eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Além disso, em âmbito infraconstitucional, houve a aprovação da Lei n. 9.868/99⁷⁸⁹ e da Lei n. 9.882/99⁷⁹⁰, que regulamentam o julgamento e processamento da ADI, ADC e ADPF perante o STF. Já a Emenda Constitucional n. 45/2004 foi responsável por designar novos mecanismos no sistema de controle concreto de constitucionalidade.

Todas essas mudanças contribuíram para abertura de um processo de democratização a jurisdição constitucional, mas teve também o efeito deletério de aumento excessivo de demandas judiciais em um contexto em que os órgãos jurisdicionais não estavam preparados para lidar. Diante desse cenário, a ordem jurídica brasileira começou a desenvolver institutos de racionalização da prestação jurisdicional. A partir da Emenda Constitucional 45/2004 (reforma do Judiciário), foram criados institutos como a repercussão geral do recurso extraordinário e as súmulas vinculantes. Já o Código de Processo Civil de 2015 instituiu expedientes como o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e estabeleceu normativamente um dever de observância aos precedentes judiciais (artigo 927).

Sobre abertura à democratização da interpretação constitucional, as ideias de Häberle⁷⁹¹ influenciaram a criação de diversos mecanismos de participação da sociedade no debate constitucional, no sentido de ampliar o rol de legitimados para

⁷⁸⁹ BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em. 01 dez. 2023.

⁷⁹⁰ *Ibid.*

⁷⁹¹ A questão sobre quem são os intérpretes da constituição foi analisada pelo jurista alemão Peter Häberle, trabalho traduzido para o idioma português com o título *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Na obra o autor elabora, entre outros, o seguinte questionamento: Quais são os participantes da interpretação? Para o autor, “[...] no processo de interpretação, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com número *clausus* de intérpretes da Constituição”. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 10.

provocar o controle concentrado de constitucionalidade, admitir a intervenção de órgãos ou entidades no processo (*amicus curiae*), para que estes possam se manifestar sobre a questão constitucional em debate e permitir que o Supremo Tribunal Federal, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, realize audiências públicas destinadas a ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria. Para o autor, a jurisdição constitucional detém a última palavra, contudo, o juiz constitucional não é o único intérprete, são muitos os participantes:

A ampliação do círculo dos intérpretes [...] é apenas a consequência da necessidade, por todos sempre defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes, em sentido amplo, compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização e pluralização da interpretação constitucional). (grifo do autor).⁷⁹²

Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática - e o ponto de referência da democracia é o pluralismo. Contudo, embora a legislação brasileira, de alguma forma, crie mecanismos de ampliação do debate, tais mecanismos ainda não foram satisfatoriamente incorporados à tradição da Corte.⁷⁹³ Além disso, são poucos os convidados a participarem da “sociedade aberta de intérpretes da constituição”, de modo que a interpretação da Constituição ainda é monopólio dos juízes.

6.2.1 Supremo Tribunal Federal: composição e modelo de escolha dos juízes

Em toda a história constitucional brasileira o modelo institucional de composição do STF sofreu poucas alterações. Definidos seus contornos básicos pela Constituição de 1891, sob inspiração do modelo estadunidense, em regra, a

⁷⁹² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

⁷⁹³ Dentre as várias pesquisas realizadas sobre a temática, destacamos: SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 13, p. 236-273, 2017; LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, p. 331-372, 2018; GUIMARÃES, Livia Gil. Participação social no STF: repensando o papel das audiências públicas. **Revista Direito e Práxis**, Natal, v. 11, p. 236-271, 2020.

indicação sempre esteve no campo de discricionariedade do presidente da República, cabendo ao Senado Federal sabatar o nome indicado.

Segundo a Constituição de 1891, a escolha dos juizes se daria entre cidadãos “de notável saber”,⁷⁹⁴ o que permitiu que o presidente nomeasse pessoas sem formação em Direito. Na Constituição de 1934, o requisito constitucional de que o nomeado ao STF tenha “notável saber” foi transformado na exigência mais específica de “notável saber jurídico”, permanecendo dessa forma nas constituições seguintes⁷⁹⁵.

Sob a égide da Constituição republicana de 1891, estabeleceu-se uma praxe de o Presidente da República submeter o ato de nomeação dos escolhidos para compor o Supremo Tribunal Federal ao exame do Senado Federal, a quem cabia aprovar, ou não, referida nomeação. Com esse procedimento, tornava-se possível ao nomeado para a Corte Suprema investir-se, desde logo, no o cargo para o qual fora indicado, cujo nome só seria apreciado pelo Senado após o início do exercício da função⁷⁹⁶. As Constituições de 1934 (que transformou o STF em Corte Suprema) e a de 1937 (que substituiu o Senado pelo Conselho Federal) mantiveram esse modelo (embora, na prática, desde 1930 os indicados por Getúlio Vargas tenham sido nomeados diretamente, sem qualquer intervenção ou apreciação daqueles órgãos externos). Somente após a Constituição de 1946 (art. 99), as regras de composição passaram a incluir a aprovação prévia, pelo Senado, do nome indicado pelo presidente da República.⁷⁹⁷

O papel do Senado Federal na tradição brasileira tende a parecer meramente formal, tanto que na história republicana, ao longo de 134 (cento e trinta e quatro) anos (1889 a 2023), o Senado Federal rejeitou apenas cinco indicações presidenciais para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal – (1) Barata Ribeiro, (2) Innocêncio Galvão de Queiroz, (3) Ewerton Quadros, (4) Antônio Sève Navarro e (5) Demosthenes da Silveira Lobo) –, todas durante o governo Floriano

⁷⁹⁴ BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891)**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

⁷⁹⁵ MELLO FILHO, José Celso. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. 5. ed. rev. e ampl. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal: Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023. p. 240-265.

⁷⁹⁶ Nos governos de Marechal Floriano Peixoto, Getúlio Vargas e José Linhares vários Ministros foram nomeados sem a prévia aprovação pelo Senado Federal.

⁷⁹⁷ *Ibid.*

Peixoto (1891 a 1894).⁷⁹⁸ . O primeiro, médico, teve rejeição por pressões políticas dominantes. Os demais sofreram a mesma pressão pela rejeição, especialmente por advirem da ala de generais, avessa à discussão mais técnica e grave do Supremo.⁷⁹⁹

A Composição cúpula da Justiça Brasileira também sofreu alterações nas Constituições da República:

- a) Constituição Federal de 1891: 15 (quinze) Juízes;
- b) Decreto nº 19.656, de 1931 (Governo Provisório): 11 (onze) Juízes;
- c) Constituição Federal de 1934: 11 (onze) Juízes;
- d) Carta Federal de 1937 (Estado Novo): 11 (onze) Juízes;
- e) Constituição Federal de 1946: 11 (onze) Juízes;
- f) Ato Institucional nº 2/1965: 16 (dezesesseis) Juízes;
- g) Carta Federal de 1967: 16 (dezesesseis) Juízes;
- h) Ato Institucional nº 6/1969: 11 Juízes;
- i) Carta Federal de 1969: 11 (onze) Juízes;
- j) Constituição Federal de 1988: 11 (onze) Juízes;⁸⁰⁰

Na constituição atual, os membros do STF são nomeados entre brasileiros natos, maiores de 35 (trinta e cinco) e menores de 70 (setenta) anos de idade,⁸⁰¹ com notável saber jurídico e ter reputação ilibada. A Constituição Federal de 1891 não previa a aposentadoria compulsória por idade, somente com a Constituição de 1934 é que se instituiu, no Brasil, a aposentadoria compulsória, submetida, no entanto, a regimes diferenciados, conforme se tratasse de magistrados (que se aposentavam, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade – art. 64, “a”) ou de servidores públicos em geral, cuja inativação por implemento de idade ocorria aos 68 (sessenta e oito) anos (art. 170, 3º).

⁷⁹⁸ MELLO FILHO, José Celso. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. 5. ed. rev. e ampl. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal: Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023. p. 107.

⁷⁹⁹ RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. 4 v.

⁸⁰⁰ MELLO FILHO, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁰¹ A Carta de 1934 é a primeira a estabelecer limite mínimo de trinta e cinco anos e máximo de sessenta e cinco anos de idade para que o ministro pudesse ser investido no cargo. Até então, não havia limites temporais para o exercício do cargo. Casos como o dos Ministros André Cavalcanti (93 anos) Hermínio Francisco do Espírito Santo (83 anos), Olegário Herculano D’Aquino e Castro (78 anos), dentre outros, são emblemáticos do exercício do cargo na vida mais adulta.

Esse limite foi unificado em torno de 68 (sessenta e oito) anos de idade com a Carta Política de 1937 (art. 91, “a”, e art. 156, “d”), sendo elevado a 70 (setenta) anos com a Constituição de 1946 e mantido nesta mesma faixa etária pela Constituição de 1988, alterada, no entanto, pela EC nº 88/2015, que estabeleceu, para fins de aposentadoria compulsória, 75 (setenta e cinco) anos de idade.⁸⁰² Desse modo, até 1934 não havia limites temporais para o exercício do cargo. Casos como o dos Ministros André Cavalcanti (92 anos) Hermínio Francisco do Espírito Santo (83 anos), Olegário Herculano D’Aquino e Castro (78 anos), dentre outros, são emblemáticos do exercício do cargo na vida mais adulta.⁸⁰³

Os conceitos de “notável saber jurídico” e “reputação ilibada”, como critérios materiais de avaliação do candidato, não estão dispostos nos diplomas legislativos, de forma que se estabelece uma margem de discricionariedade para que a averiguação destes requisitos constitucionais seja realizada pelo Senado Federal, *in casu*, permitindo ampla e irrestrita avaliação a despeito da concretização destes pressupostos na figura do indicado. E o local de avaliação destes requisitos é, sem dúvida, na sabatina do Senado ao candidato, mais adiante comentada.⁸⁰⁴

Atendidos os requisitos constitucionais, o processo de nomeação (previsto nos artigos 84, inciso XIV, e 101, parágrafo único, da Constituição Federal, e nos artigos 101, inciso I, alínea i, e 288, inciso II, alínea d, do Regimento Interno do Senado Federal) envolve as seguintes etapas:

- a) indicação do nome pelo Presidente da República;
- b) arguição pública do indicado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal;
- c) apreciação do nome em votação pelo plenário do Senado;
- d) nomeação, por decreto da Presidência da República, do nome aprovado pelo Senado;

⁸⁰² A chamada “PEC da Bengala” (Proposta de Emenda Constitucional nº 475, de 2005, transformada em Emenda Constitucional nº 88, de 2015). ALMEIDA, Frederico de. Judicialização da política e composição dos Tribunais Superiores. **Revista Parlamento e Sociedade**, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 75-98, 2015.

⁸⁰³ MELLO FILHO, José Celso. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. 5. ed. rev. e ampl. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal: Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023. p. 113.

⁸⁰⁴ SILVEIRA, Daniel Barile da. **Quem tem notável saber jurídico?** O papel da Presidência da República e do Senado Federal no processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal na Constituição Federal de 1988. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 19, n. 78, p. 255-257, 2019.

e) posse pelo STF.

6.2.2 Indicação do nome pelo presidente da república: uma decisão política

O papel que o Presidente da República exerce no processo de nomeação é o filtro mais imediato para a seleção daquele que tem o perfil desejado para ocupar o cargo. Em muitos casos, a decisão presidencial acaba por ser de tal forma palaciana, de modo que a população e a comunidade jurídica apenas sabem do nome do escolhido poucos dias antes da avaliação e sabatina do candidato. Considerando o sistema político nacional, sedimentado em barganhas e em um complexo mecanismo de conquista de votos, a opção pela escolha presidencial pode colocar em dúvida se a decisão do Chefe do Executivo privilegia a técnica do selecionado ou o mecanismo de inserção política do qual faz parte. Nas recentes disputas por vagas no Supremo, é perceptível que as indicações no Brasil têm sido muito mais pautadas por critérios políticos e estratégicos do que por méritos como saber jurídico ou interesses de grupos sociais.

Indicações políticas tendem a reproduzir o mecanismo de troca de interesses⁸⁰⁵ ou podem sedimentar apoios políticos concretos, além de possibilitarem reproduzir uma visão ideológica mais uniforme, comprometendo a pluralidade de ideias desejada em um Tribunal. O modelo de nomeação é privativo de grupos políticos e, apesar de o nomeado não estar vinculado à vontade do governante, o Presidente da República tem o poder de escolher o perfil da corte.

Note-se que as reprovações a este sistema são diversas e crescentes. Não raras, ainda, são que essas críticas ao modelo de nomeação existente repercutam na esfera política, fazendo-se emergir no formato de projetos legislativos, tendentes à alteração do sistema de escolha de Ministros. No quadro abaixo, apresentamos alguns Projetos de Emenda Constitucional sobre o tema que estão em tramitação no Congresso Nacional:

⁸⁰⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 154.

Quadro 2 - Projetos de Emenda Constitucional

(continua)

Número PEC	Primeiro Signatário	Ementa
473/2001	Antonio Carlos Panuzzio	Alterna entre o Presidente da República e o Congresso Nacional a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.
566/2002	Alceu Collares	Estabelece que a escolha e nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal será feita pelo seu Tribunal Pleno.
484/2005	João Campos	Dispõe que os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão escolhidos pelo Congresso Nacional, não podem ter exercido mandato eletivo, cargo de Ministro de Estado ou de presidente de partido político por um período de quatro anos após o afastamento, e se tornam inelegíveis pelo mesmo prazo, a partir do afastamento efetivo de suas funções judiciais.
342/2009	Flávio Dino	Estabelece critérios para a escolha dos Ministros do STF; fixa o mandato de 11 (onze) anos, sendo vedada a recondução.
309/2009	Julião Amim	Cria o Conselho Eleitoral para escolher os Ministros do Supremo Tribunal Federal.
434/2009	Vieira da Cunha	Dá nova redação ao art. 101 da Constituição Federal para alterar a forma e requisitos pessoais de investidura no Supremo Tribunal Federal.
441/2009	Camilo Cola	Dá nova redação ao art. 101 da Constituição Federal para alterar o sistema de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.
17/2011	Rubens Bueno	Dá nova redação e acrescenta incisos ao parágrafo único do art. 101 da Constituição Federal para modificar a forma de indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.
143/2012	Nazareno Fonteles	Altera dispositivos da Constituição Federal, dispondo sobre a forma de escolha e a fixação de mandato de sete anos para Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Contas da União e dos Estados.
161/2012	Domingos Dutra	Acrescenta parágrafo ao art. 101 da Constituição Federal para estabelecer prazo de mandato para os Ministros do Supremo Tribunal Federal.
227/2012	Manoel Junior	Dá nova redação ao art. 101 da Constituição Federal, alterando o processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.
44/2012 (Senado Federal)	Cristovam Buarque	Altera o art. 101 da Constituição Federal para modificar o processo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal por meio do envolvimento do Conselho Superior do Ministério Público Federal, do Conselho Nacional de Justiça, da Câmara dos Deputados, da Ordem dos Advogados do Brasil, da Presidência da República e do Senado Federal.
58/2012 (Senado Federal)	Roberto Requião	Altera o art. 101 da Constituição Federal para estabelecer mandato para Ministro do Supremo Tribunal Federal.

(continuação)

Número PEC	Primeiro Signatário	Ementa
03/2013	Fernando Collor	Altera a Constituição para determinar novo procedimento de composição do Supremo Tribunal Federal e alterar a idade de aposentadoria compulsória.
50/2012	Antonio Carlos Rodrigues	Altera o art. 101 da Constituição Federal para disciplinar o processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.
3/2014	Vanessa Grazziotin	Altera o art. 101 da Constituição Federal para modificar o processo de escolha e nomeação de Ministros do Supremo Tribunal Federal.
46/2014	Mozarildo Cavalcanti	Altera o art. 101 da Constituição Federal para dispor sobre o processo de escolha e indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.
55/2014	Paulo Bauer	Altera a Constituição Federal para disciplinar a forma de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores.
17/2015	Blairo Maggi	Altera o art. 101 da Constituição Federal para modificar a forma de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.
35/2015	Lasier Martins	Altera o art. 101 da Constituição Federal para modificar a forma de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.
259/2016	Roberto de Lucena	Altera o artigo 101 da Constituição Federal para estabelecer critérios de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.
276/2016	Arthur Oliveira Maia	Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, com mandato de oito anos [...]
313/2017	Jaime Martins	Altera o artigo 101 da Constituição Federal para estabelecer critérios de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.
309/2017	Bonifácio de Andrada	Altera o artigo 101 da Constituição Federal para estabelecer critérios de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.
388/2017	André Amaral	Dá nova redação ao caput do art. 101 da Constituição Federal, determinando que os Ministros do Supremo Tribunal Federal sejam escolhidos dentre candidatos originários das diferentes regiões geográficas do Brasil
406/2018	Jaime Martins	Dá nova redação ao art. 101 da Constituição Federal, alterando o modo de escolha e nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.
413/2018	Rogério Peninha Mendonça	Dá nova redação aos arts. 14 e 101 da Constituição Federal, para exigir concurso público para acesso ao cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, fixar mandato, e estabelecer inelegibilidade cessado o exercício da função.
225/2019	Paulo Ganime	Dá nova redação ao artigo 101 da Constituição Federal e ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para alterar a forma de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

(conclusão)

Número PEC	Primeiro Signatário	Ementa
41/2023 (Senado Federal)	Styvenson Valentim	Altera o art. 101 da Constituição Federal para determinar a realização de arguição pública, pelo Senado Federal, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a cada oito anos. Após a realização da arguição pública de que trata o § 2º deste artigo, o Senado Federal deliberará sobre a recondução do magistrado pelo voto da maioria absoluta de seus membros.”
PEC 51/2023 (Senado Federal)	Flávio Arns	Atribui mandato de quinze anos e exigência de idade mínima de cinquenta anos aos Ministros do Supremo Tribunal Federal e promove modificações no processo de escolha dos membros dessa Corte e dos Tribunais Superiores.

Fonte: Elaborada pela autora com base em dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

De um modo geral, as propostas de Emenda à Constituição buscam modificar a modelo institucional da Corte Constitucional para: a) instituir mandatos para Ministros, que variam de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos (algumas admitem e outras vedam a recondução); b) criam proibições/quarentena para indicação de pessoas que exerceram funções públicas diretamente vinculadas ao Presidente da República, ou nomeadas por ele; c) determina a realização de arguição pública, pelo Senado Federal, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a cada oito anos, sendo a recondução condicionada à aprovação do Senado; d) ampliam a indicação dos membros, para incluir o próprio STF, a Câmara dos Deputados, Ordem dos Advogados do Brasil, o Congresso Nacional, entre outros atores institucionais; estabelece que os candidatos sejam escolhidos dentre pessoas originárias das diferentes regiões geográficas do Brasil.

Do ponto de vista político, percebe-se que os debates em torno das nomeações para o Supremo Tribunal Federal e de reformas institucionais dos mecanismos de sua composição tendem ou a se ater a fatores casuístas e imediatos da relação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ou a ignorar a dinâmica real da seleção e da renovação de quadros da corte. Contudo, algum aperfeiçoamento no sistema atual de interação entre Executivo e Legislativo na composição da cúpula do Judiciário parece possível e desejável.

Certamente, dúvidas pairam sobre a origem política dos nomeados, filiação ou simpatia partidárias, a proximidade com a figura do Presidente, graus de parentesco e compadrio com membros do governo, rede de relacionamentos e, até

mesmo, a origem social e econômica do indicado. Somado a este fato, é preciso mencionar que, quando se busca analisar a história republicana brasileira, constata-se que boa parte dos Ministros exerceu atividades previamente no Executivo ou para o partido do ente nomeador, vínculo que permite, a cada nomeação, críticas por parte dos opositores deste modelo, com sugestões mais criativas para sua reforma.

Albuquerque⁸⁰⁶ reconhece que, assim como outras indicações ocorridas nos primeiros mandatos do presidente Lula, havia uma tendência para o diálogo mais centrado no âmbito partidário e na formação de coalizões. Contudo, após a Operação Lava Jato e suas consequências, houve uma mudança significativa. A imparcialidade na escolha de um nome enfraqueceu drasticamente. A seleção tornou-se mais influenciada por interesses pessoais e cálculos políticos. Na atual lógica, parece que a diversidade que uma nomeação poderia trazer para o tribunal tem pouca importância quando a segurança do presidente e de outros políticos está em jogo.

Nas recentes disputas por vagas para o STF, é perceptível que as indicações no Brasil têm sido muito mais pautadas por critérios políticos e estratégicos do que por méritos como saber jurídico ou interesses de grupos sociais. Nos últimos anos, as escolhas do ex-presidente Jair Bolsonaro (Nunes Marques e André Mendonça) e atualmente pelo presidente Lula (Cristiano Zanin e Flávio Dino) destoam, pois preponderam critérios de escolha de nomes ideologicamente alinhados, preferindo-se a lealdade e fidelidade pessoais acima de quaisquer outros critérios.

Pensando da sistemática boliviana, que divide o processo de escolha em fases (da pré-seleção até a eleição direta), a tradição brasileira abriga uma primeira etapa bastante deficiente em razão da ausência de transparência, consubstancia-se em uma verdadeira “fase oculta”, que vai desde a apresentação candidaturas às negociações e *lobbies* que envolvem a indicação e a aprovação desses nomes. De fato, pouco sabemos sobre o caminho e a lógica da articulação política que permite que determinados atores cheguem em instituições como o STF.

A pergunta que se faz é: o que é necessário, efetivamente, para que determinado nome chegue ao STF? Para refletir sobre a questão, encontramos importantes relatos sobre os bastidores da escolha presidencial nos depoimentos colhidos pelo projeto História oral do Supremo (1988-2013). Segundo o ministro

⁸⁰⁶ ALBUQUERQUE, Grazielle. **Da lei aos desejos**: o agendamento estratégico do Supremo Tribunal Federal. Local: Amanuense, 2023.

aposentado Ayres Britto, o processo de indicação e nomeação de um membro do STF depende de pelo menos três instâncias: o reconhecimento acadêmico, o apoio institucional e a articulação política, com um peso enorme para a instância política, é esse o processo.⁸⁰⁷

Na prática, ao menos na maior parte das vezes, o que ocorre nos bastidores da política é uma espécie de campanha promovida pelo candidato e por seus apoiadores para que o presidente da República seja convencido da indicação,⁸⁰⁸ como descrito pelo ministro Luís Roberto Barroso em sua declaração no projeto de História oral da FGV:

E não existe, não há possibilidade nenhuma, zero, de se chegar a um cargo desse sem apoio político. [...] E, através dos políticos, eles então levam o seu nome para o presidente, que escolhe. Então, isso é um ritual que todo mundo tem que passar. Quem disser que não passou não está falando a verdade. [...] Até me chamou a atenção que alguns jornalistas do setor se mantivessem tão desinformados de que a metodologia era essa. Então, por exemplo, saía muito na época do Supremo: 'O ministro Fux é o preferido do Planalto, mas não tem apoio político'. [...] eu falei com muita gente na época do governo Lula, que até ele tinha tomado a iniciativa de me ligar quando estava com Lindberg. Mas ele já tinha, segundo consta, assim... Um perfil, que preferia que não se falasse com muita gente. E eu não sabia disso. Então, eu procurei levar meu currículo para várias pessoas. Onde ele chegava, as pessoas falavam: 'Olha, tem um currículo aqui do Fux'. 'Ah, eu já ouvi falar. Já ouvi falar até demais'. Tanto que eu fui nomeado agora, no governo Dilma.⁸⁰⁹

Não parece haver divergência de opinião sobre o fato de que o caminho que leva à ocupação de uma cadeira no Supremo Tribunal Federal (STF) é intrinsecamente político. Essenciais nesse percurso não são apenas as qualificações jurídicas ou a experiência profissional dos potenciais nomeados, mas também a habilidade com que eles navegaram, ao longo de suas carreiras, pelas águas por vezes turbulentas da política. As negociações e articulações que definem quem se tornará ministro muitas vezes iniciam-se nos bastidores, muito antes de qualquer procedimento formal ser instaurado.

⁸⁰⁷ FONTAINHA, Fernando de Castro; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ALMEIDA, Fábio Ferraz de. **História oral do Supremo [1988-2013]**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. v. 19: Ayres Britto, p. 82.

⁸⁰⁸ RODRIGUES, Theófilo Codeço Machado. Análise da trajetória dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF): insulamento ou presidencialismo de coalizão? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 18, p. e2215, 2022.

⁸⁰⁹ FONTAINHA, Fernando de Castro; MATTOS, Marco Aurélio Vannucchi Leme de; NUÑEZ, Izabel Saenger. **História oral do Supremo [1988-2013]**. Rio de Janeiro: FGV, 2016. v. 12: Luiz Fux, p. 71-72.

A bem da verdade, essa fase preliminar informal pode ser tão crítica quanto os passos oficiais do processo de nomeação. Durante este período proeminentemente político, candidatos potenciais e seus apoiadores engajam-se em uma série de interações discretas, destinadas a influenciar decisores-chave e a forjar alianças estratégicas. Tais manobras visam a posicionar um indivíduo de forma favorável no panorama político, buscando despertar a atenção do presidente da República, que tem a prerrogativa exclusiva de indicar ministros ao STF.

Este processo prévio pode envolver uma complexa rede de relações que inclui desde a construção de uma reputação sólida dentro da comunidade jurídica até a formação de laços com figuras influentes, atravessando espectros políticos e instituições do Estado.

Em paralelo, observa-se uma clara movimentação do presidente da República no sentido de influenciar a indicação de cargos, geralmente buscando evitar a rejeição no Senado. Isso envolve um levantamento prévio da opinião dos demais poderes - Legislativo e Judiciário - sobre o nome em questão. Se essas consultas indicarem que os demais poderes não aceitarão a indicação, o presidente pode optar por recuar na sua escolha.⁸¹⁰

Como dito algures, na história republicana pós-88, nenhum Ministro indicado pelo Presidente foi rejeitado no Senado. Aprovar os indicados pelo Executivo é a prática nos Congressos – nos Estados Unidos, na Argentina ou no Brasil. Mas essas aprovações não significam necessariamente que o Senado não exerce o controle que deve exercer: o próprio fato de que há uma margem de processos de aprovação de autoridades altamente contenciosos mostra que a anuência do Senado é negociada.⁸¹¹

Sobre a consulta aos demais poderes, o ministro Dias Toffoli fez uma observação relevante, afirmando que no Brasil o presidente, em geral, consulta informalmente os presidentes do Senado e da Câmara, e geralmente ouve o presidente do Supremo. Esta dinâmica, como observa Toffoli, permite ao presidente saber de antemão se a indicação será bem recebida pelos três poderes.

⁸¹⁰ LEMOS, Leany Barreiro; LLANOS, Mariana. O Senado e as aprovações de autoridades: um estudo comparativo entre Argentina e Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 22, p. 129-130, 2007.

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 129-130.

Muito se diz que o Senado não rejeita nomes e que, historicamente, no Brasil, o Senado não tem o costume de rejeitar os nomes. É que aqui no Brasil, o que o presidente da República faz? Ele consulta o Senado antes, informalmente. [...] Então, por exemplo, se consultam os presidentes do Senado e da Câmara, o presidente do Supremo geralmente é ouvido. Pelo menos o presidente Lula, com quem eu trabalhei diretamente, seja na subchefia, seja na AGU, ele nunca nomeou, ou indicou, melhor dizendo, alguém ao Senado que ele já não soubesse que o nome ia passar e que era um nome bem-visto pelos três poderes.⁸¹²

Por outro lado, acordos políticos não necessariamente se traduzem em transparência no processo de aprovação de autoridades. Por vezes, esses acordos podem ocorrer contra as regras, inclusive impedindo a participação da sociedade. O fato é que a crítica, certamente, não se volta contra o juiz instruído juridicamente, mas se sedimenta no comportamento reprodutor das vicissitudes da esfera política na figura do agente magistrado, quando selecionado por interesses contingenciais.

6.2.3 A função fiscalizatória do Senado Federal

A aferição dos requisitos constitucionais, após a indicação presidencial, é tarefa incumbida ao Senado Federal, mais especificamente à Comissão de Constituição e Justiça. Por força constitucional, no art. 52 da Constituição: “compete privativamente ao Senado Federal: [...] III – aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: [...] a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição”, o que remete ao art. 101 da CF/88, o qual disciplina a escolha dos Ministros.

Para tanto, o exercício desse controle demandado constitucionalmente é feito pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), sendo sua competência de julgamento acerca da escolha dos Ministros do STF descrita no art. 101, II, “i”, *ab initio*, do Regimento Interno do Senado.

É uma comissão composta de 27 titulares (art. 77, III, RISF – Regimento Interno do Senado Federal) e são designados pelos líderes dos partidos políticos e designados pelo Presidente da Comissão, “tanto quanto possível, a participação proporcional representações partidárias ou dos blocos parlamentares com atuação

⁸¹² FONTAINHA, Fernando de Castro *et al.* **História oral do Supremo [1988-2013]**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017. v. 21: DiasToffoli, p.109-110.

no Senado Federal” (art. 78, RISF)⁸¹³.

Os procedimentos de “Escolha de Autoridades”, nome este dado ao caso, estão descritos no art. 383 do Regimento, sendo ali previstas todas as etapas respectivas do apregoamento da sessão. A sessão é aberta com o quórum de, no mínimo, maioria de seus membros (art. 107, I, “c”, RISF). Para tanto, o encaminhamento do nome do candidato (“Mensagem”) é seguido de seu *curriculum vitae*, acompanhado de amplas informações sobre sua vida pretérita.

A partir desse ponto, o candidato é questionado sobre temas relevantes ao desempenho do cargo a ser ocupado, de acordo com o disposto no art. 383, inciso II, do Regimento. A sessão é pública, porém a votação é secreta, não sendo permitida a justificção ou esclarecimento do voto (art. 383, inciso VI, RISF). Esta etapa sucede a sabatina do candidato, que pode ser indagado sobre uma ampla gama de questões relacionadas ao seu notório saber jurídico e reputação ilibada, evidenciando a abrangência dos questionamentos possíveis nesse processo.

Nesse contexto, o Senado Federal tem papel preponderante no procedimento de escolha de magistrados, no contexto da Constituição Federal de 88. Sua missão é exercer o referendo da indicação presencial, no sentido de estabelecer o verdadeiro controle e responsabilização, exercendo a *accountability* horizontal. Na teoria institucional, verdadeiramente o Senado se coloca como um ator institucional importante na medida em que tem o poder constitucional de frear os desejos presidenciais, remediando a desconfiança popular da escolha presidencial por um mecanismo de *accountability* mais específico. Trata-se de um ator político de alta relevância com constitucional poder de veto das intenções presidenciais.

Assim, a independência, ou autonomia, que o Senado Federal possui no contexto da escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal permite que o exame das opções do Presidente passe por uma verificação institucional, freando qualquer tentativa de apelo pessoal ou de tendência político-partidária para a composição dos quadros do Tribunal. Esse é o intuito, inclusive, da busca pela manutenção da existência democrática desejada.

O caso do Senado Federal no processo de nomeação de Ministros é emblemático. Para que a aprovação do Ministro possa ser levada a efeito, deve

⁸¹³ BRASIL. Senado Federal. **Regimento interno do Senado Federal**: resolução nº 93, de 1970. Brasília, DF: Senado Federal, [2023]. 2 v. (xv, 292 p.; ix, 373 p.) Texto editado em conformidade com a Resolução nº 18, de 1989, atualizado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções posteriores, até agosto de 2023.

haver a concordância prévia e necessária desta Casa Legislativa. Assim, compete ao Senado exercê-lo de três formas distintas, em três momentos diferentes:

- a) durante a leitura prévia do relatório pelo Presidente da Comissão e no decorrer da sabatina, na verificação do cumprimento dos requisitos constitucionais (em especial, notório saber jurídico e a reputação ilibada);
- b) na formulação de perguntas esparsas aos candidatos, no âmbito da sabatina da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), para permitir conhecer o perfil profissional do escolhido, sua visão de mundo, seu modo de entender o Direito e seu provável comportamento jurisdicional, sua visão política, o conjunto de relacionamentos pessoais e políticos do candidato, bem como outros elementos de relevância, caso seja nomeado;
- c) no momento da votação pelo Plenário do Senado do relatório encaminhado pela CCJ, com o parecer favorável, após a realização da sabatina.

Por mais que estas três oportunidades de averiguação do candidato possam ser realizadas, é praxe que todo o contexto de análise seja concentrado na sabatina. Tanto a leitura do relatório, feita de forma prévia, quanto a aprovação do Plenário da Casa em momento posterior à votação ocorrida na sabatina da Comissão de Constituição e Justiça, ambos os atos possuem manifestações protocolares. Pela prática do Plenário do Senado, que referenda o relatório da CCJ, não existem reprovações da decisão deste órgão fracionário na vigência da atual Constituição. São, portanto, os membros da Comissão de Constituição e Justiça que decidem os destinos dos Ministros indicados, através de sua deliberação secreta.

É preciso que se atente ao papel do Senado no atual modelo. A omissão dessa casa legislativa em sua função de efetivamente sabatinar e avaliar (e eventualmente recusar) os nomes indicados pela Presidência da República constitui uma deficiência grave da nossa prática institucional.

6.2.4 Problema da ausência de pluralidade na composição histórica da Corte Constitucional

Desde a sua fundação em 1891, um total de 171 (cento e setenta e um) ministros foram nomeados para o Supremo Tribunal Federal (STF), sendo o último

Flávio Dino de Castro e Costa, empossado em 22 de fevereiro de 2024. Entre esses ministros, apenas três foram mulheres: Ellen Gracie Northfleet em 2000, Cármen Lúcia Antunes Rocha em 2006 e Rosa Maria Pires Weber em 2011. Atualmente, somente a ministra Cármen Lúcia faz parte do Tribunal.⁸¹⁴ A Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 3º, IV, que um dos objetivos da República Federativa Brasil é a promoção do bem de todos/as sem qualquer tipo de discriminação, inclusive em razão do sexo, e no art. 5º, I, traz expressamente a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres.

Além disso, o Brasil também é signatário das principais convenções que tratam dos direitos das mulheres, quais sejam, a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher (CEDAW), adotada pela Organização das Nações Unidas em 1979, e a Convenção Interamericana (Convenção de Belém do Pará), adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1994. A CEDAW prevê a igualdade entre homens e mulheres em todos os campos da vida, inclusive nos espaços de poder (art. 7º, b) e, para a garantia de tal direito, esclareceu que a adoção de medidas temporárias que acelerem o patamar de igualdade não constitui discriminação (art. 4º, 1). A Convenção de Belém do Pará, nos seu art. 4º, j, assegura que todas as mulheres devem ter “igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, inclusive na tomada de decisões”.⁸¹⁵

Em relação à representatividade racial, o STF não conta atualmente com nenhum magistrado que se identifica como negro, e apenas um ministro (Flávio Dino) se declara pardo,⁸¹⁶ embora os números mostrem que 45,3% da população do país se declarou parda e 10,2% se declarou preta.⁸¹⁷ Ao longo de sua história, o

⁸¹⁴ Sobre a história e processo de nomeação das Ministras Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Rosa Weber, consultar: LIMA, Jairo; BUENO, Marcella; STAMILE, Natalina. Supremas ministras: a inclusão de mulheres na composição do STF à luz da legitimidade das cortes constitucionais. Dossiê temático “Gênero e Instituições Judiciais: conexões teóricas e práticas”. **Revista Direito Público**, São Paulo, v. 18, n. 98, p. 217-255, 2021.

⁸¹⁵ NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher** (CEDAW – 1974). Texto publicado no Diário do Congresso Nacional Brasileiro em 23.06.1994. Brasília, DF, 1994. Disponível em: http://www.salvador.ba.gov.br/images/PDF/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

⁸¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Divulgação de candidaturas e contas eleitorais**. Brasília, DF: TSE, 2018. Disponível em: <https://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/candidato/2018/2022802018/MA/100000603926>. Acesso em: 16 fev. 2024.

⁸¹⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo 2022**: pela primeira vez, desde 1991, a maior parte da população do Brasil se declara parda. Brasília, DF: IBGE, 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38719-censo-2022-pela-primeira-vez-desde-1991-a-maior-parte-da-populacao-do-brasil-se-declara-parda>. Acesso em: 16 fev. 2024.

tribunal teve apenas três ministros negros, todos homens, já aposentados: Pedro Lessa, nomeado em 1907, Hermenegildo Rodrigues de Barros, nomeado em 1919, e Joaquim Barbosa, indicado em 2003.⁸¹⁸

Essa realidade se estende ao Judiciário como um todo no Brasil. O percentual de magistradas em todo o Poder Judiciário é de 38% em relação aos 62% de homens. Entre desembargadores e desembargadoras, as mulheres representam 25% e, entre ministros e ministras, 18%.⁸¹⁹ Segundo os dados mais recentes do Diagnóstico Étnico-Racial do Poder Judiciário, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os magistrados brancos continuam a compor a maioria esmagadora (83,8%) do corpo da Justiça no Brasil. Conforme os resultados desse diagnóstico, apenas 1,7% dos magistrados se identificam como pessoas pretas, enquanto o percentual de juízes que se autodeclararam pardos é mais expressivo, atingindo 12,8%.

Os dados apresentados são conhecidos. Contudo, para que essas questões sejam assumidas como relevantes, uma pergunta fundamental precisa ser enfrentada: por que diversidade na composição das Cortes constitucionais importa?

No final de setembro de 2023, o CNJ aprovou a criação de uma política de alternância de gênero no preenchimento de vagas para a segunda instância do Judiciário. Com a nova regra, os tribunais do país devem utilizar uma lista exclusiva para mulheres, alternadamente, com a lista mista tradicional, nas promoções pelo critério do merecimento.⁸²⁰ Dessa forma, cada nova vaga aberta continuará sendo preenchida usando uma alternância entre as listas de antiguidade e merecimento mas, sempre que essa segunda for considerada, haverá uma segunda alternância, entre uma lista formada apenas por mulheres e outra mista. No que se refere à equidade racial no âmbito do Poder Judiciário, a Portaria CNJ nº 42/2024⁸²¹

⁸¹⁸ MELLO FILHO, José Celso. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. 5. ed. rev. e ampl. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal: Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023.

⁸¹⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2023, de 16 de fevereiro de 2014**. Brasília, DF: CNJ, 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/sumario-executivo-justica-em-numeros-200923.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2024.

⁸²⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 525 de 27/09/2023**. Altera a Resolução CNJ n. 106/2010, dispondo sobre ação afirmativa de gênero, para acesso das magistradas aos tribunais de 2º grau. Brasília, DF: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277>. Acesso em: 16 fev. 2024.

⁸²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Portaria nº 42 de 01/02/2024**. Regulamenta o Indicador de Desempenho na Promoção da Equidade Racial (Iper) e o Prêmio Equidade Racial, para o ano de 2024. Brasília, DF: CNJ, 2024. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5434>. Acesso em: 16 fev. 2024.

estabelece a primeira edição do Prêmio Equidade Racial do Poder Judiciário. O principal intuito dessa iniciativa é reconhecer e premiar as boas práticas adotadas pelos tribunais em prol da promoção da igualdade racial, sendo que o Conselho Nacional de Justiça avaliará, entre outros aspectos, o percentual de desembargadores(as) e juízes(as) negros(as) no tribunal. No entanto, não há previsão de aplicação dessas políticas no processo de nomeação dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Quando estamos tratando da legitimidade das Cortes constitucionais e, principalmente, de quem as compõe, não se tem por objeto a legitimidade do ponto de vista normativo, ou seja, da autorização jurídica para exercitar uma competência. Esse tipo de legitimidade que está na origem dos debates democráticos em torno do *judicial review* a partir de *Marbury vs. Madison* tem tido sua importância relativizada diante do fato de que Cortes e tribunais constitucionais estão cada vez mais presentes em grande parte das constituições democráticas do mundo. Esse fato não é desconsiderado até mesmo pelos críticos mais diretos do controle judicial de constitucionalidade, como é o caso de Jeremy Waldron⁸²² e Mark Tushnet⁸²³, os quais reconhecem a presença protagonista das Cortes constitucionais e, a partir disso, direcionam-se para uma não rejeição absoluta do *judicial review*. Em razão disso, a legitimidade do ponto de vista normativo não é a maior fonte de discussão para o controle de constitucionalidade, pois o que se busca é direcionar o debate para a legitimidade de base sociológica e/ou filosófica. No primeiro caso, Max Weber⁸²⁴ e Pierre Bourdieu⁸²⁵ elaboram a concepção de que a legitimidade de um determinado desenho institucional está intrinsecamente ligada à crença, aprovação ou reconhecimento efetivo por parte daqueles que se encontram submetidos à autoridade e às regras estabelecidas por essa instituição.

A ideia de legitimidade é um atributo do exercício do poder, e esse será legítimo quando exercido por alguém entendido como autorizado para exercê-lo. A percepção de legitimidade por parte dos indivíduos que integram uma organização ou estão sujeitos a suas normas desempenha um papel fundamental na

⁸²² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Direito GV L. Rev.**, São Paulo, v. 18, p. 1, 2022.

⁸²³ TUSHNET, Mark. The relation between political constitutionalism and weak-form judicial review. **German Law Journal**, [S. l.], v. 14, n. 12, p. 2249-2263, 2013.

⁸²⁴ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 3. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994. v. 1, p. 139.

⁸²⁵ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

consolidação e na eficácia do funcionamento desse sistema institucional. A aceitação e validação dos valores, normas e estruturas de uma instituição pelos indivíduos afetados por ela são essenciais para sua continuidade e estabilidade ao longo do tempo. Em última análise, a legitimidade de um sistema institucional é essencial para a sua sustentabilidade e eficácia, pois está intrinsecamente ligada à confiança e ao reconhecimento por parte daqueles que a ele estão subordinados.

Nessa linha argumentativa, existe uma atenção especial para a legitimidade como confiança coletiva nas instituições para que elas continuem a exercer suas competências no tempo, já que a autorização inicial para isso provém, conforme ensina Weber, das normas jurídicas. Essa legitimidade associada ao tempo está relacionada com a ideia de autoridade justificada, ou seja, apesar de haver legitimidade jurídica para atuar, as instituições também dependem de uma renovação contínua na legitimidade do ponto de vista da confiança pública.⁸²⁶ De acordo com Malleson,⁸²⁷ a confiança pública é importante para todas as instituições, especialmente no caso do Judiciário,⁸²⁸ por se tratar de uma instituição não eleita, contramajoritária e que constantemente está tomando decisões sensíveis em relação aos demais poderes do Estado.

As democracias constitucionais contemporâneas foram edificadas a partir de promessas de promoção do pluralismo e igualdade. Nesse contexto, é esperado que os órgãos do Estado expressem coerência institucional, manifestando que esses valores estão presentes na sua própria composição.⁸²⁹

Como lembra Jane Reis⁸³⁰, o debate sobre diversidade no âmbito no judiciário, em larga medida, pressupõe contestar o mito de que os “juízes são

⁸²⁶ GROSSMAN, Nienke. Sex on the bench: do women judges matter to the legitimacy of international courts. **Chi. J. Int'l L.**, [S. l.], v. 12, p. 647, 2011.

⁸²⁷ MALLESON, Kate. Justifying gender equality on the bench: why difference won't do. **Feminist legal studies**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 1-24, 2003.

⁸²⁸ A confiança na justiça brasileira, seguindo padrão geral dos países latino-americanos, é baixa. Isto fica claro a partir da análise das pesquisas de Latinobarómetro: desde 1995 os níveis de confiança nas instituições judiciais brasileiras são baixos, com tendência negativa desde 2007, atingindo 14,5% em 2023. A média geral da América Latina: 8,1% (muita confiança); 21,4% (alguma confiança); 36,7% (pouca confiança); e 33,8% (nenhuma confiança). A pesquisa considerou os seguintes países; Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Rep. Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Perú, Uruguai e Venezuela. CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. **Análisis online**. [S. l.], 2023. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp>. Acesso em: 16 fev. 2024.

⁸²⁹ PEREIRA, Jane Reis; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. Hércules, Hermes e a Pequena Sereia: uma reflexão sobre estereótipos de gênero, subrepresentação das mulheres nos Tribunais e (i) legitimidade democrática do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 2, p. 899, 2018.

⁸³⁰ *Ibid.*, p. 887.

oráculos de um direito mais elevado, um corpo de uma ‘lei’ absoluta e infalível”, e que “simplesmente vestindo uma toga preta e fazendo o juramento de juiz, um homem deixa de ser humano e se despoja de todas as predileções, torna-se uma máquina pensante sem paixão”. Na verdade, nenhuma perspectiva pode assumir a pretensão de neutralidade, o ponto de vista de quem formula um entendimento é sempre conformado pelas suas experiências e seu lugar no mundo.⁸³¹ É preciso, portanto, desprender-se do mito de que os juízes transcendem suas circunstâncias, reconhecendo que a forma como o direito é operado e aplicado é condicionada pelo seu passado e pelos pontos de vista dos intérpretes.

Paralelamente, reconhecer que as perspectivas, preferências, inclinações, pré-conceitos e pré-compreensões determinam a forma pela qual decisões relevantes são tomadas nos permite repensar de que forma os critérios de escolha dos juízes dialogam com a noção de democracia. Se o ponto de vista dos agentes que formulam decisões é determinante, se sua biografia e experiências são elementos decisivos na arquitetura das escolhas e juízos que formularão, a discussão sobre a (falta de) legitimidade democrática de tribunais carentes de diversidade assume importância.

As questões de diversidade e suas relações com a magistratura têm ganhado destaque na produção acadêmica nacional e internacional. Todavia, a conexão entre representatividade como pressuposto da legitimidade democrática do judiciário é um tópico ainda pouco explorado, que ganha relevância no contexto em que se dissemina a ideia de que as cortes constitucionais desempenham um papel representativo.

Assumimos que a noção de diversidade nas Cortes Constitucionais e suas implicações para as demandas de inclusão e legitimação democrática envolve gênero,⁸³² raça, questões como orientação sexual, origem social e até mesmo *background* profissional.

⁸³¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índices**. Trad. Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

⁸³² Sobre a produção teórica especificamente sobre a questão das mulheres nos tribunais constitucionais, consultar: LIMA, Jairo; PRADELLA BUENO, Marcela; STAMILE, Natalina. Supremas Ministras: a inclusão de mulheres na composição do STF à luz da legitimidade das Cortes Constitucionais. **Direito Público**, [S. l.], v. 18, n. 98, 2021. DOI: 10.11117/rdp.v18i98.5853. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5853>. Acesso em: 24 fev. 2024; BOGÉA, Daniel. Mulheres togadas: diversidade de gênero e perspectivas sociais em cortes constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 58, n. 229, p. 103-126, 2021; PEREIRA, Jane Reis; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. Hércules, Hermes e a Pequena Sereia: uma reflexão sobre estereótipos de gênero, subrepresentação das mulheres nos Tribunais e (i) legitimidade democrática

Essa linha de pensamento foi empregada por Hale⁸³³, presidente da Suprema Corte do Reino Unido de 2017 a 2020, que durante oito anos foi a única juíza da corte:

In a democracy governed by the people and not by an absolute monarch or even an aristocratic ruling class, the judiciary should reflect the whole community, not just a small section of it. The public should be able to feel that the courts are their courts; that their cases are being decided and the law is being made by people like them, and not by some alien beings from another planet. In the modern world, where social deference has largely disappeared, this should enhance rather than undermine the public's confidence in the law and the legal system.⁸³⁴

Young em *Justice and the politics of difference* [Justiça e a política da diferença]⁸³⁵ colocou mais firmemente na agenda política as questões da representação de grupo. Ela discorda da ingenuidade daqueles que pensam que princípios imparciais de justiça podem surgir através de algum extraordinário ato de imaginação; e vai, de fato, bastante além disto, questionando o próprio *status* e valor da imparcialidade. Um público democrático, afirma ela, deveria fornecer mecanismos para o reconhecimento e representação efetivos das distintas vozes e perspectivas dos grupos constituintes, que são oprimidos e desprivilegiados.

Isso significa que, conforme a posição que ocupam na sociedade, as pessoas elaboram significados e se engajam em certas formas de relacionamentos sociais distintos, com os quais pessoas de grupos diferentes não se associam, sendo que, em certos cenários, sequer terão consciência de como operam. Em geral, a inserção em determinado grupo social confere às pessoas entendimentos distintos dos fatos sociais e de seus desdobramentos. Portanto, cada grupo diferentemente posicionado tem uma experiência ou um ponto de vista particular acerca dos processos sociais precisamente porque cada qual faz parte desses processos e contribui para produzir suas configurações. Pessoas diferentemente posicionadas

do poder. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 8, n. 2, 2018; BASABE SERRANO, Santiago Gustavo. *Las desigualdades en la representación de mujeres en cortes supremas de América Latina*. Quito, 2017; SALINAS, Elizabeth Iñiguez de. Las juezas en los tribunales, cortes y salas constitucionales. *Estudios Constitucionales*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 537-556, 2003.

⁸³³ HALE, Brenda. **Lady Hale gives the Fiona woolf lecture for the women lawyers' division of the law society**: women in the Judiciary. [S. l.], 2014. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-140627.pdf>. Acesso em: 27 dez 2023.

⁸³⁴ *Ibid.*

⁸³⁵ YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. In: SEIDMAN, Steven (ed.). **The new social theory reader**. [S. l.]: Routledge, 2020. p. 261-269.

têm diferentes experiências, histórias e compreensões sociais, derivadas daquele posicionamento.⁸³⁶

Para Young, é especialmente quando estão situadas em diferentes lados das relações de desigualdade estrutural que as pessoas entendem essas relações e suas consequências de modos diferentes.⁸³⁷ Nesse contexto, para que o judiciário atenda ao ideal regulativo de ser apto a atuar na condição de representante da sociedade no debate jurídico, as cortes devem espelhar a pluralidade da sociedade.⁸³⁸

Nesse ponto, a filosofia política oferece um complemento argumentativo que leva em conta justamente o objeto da presente discussão. Esse é o caso da “política de ideias” e da “política de presença”⁸³⁹, categorias desenvolvidas pela teórica política inglesa Phillips⁸⁴⁰ para discutir a representação política de gênero, raça e etnia.

A obra de Anne Phillips parte do pressuposto de que a teoria política liberal sempre defendeu a necessidade de diversidade dentro do Legislativo, mas somente da diversidade de opiniões, preferências e crenças,⁸⁴¹ de forma que a representação é considerada efetiva quando as opiniões e interesses dos eleitores são refletidos pelos eleitos, e as características pessoais dos representantes não são muito levadas em consideração. A autora aponta que a visão que foca no vínculo entre representantes e representados a partir de suas opiniões, que ela conceitua como política de ideias, não se mostrou adequada para lidar com a exclusão política de grupos que, historicamente, foram marginalizados e silenciados. A presença política de mulheres, da população negra e de outros grupos é uma demanda cada vez mais presente nos estudos sobre democracia, e a política de ideias está sendo desafiada por uma alternativa: a política de presença.

⁸³⁶ YOUNG, Iris Marion. Justice and the politics of difference. In: SEIDMAN, Steven (ed.). **The new social theory reader**. [S. l.]: Routledge, 2020. p. 261-269.

⁸³⁷ *Ibid.*, p. 261-269.

⁸³⁸ PEREIRA, Jane Reis; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. Hércules, Hermes e a Pequena Sereia: uma reflexão sobre estereótipos de gênero, subrepresentação das mulheres nos Tribunais e (i) legitimidade democrática do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 2, p. 903, 2018.

⁸³⁹ PHILLIPS, Anne. **The politics of presence**. Oxônia, UK: OUP Oxford, 1998.

⁸⁴⁰ PHILLIPS, Anne. **The politics of presence**. New York: Oxford University Press, 1995; PLÁCIDO, Juliana Amoedo A.; SEVERI, Fabiana Cristina. **A representatividade de mulheres nas instâncias legislativas e o conceito de política de presença de Anne Phillips**. Ribeirão Preto, SP: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto Programa de Pós-Graduação em Direito (FDRP-USP), 2020.

⁸⁴¹ PHILLIPS, Anne. De uma política de ideias a uma política de presença? **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 9, p. 270, 2001.

Phillips está tratando da política da presença para mulheres no âmbito dos parlamentos. No entanto, apesar das especificidades relacionadas à igualdade política e ao controle popular, o argumento pode ser aplicado para pensar as outras instituições políticas, como é o caso do Judiciário. Ainda que não representativas, instituições não eleitorais também são partes do processo de exclusão de grupos perante a esfera pública. Ocorre que essa desigualdade nem sempre é posta em destaque, uma vez que, conforme os mecanismos de legitimação muitas vezes obscurecem a arbitrariedade do exercício do poder.

Em última análise, o reconhecimento da legitimidade do poder vem daqueles que estão sujeitos a ele, indicando que a legitimidade é uma construção social fluida e contestada, sujeita a negociações e confrontos de significados. Esta análise ressalta a dinâmica complexa e em constante evolução das relações de poder e legitimação dentro de um contexto social e político.

Mesmo Alexy, quando desenvolve a ideia de representação argumentativa, reconhece que a existência de bons ou corretos argumentos é suficiente para a deliberação ou reflexão, mas não para a representação. Por esse motivo, o nível ideal de argumentação e correção deve estar conectado com o nível real de aceitação efetiva. Isso mostra, segundo o autor, que existem duas condições fundamentais de uma verdadeira representação argumentativa: em primeiro lugar, a existência de argumentos sólidos ou corretos e, em segundo lugar, a existência de um número suficiente de pessoas racionais, ou seja, pessoas capazes e dispostas a aceitar argumentos sólidos ou corretos.⁸⁴²

À medida que os poderes públicos retificam as injustiças em todas as suas dimensões, os desafios de má distribuição, não reconhecimento e falsa representação são mitigados e, sistematicamente, superados, mediante a inclusão e participação daquelas que, por questões histórico-culturais e especialmente, por decisões políticas conscientes, ao longo de séculos, ocuparam lugares de subalternidade, excluídas tanto do processo de construção das normas como também de sua interpretação e aplicação.

Na perspectiva da política de presença, a diferença e a diversidade que devem ser alcançadas não são somente as relacionadas com opiniões e crenças, mas também com experiências e identidades que constituem grupos distintos.

⁸⁴² ALEXY, Robert. Constitutional rights, democracy, and representation. *Ricerche Giuridiche*, [S. l.], v. 3, n. 2, p. 197-209, 2014.

Torna-se, então, mais difícil realizar as demandas dos grupos em questão sem também incluir efetivamente membros destes grupos. A ideia fundamental da obra de Phillips é de que as políticas de presença e de ideias não devem ser tratadas como opostos excludentes. Ideias não devem ser separadas das pessoas que as proferem, bem como as características dos representantes não devem ser valorizadas sem que as suas ideias e políticas sejam consideradas. De acordo com a autora, “é na relação entre ideias e presença que podemos esperar encontrar um sistema mais justo de representação, não na falsa oposição entre elas”. (tradução nossa).⁸⁴³.

Não obstante, a política de presença como argumento na defesa da necessidade de justiça na representação depende de uma análise histórica dos arranjos da representação e das condições de inclusão política. A defesa da maior presença de mulheres na política é reflexo da existência de uma exclusão política que deve ser reformada com urgência, decorrente de estruturas sociais de dominação. A busca por representação possui o propósito de “subverter, adicionar ou transformar”. (tradução nossa).⁸⁴⁴. O objetivo da política de presença é a inclusão de grupos historicamente excluídos da esfera política. Visualizar diferença a partir de uma perspectiva somente abstrata, em um sistema de representação com ideias e preferências proporcionais, não é a forma adequada para o alcance deste objetivo.

A ligação entre legitimidade para continuar agindo com os elementos de presença e participação parece ser uma resposta adequada ao problema de quais são os argumentos mais sustentáveis para a defesa da diversidade nas Cortes constitucionais. No caso brasileiro, o protagonismo que a instituição do STF tem assumido pós-Constituição de 1988 não pode vir desacompanhado de um arranjo institucional condizente com os padrões de justiça atuais, assim como são a política da presença e a justiça pela participação.

As especificidades do método de nomeação são importantes porque podem influenciar não só a independência dos juízes, mas também o tipo de juízes que chegam ao tribunal constitucional. Notadamente, o perfil variado dos membros do Tribunal tende a atender as especificidades de uma democracia sensível às diferenças, abrindo os espaços institucionais ao modo de fala e expressão de

⁸⁴³ PHILLIPS, Anne. **The politics of presence**. New York: Oxford University Press, 1995. p. 25.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 47.

diferentes perspectivas de mundo, daí a ideia de ampliar os mecanismos de participação democrática e promover a diversidade dentro das estruturas do Poder.

6.3 Mecanismos para o fortalecimento da legitimidade democrática da justiça constitucional

Dentro do contexto em que se busca o fortalecimento da legitimidade democrática das instituições, algumas alterações no procedimento de seleção e nomeação dos juízes que integrarão o Tribunal Constitucional são absolutamente necessárias e urgentes, dada a importância da Corte Constitucional na preservação do estado democrático de direito e na garantia dos direitos fundamentais. A pesquisa conduzida neste trabalho aponta algumas inconsistências no sistema, as quais contribuem para uma percepção ampliada de ilegitimidade da Corte Constitucional. O sistema atual toma emprestado do Presidente da República sua legitimidade democrática para justificar a indicação de dado nome ao STF, ocorre que esse critério baseado na legitimidade de quem indica apresenta-se frágil em razão do subjetivismo da escolha. Nesse sentido, entendemos que a adoção de critérios mais objetivos e transparentes pode fortalecer a imparcialidade e independência das instituições, assim como ampliar a credibilidade do sistema judicial.

Considerado as fases do processo (indicação do nome pelo Presidente da República; arguição pública do indicado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal; apreciação do nome em votação pelo plenário do Senado; nomeação, por decreto da Presidência da República, do nome aprovado pelo Senado e posse pelo STF), entendemos que a etapa mais problemática é aquela que nomeamos de “fase oculta”, que vai da apresentação das candidaturas à indicação pelo Presidente da República. Uma proposta possível, baseada na análise comparada de experiências constitucionais em outros países examinados ao longo desta pesquisa, seria justamente inserir nesse momento instrumentos de abertura, transparência e participação, os quais poderiam ser assim sintetizados:

- a) fase de candidaturas: o processo de seleção deve ser iniciado pelo menos um ano antes da abertura da vaga (considerando que a abertura de vagas é geralmente previsível, uma vez que a maioria dos ministros deixa o

Tribunal aos 75 anos, idade máxima permitida). Esse início deve ser marcado pela publicação de um edital nos veículos institucionais, possibilitando que os interessados se inscrevam, como ocorre nos demais processos de seleção pública. Os candidatos devem apresentar um currículo que demonstre notável saber jurídico e o cumprimento dos demais requisitos constitucionais, dentro de um prazo determinado e em conformidade com as exigências constitucionais;

- b) fase de habilitação: verificação do cumprimento de critérios objetivos dos inscritos por uma comissão independente, a qual pode ser composta e fiscalizada por representantes indicados pelos poderes legislativo, executivo, judiciário, Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), entre outros órgãos ou entidades;
- c) em caso de registro de um número muito alto de candidatos, é perfeitamente possível aplicar instrumentos com critérios objetivos de pré-seleção dos candidatos, como critérios acadêmicos, titulação, experiência profissional, entre outros (vários instrumentos similares já são usados para avaliar titulação de candidatos em concursos e seleções públicas);
- d) fase de divulgação dos resultados da habilitação: publicação de lista dos candidatos habilitados, acompanhada de seus currículos e outras informações relevantes, de forma transparente e acessível ao público. Essa medida visa a promover a transparência do processo de seleção, permitindo que os cidadãos acompanhem e avaliem os perfis dos candidatos;
- e) fase de audiências públicas: realização de audiências públicas para apresentação dos candidatos, bem como sabatinas institucionais transmitidas pela *internet*. Promoção de estudos sobre a origem e perfil dos candidatos por ampla parte da comunidade jurídica e também da sociedade, permitindo o diálogo aberto com diversos setores da sociedade civil. As audiências públicas proporcionam um espaço para que os candidatos apresentem suas ideias, experiências e visões sobre temas relevantes para a atuação no tribunal, ao mesmo tempo em que permitem que os cidadãos questionem e avaliem os candidatos de forma direta. Além disso, as sabatinas institucionais transmitidas pela *internet* ampliam o alcance do processo de seleção, possibilitando que um maior número de

- pessoas acompanhe e participe das entrevistas com os candidatos. Por fim, os estudos sobre o perfil dos candidatos realizados pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral fornecem informações adicionais que enriquecem o debate público e contribuem para uma escolha mais informada e consciente dos futuros membros do Tribunal Constitucional;
- f) fase de deliberação e nomeação: estabelecimento de um prazo determinado para cada etapa do processo de nomeação dos juízes do Tribunal Constitucional, incluindo a indicação do nome pelo Presidente da República, a apreciação do nome em votação pelo plenário do Senado, a nomeação do nome aprovado pelo Senado e a posse pelo STF. Ao estabelecer prazos claros e definidos para cada etapa do processo de nomeação, evita-se atrasos e manipulações que possam comprometer a integridade do Tribunal;
 - g) proibição estrita de que ministros do Supremo Tribunal Federal interfiram no processo de escolha, especialmente evitando que estes construam redes políticas visando à indicação de candidatos. É fundamental que os ministros do STF se abstenham de qualquer atividade que possa comprometer a integridade do processo de escolha dos juízes do Tribunal Constitucional;
 - h) participação ativa do Senado, de modo a solidificar o sistema de freios e contrapesos eficaz, essencial para garantir a harmonia e o equilíbrio entre os poderes no contexto democrático.

Após uma fase inicial mais transparente e democrática, é não apenas possível, mas também desejável, que nomes que não foram patrocinados por grupos de poder ou apadrinhados politicamente possam ser efetivamente conhecidos ou mesmo considerados no momento da indicação. Na verdade, a indicação neste ponto não seria mais totalmente livre, uma vez que será necessário considerar os nomes que participaram da fase anterior.

Como visto, a Constituição estabelece que a indicação do nome é privativa do Presidente da República, no entanto, tramitam atualmente no Congresso Nacional vários Projetos de Emenda Constitucional buscando ampliar os atores com poderes para indicar o nome do futuro Ministro do STF. Não entendemos aconselhável propostas que politizem ainda mais o processo de escolha, como votação pelo

Congresso Nacional. Reservar as vagas do STF para membros de carreira de outros tribunais também pode limitar a possibilidade de diversidade na Corte Constitucional, vinculando o processo a critérios extremamente excludentes de aprovação anterior em concurso público para magistratura ou Ministério Público.

Em qualquer caso, as indicações devem observar a lista dos candidatos que participaram do processo inicial, além de garantir a pluralidade na composição do Tribunal. Sobre esse aspecto, os instrumentos e normativas criadas pelo CNJ para garantia de composição dos Tribunais superiores podem ser utilizados no processo de nomeação dos membros do Supremo Tribunal Federal. Desse modo, aplicando-se, no que couber, a Resolução Nº 525 de 27/09/2023, as vagas abertas no Supremo Tribunal serão preenchidas por intermédio de editais abertos de forma alternada para o recebimento de inscrições mistas, para homens e mulheres, ou exclusivas de mulheres, observadas as políticas de cotas instituídas pelo CNJ, até o atingimento de paridade de gênero no respectivo tribunal podem perfeitamente serem aplicados na escolha dos membros do STF.

Do mesmo modo, deve ser observada no processo de escolha dos membros do STF, a Portaria CNJ nº 42/2024, que estabelece o Pacto Nacional do Judiciário pela Equidade Racial, com o objetivo de cumprir normas e jurisprudência internacionais e nacionais pela igualdade racial, combater e corrigir as desigualdades raciais com medidas afirmativas, compensatórias e reparatórias para eliminação do racismo estrutural no âmbito do Poder Judiciário.

A representatividade é um pressuposto fundamental para a legitimidade democrática no judiciário. Isso significa que os tribunais e juízes devem refletir a diversidade da sociedade, tanto em termos de origens étnicas, de gênero, socioeconômicas e culturais, a fim de garantir que as decisões judiciais sejam verdadeiramente representativas e justas para todos os cidadãos. A falta de representatividade pode minar a legitimidade do judiciário e a confiança do público nas instituições judiciais.

Outro aspecto importante é a ideia de que os ministros das Supremas Cortes tenham mandato temporário, não sejam vitalícios no cargo. Esta proposta, que não esconde uma insatisfação com o STF da atualidade, é prática comum nos tribunais constitucionais criados após a Segunda Grande Guerra Mundial, como é o caso da

Alemanha, Itália e França,⁸⁴⁵ Chile, Equador, Uruguai e Paraguai. É interessante destacar que o México se distingue por estabelecer mandato único de 15 (quinze) anos para os nomeados em lugar da vitaliciedade. Outra característica dos tribunais constitucionais que adotam mandatos temporários é o impedimento à recondução de seus membros, vedação existente, dentre outros, nos tribunais da Alemanha, da Itália, de Portugal e da Espanha. Esse impedimento permite que os juízes não tenham que se sujeitar às vontades políticas para terem seus mandatos renovados, podendo atuar livremente no exercício de suas funções.

O mandato temporário tem por objetivo alternar, atualizar a interpretação da Constituição por conta das mudanças que o tempo proporciona. Que vantagem isto traria ao STF brasileiro? O tempo prolongado no cargo é um problema para o nosso modelo?

É importante esclarecer que este não é um tema novo no debate brasileiro. Desde 2012, há propostas de Emenda Constitucional visando a instituir prazo fixo para o exercício do cargo de Ministro do STF. Um argumento relevante em defesa da vitaliciedade é que ela proporciona mais condições para resistir às pressões de natureza política, econômica e, principalmente, midiática, do que um juiz com mandato temporário.

Como visto, os desenhos institucionais também influenciam o ambiente no qual as Cortes Constitucionais operam. Normas específicas sobre a composição dos Tribunais Constitucionais, o processo de nomeação de seus juízes, a duração do mandato, as garantias formais, os mecanismos de remoção, as competências das Cortes são significativas para moldar a atuação das Cortes Constitucionais, daí a necessidade de cuidado em questões sensíveis que possam limitar o poder das Cortes.

É importante esclarecer que este não é um tema novo no debate brasileiro. Conforme mencionamos, desde 2012 há propostas de Emenda Constitucional visando a modificar o texto constitucional que institui prazo fixo para o exercício do cargo de Ministro do STF. Um argumento importante em defesa da vitaliciedade é o fato de oferecer mais condições de resistir às pressões de natureza política, econômica e — mais do que tudo — midiática a que venha a ser submetido do que

⁸⁴⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. A PEC 35/2015 e o sistema de escolha de ministros do Supremo Tribunal Federal: análise crítica a partir do direito constitucional comparado. **Revista de Direito da Administração Pública**, Florianópolis, v. 1, n. 1, 2021.

um juiz com mandato. Em ambientes mais instáveis, os tribunais assumem posições mais arriscadas, mas também podem ser convocados a desempenhar funções essenciais de governança quando outras instituições se mostram fracas ou ineficazes. Mandatos mais longos conferem maior estabilidade e continuidade ao STF, mas também colaboram para tornar a corte mais distante e desconectada da realidade social e constitucional.

No caso brasileiro, a regra atual tem possibilitado a permanência de ministros por mais de 30 (trinta) anos no cargo, como, por exemplo Celso de Mello, Marco Aurélio. Se considerarmos a hipótese de aposentadoria compulsória por idade (aos 75 anos), teremos o seguinte cenário para aposentadoria dos atuais ministros:

Tabela 2 - Data prevista para aposentadoria compulsória por idade

Ministro	Ano de aposentadoria por idade
Luiz Fux	2028
Cármem Lúcia	2029
Gilmar Mendes	2030
Edson Fachin	2033
Luís Roberto Barroso	2033
Dias Toffoli	2042
Alexandre de Moraes	2043
Flávio Dino	2043
Kassio Nunes Marques	2047
André Mendonça	2047
Cristiano Zanin	2050

Fonte: Elaborado pela autora a partir de dados do Portal do STF.

A fixação de um mandato temporário apresenta-se como uma alternativa para superar alguns dos desafios associados ao sistema de vitaliciedade. Em primeiro lugar, a implementação de mandatos temporários evita a permanência longa de ministros no STF, especialmente daqueles que são nomeados ainda jovens. Entendemos que um mandato com prazo de 12 (doze) a 15 (quinze) anos

atenderia os critérios de suficiente estabilidade no cargo e necessária alternância do poder político.

O principal argumento a favor da limitação temporal consiste na necessidade de compreender o Tribunal Constitucional como um protagonista político dentro do Estado, incumbido de resolver não apenas os conflitos envolvendo a constitucionalidade de leis ou atos normativos com força de lei, mas também da competência para julgar crimes cometidos por altas autoridades, como chefes de Estado, membros do Poder Legislativo e agentes do governo⁸⁴⁶

A possibilidade de um mandato vitalício, que poderia se estender por décadas, pode resultar na falta de renovação na composição do Tribunal, prejudicando a necessária oxigenação e diversidade de perspectivas dentro da instituição. Com mandatos fixos, garante-se uma renovação periódica, permitindo que novas vozes e experiências contribuam para as decisões do tribunal.

Além disso, a introdução de mandatos temporários possibilita uma renovação mais gradual na composição do STF. Os mandatos terminando em datas não coincidentes permitem uma transição gradativa entre as nomeações de diferentes presidentes, evitando que um único mandato presidencial resulte na nomeação de uma maioria dos ministros. Isso contribui para evitar uma concentração de poder e influência nas mãos de um único governo ou grupo político.

Outro benefício importante dos mandatos fixos é a promoção da diversidade e pluralidade no STF. Com rotatividade regulamentada, há mais oportunidades para a inclusão de diferentes perspectivas ideológicas, jurídicas e sociais na Corte, garantindo uma representação mais fiel da sociedade brasileira. Isso é fundamental para assegurar que as decisões do tribunal reflitam adequadamente os valores e necessidades de uma sociedade em constante evolução.

Por fim, a introdução de mandatos temporários também contribui para a agilidade e adaptabilidade do STF diante das mudanças sociais, políticas e jurídicas. Ao garantir que os ministros estejam mais próximos das realidades contemporâneas, é possível que o tribunal responda de forma mais eficaz e sensível aos desafios do momento, mantendo sua independência e legitimidade.

⁸⁴⁶ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. A PEC 35/2015 e o sistema de escolha de ministros do Supremo Tribunal Federal: análise crítica a partir do direito constitucional comparado. **Revista de Direito da Administração Pública**, Florianópolis, v. 1, n. 1, 2021.

7 CONCLUSÃO

Partindo da abordagem do conceito e da evolução da jurisdição constitucional, destacamos sua complexidade e definição. Inicialmente, exploramos a relação entre Jurisdição e Constituição, ressaltando a obrigação do Estado em resolver conflitos conforme o modelo legal estabelecido. A jurisdição constitucional surgiu como uma função determinante para preservar e restaurar o Estado Democrático de Direito, focando em questões constitucionais.

O termo "jurisdição constitucional" foi introduzido na literatura jurídica europeia entre as guerras mundiais, embora sua definição inicial fosse vaga. Autores como Kelsen, Eisenmann e Mirkine-Guetzevitch o utilizaram sem esclarecer sua natureza. A discussão sobre os termos "justiça constitucional" e "jurisdição constitucional" revela uma sinonímia inicialmente aceita, mas alguns autores, como Fix-Zamudio, propuseram distinções.

Destacamos que a jurisdição constitucional não deve ser confundida com controle de constitucionalidade, embora este seja um aspecto importante dela. A função da jurisdição constitucional consiste em defender a Constituição e controlar a constitucionalidade das normas, utilizando métodos eficientes de processo constitucional.

A ideia de Tribunal Constitucional está intimamente ligada ao seu modo de operação, regulado pelo Direito Processual Constitucional. A Justiça Constitucional engloba atividades como controle de constitucionalidade e resolução de conflitos constitucionais, não apenas como defensor da Constituição, mas como implementador de suas disposições.

Remontamos à origem do conceito de Jurisdição Constitucional, destacando a origem da jurisdição constitucional contemporânea cujas raízes na concepção da norma fundamental ou lei fundamental, remontando ao período clássico, com distinções entre leis superiores e inferiores. Três momentos históricos destacam-se no controle das leis pelos juízes: Sir Edward Coke, os Parlamentos franceses e o Conselho Privado do rei inglês.

Quanto aos modelos, discutiu-se diversos modelos e sistemas de justiça constitucional propostos pela doutrina comparada, que vão desde os mais simples até os mais complexos. Dentre os estudiosos mencionados estão Calamandrei, Cappelletti, García Belaunde, e outros, que propuseram diferentes abordagens para

o controle de constitucionalidade. Calamandrei é destacado por sua classificação do controle jurisdicional de constitucionalidade, que foi posteriormente desenvolvida por Fix-Zamudio e Cappelletti em dois sistemas: difuso e concentrado, correspondendo aos modelos americanos e europeus, respectivamente. Cappelletti, por sua vez, ampliou essa classificação ao distinguir modelos de jurisdição constitucional em políticos e judiciais, analisando-os em termos estruturais, processuais e dos efeitos da sentença.

Os três modelos clássicos são o americano (difuso), o europeu (concentrado) e o francês (político). Com o crescimento do constitucionalismo, os modelos tornaram-se mais complexos, exigindo uma nova sistematização para captar todas as suas variáveis e características estruturais. Nenhum sistema existente responde fielmente aos modelos clássicos, o que levou a construções doutrinárias para conter ou superar essa força paradigmática. Assim, Tusseau propõe uma modelagem da circulação/recepção dos modelos clássicos de Justiça Constitucional. No entanto, para uma análise mais sistematizada, são apresentadas as características fundamentais dos sistemas clássicos (americano, europeu e francês), visando a abordar a expansão da justiça constitucional, sua recepção e hibridação.

A solução norte-americana orientou-se no sentido de atribuir ao Poder Judiciário a tarefa de garantir a compatibilidade da legislação com a Constituição. Desenvolveu-se com feição jurisdicional-repressiva, isto é, um controle ligado à função propriamente judicial (exercida pelo Poder Judiciário) e dirigido contra atos já editados, tendo como características básicas (1) a difusão, (2) a concreção, (3) a eficácia subjetiva *inter partes*, (4) o caráter incidental e (5) o efeito temporal *ex tunc*. A doutrina que está na base do mecanismo de controle judicial "difuso" de constitucionalidade das leis é muito coerente e de extrema simplicidade: a função de todos os juízes é a de interpretar as leis a fim de aplicá-las aos casos concretos submetidos a seu julgamento; quando há a ocorrência de uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve o juiz aplicar, pois, a Constituição. Contudo, a última palavra, por meio do sistema recursal, acaba por competir à *Suprema Corte* (pelo menos no que concerne à conformidade com a Constituição Federal), cujas decisões, por força da regra do *stare decisis*, são vinculatórias para todos os outros juízes, e não apenas no caso concreto em que a questão tenha surgido.

A Experiência dos EUA, notadamente no conhecido caso *Marbury v. Madison*, desencadeou discussões na Europa sobre tribunais lidarem com estatutos inconstitucionais, embora tenha sido rejeitado na Constituição austríaca de 1867. A rejeição europeia do modelo americano de controle constitucional deriva das diferenças sociais e políticas entre as sociedades. Enquanto nos Estados Unidos, os juízes foram fundamentais desde o início; na Europa, eram vistos como servos do poder. A tradição europeia valorizava a sacralização da lei e desconfiava do papel do juiz, refletindo uma preocupação em controlar e limitar sua atuação.

O modelo europeu de revisão constitucional tem origem com a Constituição Federal austríaca de 1920 redigida com base em um projeto elaborado por Hans Kelsen, que defendia a independência dos tribunais constitucionais para anular atos inconstitucionais. A Constituição de 1920 regulamentou as atribuições da Corte, conferindo-lhe poder para decidir sobre a legalidade dos regulamentos e leis, centralizando o controle da regularidade dos atos das autoridades públicas. Poderia prevenir conflitos constitucionais através do controle preventivo. Também atuava como "guardião das liberdades individuais", podendo inteirar-se de recursos contra decisões administrativas. Os acórdãos do Tribunal tinham força de coisa julgada e vinculavam todos os poderes públicos. A anulação de leis ou regulamentos produzia efeitos pró-futuro, sem retroatividade, salvo exceções determinadas pelo Tribunal.

O modelo kelseniano foi transposto como base para as Cortes Constitucionais europeias e adaptado conforme a realidade, a cultura, a história e as peculiaridades de cada país. Isso acarretou a identificação de elementos característicos próprios quanto ao parâmetro de constitucionalidade, à autonomia, ao monopólio do controle jurisdicional de constitucionalidade, aos efeitos da decisão e à composição

Por último, para completar o trio das tipologias clássicas, há ainda o modelo francês (o modelo político). O constitucionalismo na França teve suas raízes na Revolução Francesa de 1789, onde os ideais iluministas de igualdade, liberdade e fraternidade foram buscados. Inicialmente, a desconfiança em relação ao controle judicial e as hostilidades históricas limitaram a supremacia constitucional. Não por acaso, as Assembleias Constituintes, após a Revolução de 1789, procuraram limitar a atuação do Poder Judiciário, de modo que os tribunais não poderiam tomar, direta ou indiretamente, parte no exercício do Poder Legislativo nem impedir ou suspender a execução dos decretos do corpo legislativo. Previu-se também que o poder de

interpretação não deveria ser exercido, em última instância, pelo Judiciário, mas pelo próprio corpo legislativo, a pedido dos juízes.

O dogma francês, segundo o qual a lei é a expressão da vontade geral, praticamente liberta o legislador de sua submissão à Constituição – de tal forma, não é favorável à ideia de primazia desta. Isso porque a concepção absolutista de lei, segundo a qual todo direito flui da vontade do monarca, é aplicada para a República no sentido de que todos os direitos derivam da vontade da maioria da Assembleia Nacional. As normas editadas pelo legislador seriam supostamente completas, claras e coerentes, ao magistrado não caberia mais do que simplesmente aplicar a solução abstrata e previamente dada pelo legislador para resolver o caso concreto.

A Constituição francesa de 1958 buscou empreender a difícil tarefa de modificar o panorama relativo ao controle de constitucionalidade sem, no entanto, abandonar suas tradições. Assim, a Constituição da V República francesa criou um órgão com competência para exercer o controle de constitucionalidade de normas: o *Conseil Constitutionnel*.

Na América Latina, o constitucionalismo inicial foi influenciado pela Revolução Francesa e pela Constituição de Cádiz de 1812. Países como Bolívia, Peru e Chile adotaram o controle político de constitucionalidade, enquanto o Brasil confiou a interpretação constitucional ao Poder Moderador e o México gradualmente adotou a revisão judicial, todos refletindo uma adaptação de diferentes modelos constitucionais ao longo do tempo.

Os Tribunais Constitucionais latino-americanos assumem diversas formas e funções, desde órgãos autônomos a integrantes do sistema judiciário. Guatemala e Chile foram pioneiros na implementação dessas instituições, enquanto países como Bolívia, Colômbia e Peru seguiram modelos semelhantes. Outros países adotaram Salas Constitucionais dentro de suas estruturas judiciais. Esses tribunais têm competência para revisar a constitucionalidade das leis e garantir a supremacia da Constituição. Argentina, Brasil, México, Panamá e Uruguai possuem Supremas Cortes que desempenham funções constitucionais, embora não exclusivas.

O estudo da evolução e a diversidade dos sistemas de justiça constitucional em contextos contemporâneos evidencia que os sistemas de justiça constitucional variam significativamente em suas estruturas e procedimentos, refletindo as particularidades de cada ordenamento jurídico. A análise das principais jurisdições revelou uma grande diversidade de arranjos institucionais e métodos de controle,

desafiando as classificações tradicionais e tentando implementar mecanismos que deem conta dos conflitos sociais e suas respectivas demandas por direitos. Especificamente a América Latina, a integração de elementos dos modelos americano e europeu resultou em sistemas híbridos e originais. A circulação e hibridação da jurisdição constitucional na região refletem adaptações às realidades sociopolíticas e tradições jurídicas locais, fortalecendo os fundamentos de legitimidade democrática.

Conclui-se, portanto, que não existem modelos fixos ou derivados na justiça constitucional, mas sim soluções originais baseadas em inspirações diversas. Cada ordem constitucional é singular, refletindo suas características em termos de acesso à justiça, eficácia das sentenças, proteção de direitos e legitimidade institucional democrática.

A pesquisa demonstrou alguns aspectos que devem ser considerados na análise do processo de criação e desenvolvimento dos modelos de justiça constitucional na América Latina, sobretudo a forma como ocorreu a mediação entre as experiências do constitucionalismo europeu e estadunidense, conduzida por elites locais através da leitura dos iluministas, responsável pela construção de uma tradição acadêmica de origem estrangeira. A prática de "transplantes constitucionais", descrita por Gargarella, revela a inserção acrítica de institutos jurídicos estrangeiros, sem considerar as especificidades culturais locais.

A criação da justiça constitucional na América Latina está intimamente relacionada à própria história do constitucionalismo local, com seus avanços e retrocessos. Gargarella propôs uma análise que parte da compreensão da finalidade e dos desafios enfrentados pelas constituições latino-americanas. Ele divide o constitucionalismo em cinco períodos: conservador, republicano, crise pós-colonial, constitucionalismo social e novo constitucionalismo. Subjacentes a cada uma dessas fases, Gargarella identificou três modelos principais que moldaram os projetos constitucionais: conservador, inspirado na Revolução norte-americana, e inspirado na Revolução Francesa, a dinâmica entre esses modelos são fundamentais para compreender a construção das constituições latino-americanas.

Também foi abordada a necessidade de considerar as características plurinacionais e pluriculturais da região, em especial ascensão do novo constitucionalismo, que enfatiza a participação popular, a proteção dos direitos sociais e a promoção da diversidade, discutindo, assim, os desafios enfrentados

pela democracia na região, incluindo a ameaça do constitucionalismo abusivo. Destacamos a importância de uma abordagem contextualizada para entender o papel dos tribunais constitucionais na região, considerando os desafios políticos e judiciais específicos enfrentados pelos países latino-americanos.

Ao mesmo tempo em que se reconhece que os Tribunais Constitucionais desfrutam de maiores proteções institucionais formais do que no passado, é necessário observar que houve, e continua havendo, uma série de ataques políticos às Cortes Constitucionais na América Latina com o fito de reduzir seus poderes. Em ambientes mais instáveis, os tribunais encontram-se em posições mais arriscadas, mas também podem ser convocados a desempenhar funções essenciais de governança quando outras instituições se encontram fracas ou ineficazes.

A experiência latino-americana apresenta vários exemplos do dano institucional que pode ser causado pela instrumentalização da justiça pela política ou, em outras palavras, pela falta de independência judicial. Isso leva a uma reflexão sobre a importância de se repensar e de se desenhar mecanismos institucionais e barreiras sociais e culturais capazes de conter as ameaças de ocupação das instituições por lideranças ou projetos políticos.

A tese comprovou que um desenho institucional reconhecido democraticamente como legítimo confere maior força e estabilidade às Cortes Constitucionais. Isso, por sua vez, cria uma espécie de blindagem que protege a instituição de ataques políticos, garantindo mais eficácia e independência em suas decisões.

Quando estamos tratando da legitimidade das Cortes constitucionais, não se tem por objeto a legitimidade do ponto de vista normativo, o que se busca é direcionar o debate para a legitimidade como reconhecimento. Max Weber e Pierre Bourdieu elaboram a concepção de que a legitimidade de um determinado desenho institucional está intrinsecamente ligada à crença, aprovação ou reconhecimento efetivo por parte daqueles que se encontram submetidos à autoridade e às regras estabelecidas por essa instituição.

A ideia de legitimidade é um atributo do exercício do poder, e este será legítimo quando exercido por alguém reconhecido como autorizado para exercê-lo. Nessa linha argumentativa, existe uma atenção especial para a legitimidade como confiança coletiva nas instituições para que elas continuem a exercitar suas competências no tempo, já que a autorização inicial para isso provém, conforme

ensina Weber, das normas jurídicas. Essa legitimidade associada ao tempo está relacionada com a ideia de autoridade justificada, ou seja, apesar de haver legitimidade jurídica para atuar, as instituições também dependem de uma renovação contínua na legitimidade do ponto de vista da confiança pública, especialmente em relação ao poder judiciário, por se tratar de uma instituição não eleita, contra majoritária e que constantemente está tomando decisões sensíveis em relação aos demais poderes do Estado.

Paralelamente, reconhecer que as perspectivas, preferências, inclinações, pré-conceitos e pré-compreensões determinam a forma pela qual decisões relevantes são tomadas nos permite repensar de que forma os critérios de escolha dos juízes dialogam com a noção de democracia. Se o ponto de vista dos agentes que formulam decisões é determinante, se sua biografia e experiências são elementos decisivos na arquitetura das escolhas e juízos que formularão a discussão sobre a (falta de) legitimidade democrática de tribunais carentes de diversidade assume importância.

Dois desenhos institucionais foram analisados para testar a hipótese inicial. O primeiro foi o boliviano, inaugurado em 2009, justamente por estabelecer princípios de abertura, transparência e diversidade para escolha dos juízes, estabelecendo critérios como eleição popular, garantia de participação de mulheres, assim como dos membros do sistema indígena originário campesino, e mandato delimitado temporalmente, mas inserido em um contexto democrático frágil. O Segundo foi o brasileiro, que adota o mesmo modelo de escolha e composição do Tribunal há mais de 100 anos.

A Bolívia conquistou sua independência em 1825 até os dias atuais passou por diferentes fases. Inicialmente, o país adotou um controle político de constitucionalidade por meio de um Conselho de Estado, seguindo influências do liberalismo francês. Posteriormente, transitou para um sistema jurisdicional difuso de controle constitucional, seguindo o modelo americano, com o Supremo Tribunal Federal da Justiça. Em seguida, adotou um sistema jurisdicional concentrado de controle constitucional, com a criação de um Tribunal Constitucional. Finalmente, desde 2009, adotou um sistema de constitucionalidade predominantemente concentrado e plural, estabelecido pelo Tribunal Constitucional Plurinacional.

No século XIX, após o golpe de Estado em 1861, a Bolívia estabeleceu o modelo jurisdicional difuso de controle de constitucionalidade. No entanto, a

aplicação efetiva deste modelo foi dificultada devido à instabilidade política, falta de doutrina constitucional sólida e sistema baseado mais no constitucionalismo clássico do que na supremacia constitucional. A concentração de funções na Corte Suprema de Justiça também causou morosidade nos procedimentos e possíveis casos de corrupção.

Na década de 1990, a Bolívia enfrentou desafios políticos persistentes e viu a continuação de práticas autoritárias no sistema judicial. Apesar das reformas constitucionais e a criação do Tribunal Constitucional em 1995, as expectativas não foram atendidas devido à corrupção, lentidão e desigualdade na justiça. O Tribunal Constitucional enfrentou pressões políticas e acabou sendo desmantelado devido a impasses e acusações de politização.

A Constituição boliviana de 2009, aprovada via referendo popular, marca uma transformação significativa no modelo de Estado do país, incorporando princípios como plurinacionalidade, interculturalidade e pluralismo jurídico. Esta Constituição representa uma "refundação" da Bolívia, reconhecendo 36 nações e povos indígenas, e promovendo uma abordagem ético-moral baseada no "bem viver" (suma qamaña). Ela busca romper com modelos constitucionais eurocêntricos, estabelecendo um Estado Social Unitário de Direito Comunitário Plurinacional. O Estado plurinacional se baseia na união de várias nações e povos indígenas, reconhecendo sua autonomia territorial, regime econômico, língua e sistema jurídico. A plurinacionalidade permeia todos os níveis de poder, incluindo a estrutura judiciária, que incorpora a "interculturalidade" como critério de interpretação das leis. O pluralismo jurídico na Bolívia reconhece a coexistência de sistemas jurídicos indígenas com o sistema jurídico estatal, buscando superar modelos ocidentais monistas e promovendo a democratização e autonomia dos povos indígenas.

Os princípios que regem a Justiça Constitucional incluem plurinacionalidade, pluralismo jurídico, interculturalidade, harmonia social, independência, imparcialidade, publicidade, entre outros. O modelo de Justiça Constitucional adotado desde 2009 reflete esses valores e influencia o sistema de justiça constitucional, destacando-se três pontos fundamentais: controle de constitucionalidade, escolha dos juízes e composição plural do tribunal. O Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) está no ápice do Sistema Jurisdicional boliviano, com a atribuição de assegurar a supremacia da Constituição, exercer o controle de

constitucionalidade e salvaguardar o respeito e a validade dos direitos e garantias constitucionais.

O TCP é composto por nove magistrados (as) titulares e nove magistrados (as) suplentes, escolhidos por meio de um complexo processo que envolve, notadamente, a Assembleia Legislativa Plurinacional e a participação popular, pelo sufrágio universal. A escolha dos magistrados deve observar critérios de gênero e de plurinacionalidade, com representação do sistema indígena originário campesino. Os magistrados escolhidos são nomeados para um mandato de 6 anos, proibida a recondução.

Inicialmente, forças convergentes viram a eleição direta de juízes como parte integrante de uma revolução social mais ampla, e contraposição à tradição histórica em que a seleção dos juízes tem sido de domínio exclusivo dos detentores do poder político, de modo a garantir a participação popular e representatividade de minorias em instâncias até então não democratizadas.

Contudo, como observado no caso boliviano, apesar da promessa de “democratizar” os tribunais nacionais, as eleições das autoridades judiciárias nacionais consolidaram o controle do Executivo sobre um Judiciário já fraco historicamente, e colocaram os tribunais diretamente na mira do conflito político que define a ordem constitucional boliviana.

O resultado das eleições de magistrados para o Tribunal Constitucional por sufrágio universal em 2011 e 2017 indica que não houve fortalecimento da legitimidade da justiça constitucional, primeiro pelo expressivo número de pessoas que decidiram não escolher qualquer dos candidatos habilitados, optando por anular o voto ou votar em branco; segundo, pela absoluta ausência de independência em relação aos poderes políticos, que pôde ser identificada nas decisões do tribunal.

De fato, as decisões do Tribunal Constitucional Plurinacional colocaram em xeque a legitimidade e independência da justiça constitucional na Bolívia, especificamente, a Declaração 003/2013, de 25 de abril de 2013, sentença constitucional nº 0084/2017, de 28 de novembro de 2017 e Sentença Constitucional Plurinacional 1010/2023.

Com isso, a análise da experiência boliviana demonstra que apesar de o novo modelo teoricamente apresentar avanços do ponto de vista da legitimidade democrática, o contexto político em que foi inserido impactou negativamente em todo o processo de escolha, controle, transparência e independência do Tribunal.

Apesar das aspirações de construir um Estado plurinacional, a Bolívia ainda enfrenta desafios significativos para garantir a estabilidade política e democrática. É evidente que o modelo da Bolívia é recente e está aberto à construção, assim, as ações doravante promovidas pelas instituições apontarão quais as alternativas e possibilidades para a desejada adequação constitucional e manutenção da estabilidade política e democrática da região.

No contexto brasileiro, a Constituição de 1988 marcou o início de uma nova era na jurisdição constitucional, caracterizada pela expansão do acesso ao controle de constitucionalidade e à justiça. O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é híbrido, combinando elementos dos sistemas difuso e concentrado, influenciado tanto pelo modelo americano quanto pelo europeu.

Em toda a história constitucional brasileira, o modelo institucional de composição do STF sofreu poucas alterações. Definidos seus contornos básicos pela Constituição de 1891, sob inspiração do modelo estadunidense, em regra, a indicação sempre esteve no campo de discricionariedade do presidente da República, cabendo ao Senado Federal sabatar o nome indicado.

A análise da história recente evidencia a predominância de critérios políticos e estratégicos sobre méritos jurídicos nas indicações dos Ministros. O sistema atual de nomeação tem levantando críticas em relação à ausência de transparência, origem política dos nomeados, ligações partidárias, influências pessoais e ausência de diversidade na composição da Corte. São levantadas preocupações acerca da possibilidade de acordos políticos comprometerem a transparência e a participação da sociedade no processo de aprovação das autoridades, evidenciando a complexidade e os desafios que envolvem as nomeações para o STF.

O papel que o Presidente da República exerce no processo de nomeação é o filtro mais imediato para a seleção daquele que tem o perfil desejado para ocupar o cargo. Em muitos casos, a decisão presidencial acaba por ser de tal forma palaciana, de modo que a população e a comunidade jurídica apenas sabem do nome do escolhido poucos dias antes da avaliação e sabatina do candidato.

Indicações políticas tendem a reproduzir o mecanismo de troca de interesses ou podem sedimentar apoios políticos concretos, além de possibilitarem reproduzir uma visão ideológica mais uniforme, comprometendo a pluralidade de ideias desejada em um Tribunal. O modelo de nomeação é privativo de grupos políticos e,

apesar de o nomeado não estar vinculado à vontade do governante, o Presidente da República tem o poder de escolher o perfil da corte.

O sistema atual toma emprestado do Presidente da República sua legitimidade democrática para justificar a indicação de dado nome ao STF, ocorre que esse critério baseado na legitimidade de quem indica apresenta-se frágil em razão do subjetivismo da escolha. Nesse sentido, entendemos que a adoção de critérios mais objetivos e transparentes pode fortalecer a imparcialidade e independência das instituições, assim como ampliar a credibilidade do sistema judicial.

Comparando com a sistemática boliviana, que divide o processo de escolha em fases (da pré-seleção até a eleição direta), a tradição brasileira abriga uma primeira etapa deficiente em razão da ausência de transparência, consubstancia-se em uma verdadeira “fase oculta”, que vai desde a apresentação das candidaturas às negociações e *lobbies* que envolvem a indicação e a aprovação desses nomes. Na prática, o que ocorre nos bastidores da política é uma espécie de campanha promovida pelo candidato e por seus apoiadores para que o presidente da República seja convencido da indicação

Em relação à diversidade de gênero na composição, verificou-se que desde a sua fundação em 1891, um total de 171 (cento e setenta e um) ministros foram nomeados para o Supremo Tribunal Federal (STF), sendo o último Flávio Dino de Castro e Costa, empossado em 22 de fevereiro de 2024. Entre esses ministros, apenas três foram mulheres. Em relação à representatividade racial, o STF não conta atualmente com nenhum magistrado que se identifica como negro, e apenas um ministro (Flávio Dino) se declara pardo. Ao longo de sua história, o tribunal teve apenas três ministros negros, todos homens, já aposentados.

As questões de diversidade e suas relações com a magistratura têm ganhado destaque na produção acadêmica nacional e internacional. Isso porque as instituições não eleitorais também são partes do processo de exclusão de grupos perante a esfera pública. Para Young, é especialmente quando estão situadas em diferentes lados das relações de desigualdade estrutural que as pessoas entendem essas relações e suas consequências de modos diferentes. Portanto, para que o sistema judicial alcance o ideal de ser capaz de representar efetivamente a sociedade no debate jurídico, as cortes precisam refletir a diversidade presente na

sociedade. Reconhece, portanto, que a representatividade se configura como pressuposto da legitimidade democrática do judiciário.

Nesse ponto, Phillips aponta que a visão que foca no vínculo entre representantes e representados a partir de suas opiniões, que ela conceitua como política de ideias, não se mostrou adequada para lidar com a exclusão política de grupos que, historicamente, foram marginalizados e silenciados. A presença política de mulheres, da população negra e de outros grupos deve ser abordada a partir de outro conceito: a política de presença.

A ligação entre legitimidade para continuar agindo com os elementos de presença e participação parece ser uma resposta adequada ao problema de quais são os argumentos mais sustentáveis para a defesa da diversidade nas Cortes constitucionais.

No caso brasileiro, o protagonismo que a instituição do STF tem assumido pós-Constituição de 1988 não pode vir desacompanhado de um arranjo institucional condizente com os padrões de justiça atuais, assim como são a política da presença e a justiça pela participação.

As especificidades do método de nomeação são importantes porque podem influenciar não só a independência dos juízes, mas também o tipo de juízes que chegam ao tribunal constitucional. Notadamente, o perfil variado dos membros do Tribunal tende a atender as especificidades de uma democracia sensível às diferenças, abrindo os espaços institucionais ao modo de fala e expressão de diferentes perspectivas de mundo, daí a ideia de ampliar os mecanismos de participação democrática e promover a diversidade dentro das estruturas do Poder.

Dentro do contexto em que se busca o fortalecimento da legitimidade democrática das instituições, algumas alterações no procedimento de seleção e nomeação dos juízes que integrarão o Tribunal Constitucional são absolutamente necessárias e urgentes, dada a importância da Corte Constitucional na preservação do estado democrático de direito e na garantia dos direitos fundamentais.

Considerando as fases do processo (indicação do nome pelo Presidente da República; arguição pública do indicado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal; apreciação do nome em votação pelo plenário do Senado; nomeação, por decreto da Presidência da República, do nome aprovado pelo Senado e posse pelo STF), entendemos que a etapa mais problemática é aquela

que nomeamos de “fase oculta”, que vai da apresentação das candidaturas à indicação pelo Presidente da República.

Nesse contexto, o reconhecimento da legitimidade das Cortes constitucionais não se limita à autorização jurídica, mas também à confiança e reconhecimento por parte da sociedade. Portanto, a ligação entre legitimidade, diversidade e participação é fundamental para garantir a justiça na representação e promover uma democracia sensível às diferenças.

Existe, portanto, a necessidade urgente de reformas no processo de seleção e nomeação dos juízes do Tribunal Constitucional para fortalecer sua legitimidade democrática. Propõe mudanças para tornar o processo mais transparente e participativo, desde a publicação de editais até a realização de audiências públicas e sabatinas. Também reconhece a necessidade de reflexão sobre a fixação de mandatos temporários para os juízes do Supremo Tribunal Federal (STF) como uma maneira de garantir renovação, diversidade e adaptabilidade à instituição. A introdução de mandatos fixos é vista como uma medida que promove uma justiça mais dinâmica e alinhada com os valores democráticos.

Por fim, corroborando a segunda parte da hipótese inicialmente apresentada, conclui-se que um sistema baseado na transparência no processo de escolha, ampliação dos mecanismos de participação democrática e garantia de pluralidade dentro das estruturas que compõem a Justiça Constitucional fortalece a legitimidade como confiança coletiva na instituição, refletindo na sua aptidão para resistir a ataques e ameaças orquestradas pelos demais poderes políticos.

REFERÊNCIAS

- ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Elefante, 2019.
- ALBERDI, Juan Bautista. **Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina**. Buenos Aires: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmctf8h9>. Acesso em: 15 dez. 2021.
- ALBÓ, Xavier. Las flamantes autonomías indígenas en Bolivia. *In*: GONZÁLEZ, Miguel *et al.* **La autonomía a debate**: autogobierno indígena y estado plurinacional en América Latina. Quito: FLACSO; Ecuador: GTZ: IWGIA: CIESAS: UNICH, 2010. p. 355-390.
- ALBUQUERQUE, Grazielle. **Da lei aos desejos**: o agendamento estratégico do Supremo Tribunal Federal. Local: Amanuense, 2023.
- ALEXY, Robert. Constitutional rights, democracy, and representation. **Ricerche Giuridiche**, [S. l.], v. 3, n. 2, p. 197-209, 2014.
- ALMEIDA, Frederico da. Judicialização da política e composição dos Tribunais Superiores. **Revista Parlamento e Sociedade**, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 75-98, 2015.
- ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Direito constitucional ao redor do globo: o controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos e o “writ of certiorari”. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 189-204, jan.-abr. 2020.
- AVRITZER, Leonardo. Revolução americana e constitucionalismo. *In*: BIGNOTO, Newton *et al.* (org.). **Dimensões políticas da justiça**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013.
- BACHTOLD, Isabelle Villwock. Referendos na Bolívia: separatismo ou contestação?. **Meridiano 47- Journal of Global Studies**, Boletim de Análise de Conjuntura em Relações Internacionais, [S. l.], v. 9, n. 95, 2008.
- BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Forense, 1968.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 25-77.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Natal, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BASABE SERRANO, Santiago Gustavo. **Las desigualdades en la representación de mujeres en cortes supremas de América Latina**. Quito, 2017.

BASTOS JUNIOR, Ronaldo Carvalho. **O hiperpresidencialismo no Novo Constitucionalismo Latino-Americano: uma análise dos seus efeitos no regime político equatoriano**. 2018. Tese (Doutorado em Direito – Justiça e Direitos Humanos na América Latina) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018.

BAZURCO OSORIO, Martín; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis. Bolivia: justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (org.). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolívia**. 2. ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. p. 49-144.

BELAUNDE, Domingo Garcia. De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 3, 1999.

BELLIDO, María Elena Attard *et al.* La justiciabilidad de los DESC en el constitucionalismo de la justicia e igualdad asumido por el modelo constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia. **Lex Social: Revista de Derechos Sociales**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 95-122, 2012.

BELLO, Enzo. Constituição e política na Venezuela: um balanço da conjuntura contemporânea. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, [Fortaleza], v. 24, n. 1, jan./mar. 2019.

BENÍTEZ TREVIÑO, Víctor Humberto. **Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824: síntesis de los anhelos de la Independencia**. [México]: Gobierno del Estado de México, 2008.

BENOIT, William L.; D'AGOSTINE, J. Michael. "The case of the midnight judges" and multiple audience discourse: Chief Justice Marshall and Marbury V. Madison. **Southern Communication Journal**, [S. l.], v. 59, n. 2, p. 89-96, 1994. *passim*.

BOBBIO, Norberto. A teoria do Estado e do poder em Max Weber. *In*: BOBBIO, Norberto. **Ensaios escolhidos: história do pensamento político**. São Paulo: C. H. Cardim, 1988. p. 157-184.

BOGÉA, Daniel. Mulheres togadas: diversidade de gênero e perspectivas sociais em cortes constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 58, n. 229, p. 103-126, 2021.

BOLÍVAR, Simón. **Doctrina del libertador**. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho, 1992.

BOLIVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. Sucre, BO: Tribunal Constitucional Plurinacional, Unidad Legislación, 2016. Disponible em: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/leyes>. Acceso em: 20 jan. 2022.

BOLIVIA. **Ley de aplicación normativa**: lei nº 21 de mayo de 2013. La Paz, 2013a. Disponible em: <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N381.pdf>. Acceso em: 17 nov. 2023.

BOLIVIA. **Ley nº 073, Ley de 29 de diciembre de 2010**. Ley de Deslinde Jurisdiccional. Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz: Asamblea Legislativa Plurinacional, 2010b. Disponible em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscarg/ley%20deslinde%20jurisdiccional>. Acceso em: 05 set. 2022.

BOLIVIA. **Ley nº 960 de 23 de junio de 2017**. Ley transitoria para el proceso de pre selección y elección de máximas autoridades del tribunal constitucional plurinacional, tribunal supremo de justicia, tribunal agroambiental y consejo de la magistratura. La Paz, 2017c. Disponible em: https://www.cedib.org/wp-content/uploads/2020/10/Ley_960.pdf. Acceso em: 10 set. 2022.

BOLIVIA. **Ley nº 025, Ley del Órgano Judicial**. [...] tiene por objeto regular la estructura, organización y funcionamiento del Órgano Judicial. Órgano Judicial Tribunal Supremo de Justicia. La Paz: Unidad de Comunicación y RRPP: Palacio de Gobierno, 2010a. Disponible em: <https://tsj.bo/wp-content/uploads/2019/11/ley-025-ley-del-organo-judicial.pdf>. Acceso em: 01 set. 2022.

BOLIVIA. **Ley nº 026 de 30 de junio de 2010**. Ley del Régimen Electoral. [S. /], 2010c. Disponible em: https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2019/07/LEY_026.pdf. Acceso em: 22 jan. 2020.

BOLIVIA. **Ley nº 027 de 6 de julio de 2010**. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. La Paz: Asamblea Legislativa Plurinacional, 2010d. p. 5. Disponible em: <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/normas/ley027/ley027.pdf>. Acceso em: 5 set. 2022.

BOLIVIA. **Ley nº 254 de julio de 2012**. Código Procesal Constitucional. Sucre, BO: 2012. Disponible em: <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/normas/ley254/ley254.pdf>. Acceso em: 01 set. 2022.

BOLIVIA. **Ley nº 757, 5 de noviembre de 2015**. Artículo 1: "(Objeto). La presente ley tiene por objeto convocar a Referendo Constitucional Aprobatorio, de conformidad a lo establecido por el Artículo 411.II de la Constitución Política del Estado y el Art. 23 de la Ley nº 026, de 30 de junio de 2010, del Régimen Electoral". La Paz, 2015.

BOLIVIA. **Ley nº 929 de 27 de abril de 2017**. La Paz: Palacio de Gobierno, 2017a. Disponible em: https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2017/07/Ley_929.pdf. Acceso em: 10 set. 2022.

BOLIVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**. Versión oficial aprobada por la Asamblea Constituyente - 2007 y compatibilizada en el Honorable Congreso Nacional – 2008. La Paz: Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2008. p. 74-75. Disponível em: <https://diputados.gob.bo/wp-content/uploads/2022/02/cpe.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

BOLIVIA. **Reglamento de preselección de candidatas e candidatos para la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional y Tribunal Supremo de Justicia**. La Paz Órgano Electoral Plurinacional, 2017b. Disponível em: <http://senado.gob.bo/sites/default/files/REGLAMENTO%20PRESELECCIO%2024062017.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2022.

BOLIVIA. **Sentencia constitucional plurinacional nº 0084, de 28 de noviembre de 2017**. La Paz: Tribunal Constitucional Plurinacional, 2017d. Disponível em: <https://edwinfigueroaag.files.wordpress.com/2017/12/sentencia-0084-2017-tcp-bolivia-reeleccion-evo-morales.pdf>. Acessado em: 17 nov. 2019.

BOLIVIA. **Declaración Constitucional 003, decisión en 25 abr. 2013**. La Paz: Tribunal Constitucional Plurinacional, 2013b. Disponível em: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/tcp-resolvi%C3%B3-consulta-sobre-proyecto-de-ley-deaplicaci%C3%B3n-normativa>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. **Las constituciones políticas de Bolivia: 1826-2009**. Sucre, BO: Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, 2018.

BON, Pierre. La létimité du Conseil Constitutionnel français. *In*: COLÓQUIO DO 10º ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1993, Lisboa. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, ago. 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/262448119_Jurisdiacao_constitucional_e_legitimidade_algumas_observacoes_sobre_o_Brasil. Acesso em: 4 maio 2014.

BONNEAU, Chris W.; HALL, Melinda Gann. **In defense of judicial elections**. Routledge, 2009.

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 1987.

BOURDIEU, Pierre. Espaço social e gênese de classe. *In*: BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: DIFEL, 1989. cap. 6.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. Campinas: Papyrus, 1996.

BOURDIEU, Pierre. **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1983.

BOURDIEU, Pierre. **The state nobility: elite schools in the field of power**. Stanford: Stanford University Press, 1998.

BOURDIEU, Pierre. What makes a social class? On the theoretical and practical existence of groups. **Berkeley Journal of Sociology**, [S. l.], v. 32, p. 1-17, 1987.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan./abr. 2014.

BRANCO, Pedro H. Burocracia e crise de legitimidade: a profecia de Max Weber. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, p. 47-77, 2016.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648/9641> Acesso em: 25 jun. 2022.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

BRASIL. [Constituição (1837)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891)**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (26 de julho de 1934)**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 16 de 12 de agosto de 1834**. Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Imperio, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil, 1834. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim16.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de

constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 01 dez. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Regimento interno do Senado Federal**: resolução nº 93, de 1970. Brasília, DF: Senado Federal, [2023]. 2 v. (xv, 292 p.; ix, 373 p.) Texto editado em conformidade com a Resolução nº 18, de 1989, atualizado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções posteriores, até agosto de 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Divulgação de candidaturas e contas eleitorais**. Brasília, DF: TSE, 2018. Disponível em: <https://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/candidato/2018/2022802018/MA/100000603926>. Acesso em: 16 fev. 2024.

BRAZIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

BREWER-CARÍAS, Allan R. La reforma del sistema de justicia constitucional en Honduras (2004). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución**, [S. l.], v. 4, p. 57-77, 2005.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. **Instituciones políticas y constitucionales**. Caracas, San Cristóbal: Editorial Jurídica Venezolana, 1996. t. 6: Justicia constitucional.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. **Leyes de amparo de América Latina**. 2007. Tesis (Doctorado) --Universidad Central de Venezuela. Caracas: Fundación Editorial Jurídica Venezolana, 2007.

BRITO, Alexandra Barahona de; GONZALÉZ-ENRÍQUEZ, Carmen; AGUILAR, Paloma (ed.). **The politics of memory: transitional justice in democratizing societies**. [Reino Unido]: Oxford University Press, 2001.

BRUMBERG, Daniel. The trap of liberalized autocracy. **Journal of Democracy**, [Washington, DC], v. 13, Issue 4, p. 56-68, 2002.

BRÜNNECK, Alexander von. Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales. **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**, [S. l.], v. 4, p. 15-49, 1988.

BURCKHART, Thiago. Constitucionalismo e democracia: uma análise crítica do processo eletivo de Magistrados para Tribunais Superiores da Bolívia. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S. l.], v. 14, n. 2, p. 239-264, 2019.

BUSCAGLIA, Edgardo; ULEN, Thomas. A quantitative assessment of the efficiency of the judicial sector in Latin America. **International Review of Law and Economics**, [S. l.], v. 17, n. 2, p. 275-291, June 1997.

BUßJÄGER, Peter. Very small worlds: the Austrian Länder as Constituent Units of the Austrian Federation. **L'Europe en Formation**, [S. l.], n. 3, p. 71-85, 2013.

CALAMANDREI Piero. **La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile**. Recensione di: Enzo Collotti. Padova, IT: Cedam, 1950.

CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. Gênese do modelo austríaco de controle de constitucionalidade: construção eminentemente racional voltada à proteção dos direitos fundamentais? **Revista do IHGB-Instituto Histórico Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, ano 181, n. 483, maio/ago. 2020.

CAMACHO, Oscar Vega. Reflexões sobre o transformação pluralista. *In*: ALCOREA, R.; LINERA, A.; TAPIA, L. **A transformação pluralista do Estado**. La Paz, BO: Muela del Diablo, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CAROTHERS, Thomas. The end of the transition paradigm. **Journal of Democracy**, [Washington, DC], v. 13, n. 1, Jan. 2002.

CARPENTIER, Mathieu. Pour de nouveaux «modèles» de justice constitutionnelle. **Revue Internationale de Droit Comparé**, [France], v. 68, n. 1, 2016.

CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a corte fora da política. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, abr./jun. 2019.

CASAL, Jesús María. La jurisdicción constitucional y la institucionalidad democrática en Venezuela: balance y desafíos. **Cuestiones constitucionales**, Ciudad de México, MX, n. 44, p. 55-90, enero/junio 2021.

CASTAGNOLA, Andrea; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Bolivia: el ascenso (y caída) del control constitucional. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. cap. 10.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. Modelos de justiça constitucional. Relatório do Tribunal Constitucional Português. *In*: CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL, 4., 2005, Sevilla. **Anais eletrônicos [...]**. Sevilla, 2005. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/textos020309.html>. Acesso em: 16 fev. 2024.

CECEÑA, Ana Esther. **La guerra por el agua y por la vida**: Cochabamba, una experiencia de construcción comunitaria frente al neoliberalismo. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2005.

CHAMBI MAYTA, Roger Adan. **Jurisdicción indígena y colonialidad jurídica en la Bolivia plurinacional**: desafíos de la autodeterminación indígena. 2021. Dissertação (Mestrado) – Instituto Latino-Americano de Arte, Cultura e História, Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Estudos Latino-Americanos, Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Foz do Iguaçu, Paraná, 2021.

CHÁVEZ, Rebecca; FEREJOHN, John; WEINGAST, Barry. Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente: un estudio comparativo de los Estados Unidos y Argentina. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. cap. 8.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Direito Público**, Porto Alegre, ano 3, n. 12, p. 66-67, abr./jun. 2006. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1322>. Acesso em: 17 maio. 2022.

COHN, Gabriel. **Crítica e resignação**. Max Weber e a teoria social. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

COLÔMBIA. Tribunal Constitucional da Colômbia. Conferência Ibero-Americana de Justiça Constitucional. **Jurisdição para a liberdade**: democracia e direitos fundamentais nos estados de emergência. Bogotá D.C., set. 2020. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/cibero/cibero_202009_colombia_relatorio_pt.pdf. Acesso em: 16 fev. 2024.

COLÓN-RÍOS, Joel. Law, language and the latin american constitutions. **Victoria University of Wellington Law Review**, Wellington, NZ, v. 42, n. 2, p. 367-386, 2011. DOI: <https://doi.org/10.26686/vuwlr.v42i2.5126>. Disponível em: <https://ojs.victoria.ac.nz/vuwlr/article/view/5126>. Acesso em: 11 jan. 2017. *passim*.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas**. [S. l.]: CIDH, 5 dic. 2013. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/ope>. Acesso em: 05 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2023, de 16 de fevereiro de 2014**. Brasília, DF: CNJ, 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/sumario-executivo-justica-em-numeros-200923.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Portaria nº 42 de 01/02/2024**. Regulamenta o Indicador de Desempenho na Promoção da Equidade Racial (Iper) e

o Prêmio Equidade Racial, para o ano de 2024. Brasília, DF: CNJ, 2024. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5434>. Acesso em: 16 fev. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 525 de 27/09/2023**. Altera a Resolução CNJ n. 106/2010, dispondo sobre ação afirmativa de gênero, para acesso das magistradas aos tribunais de 2º grau. Brasília, DF: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277>. Acesso em: 16 fev. 2024.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História contextual do controle de constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, 2017.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do controle da constitucionalidade das leis no Brasil**: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891). São Paulo: Almedina, 2019.

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. **Análisis online**. [S. l.], 2023. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp>. Acesso em: 16 fev. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE DH). **Opinião Consultiva OC-28/21**. [S. l.], 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf. Acesso em: 05 set. 2023.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Unesp, 2006.

CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A Constituição de Cádiz: valor histórico e atual. **Revista de Estudios Brasileños-REB**, [S. l.], ano 1, v. 1, n. 1, p. 81, 2º sem. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DALMAU, Rubén Martínez. Análisis crítico del derecho constitucional desde la perspectiva del nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Thémis: Revista de Derecho**, [S. l.], v. 67, p. 49-62, 2015.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAMOND, Larry. Facing up to the democratic recession. **Journal of Democracy**, [Washington, DC], v. 26, n. 1, p. 141-155, Jan. 2015.

DIAMOND, Larry. The democratic rollback: the resurgence of the predatory state. **Foreign Affairs**, [S. l.], v. 87, n. 2, p. 36-48, Mar. 2008.

DIAS, António. Sobre “desconsolidação” e retrocesso democrático. **Relações Internacionais**: R:I, [S. l.], ano 16, n. 52, p. 27-41, 2016.

DIETZE, Gottfried. America and Europe: decline and emergence of judicial review. **Virgínia Law Review**, [Virgínia, USA], v. 44, n. 8, p. 1233-1272, Dec. 1958. DOI: <https://doi.org/10.2307/1070910>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1070910>. Acesso em: 02 fev. 2021.

DOS 597 pré-candidatos que se apresentaram no início do processo eleitoral em 2017, apenas 96 chegaram à etapa final. **Nexo Jornal**, [S. l.], 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/12/04/Como-funciona-a-elei%C3%A7%C3%A3o-direta-para-o-Judici%C3%A1rio-na-Bol%C3%ADvia>. Acesso em: 22 jan. 2020.

DRISCOLL, Amanda; NELSON, Michael J. Crónica de una elección anunciada. Las elecciones judiciales de 2017 en Bolivia. **Política y Gobierno**, [S. l.], v. 26, n. 1, p. 41-64, 2019.

DRISCOLL, Amanda; NELSON, Michael J. Judicial selection and the democratization of justice: Lessons from the Bolivian judicial elections. **Journal of Law and Courts**, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 1-47, 2015.

DUARTE, Evandro Charles Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o constitucionalismo em face do lado oculto da modernidade. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 49, p. 4, jul./dez. 2016.

DURAND FLÓREZ, Guillermo. **El Perú en las Cortes de Cádiz**. Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú. Colección Documental de la Independencia del Perú. Investigación, recopilación y prólogo por Guillermo Durand Flórez. Lima, Perú: 1974. t. 4, v. 2.

DWORKIN, Ronald; RIOS, Gildo. **O império do direito**. Martins Fontes, 1999.

EDWARDS, R. A. Bonham's case: the ghost in the constitutional machine. **Denning Law Journal**, [USA], v. 11, 1996.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. Los Tribunales Constitucionales en la región andina: una visión comparativa. **Derecho PUCP**, [S. l.], n. 53, 2000.

EISENMANN, Charles. **Dix ans d'histoire constitutionnelle autrichienne (1918-1928)**: étude suivie de la traduction de la constitution fédérale de 1er octobre 1920. [Paris]: M. Giard, 1928.

ENGELMANN, Fabiano; BANDEIRA, Júlia Veiga Vieira Mâncio. A construção da autonomia política do Judiciário na América Latina: um estudo comparado entre Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Venezuela. **Dados-Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 60, n. 4, p. 903-936, out./dez. 2017. Disponível em: http://old.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582017000400903&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 maio 2022.

ERREJÓN GALVÁN, Iñigo. **La lucha por la hegemonía durante el primer gobierno del MAS en Bolivia (2006-2009)**: un análisis discursivo. Director de tesis: Heriberto Cairo Carou. 2012. Tesis Doctoral (Doctorado en Ciencias Políticas) – Programa de Doctorado: Conflicto político y procesos de pacificación, Departamento

de Ciencia Política y de la Administración II, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012.

ESPAÑA. [Constituição (1812)]. **Constitución Política de la Monarquía Española**: promulgada en Cádiz al 19 de marzo de 1812. ACD – Sección Constituciones Originales. Cádiz: Congreso, 1812. Disponible em: https://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812_cd.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, [Fortaleza], v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

FELONIUK, Wagner Silveira. **A Constituição de Cádiz**: análise da constituição política da monarquia espanhola de 1812. Porto Alegre: DM Editora, 2014.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. **La justicia constitucional europea ante el siglo XXI**. Madrid: Tecnos, 2002.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. La primera Constitución española: el Estatuto de Bayona. **Revista de Derecho**, Barranquilla, CO, n. 26, dic. 2006.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco La jurisdicción constitucional en Bolivia: la Ley no. 1836, del 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional. **Law and Politics in Africa, Asia and Latin America**, [S. l.], v. 34, n. 3, p. 315-347, 2001.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **Del control político al control jurisdiccional**: evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. [S. l.]: CLUEB, 2006.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Du contrôle politique au contrôle juridictionnel: évolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine. **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**, [S. l.], v. 20, n. 2004, 2005.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su génesis en el pasado siglo. **Pensamiento Constitucional**, Perú, v. 3, n. 3, 1997a.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: su evolución. *In*: QUIROGA LEON, Aníbal (comp.). **Sobre la jurisdicción constitucional**. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú: Fondo, 1990.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad. **Pensamiento Constitucional**, [Perú], ano 4, n. 4, 1997b.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional. **Revista de las Cortes Generales**, [Madrid], v. 84, 2011.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en Bolivia: la Ley no. 1836, del 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional. **Law and Politics in Africa, Asia and Latin America**, [S. l.], v. 34, n. 3, 2001.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia de 1994. **Revista de estudios políticos (Nueva Época)**, [S. l.], n. 101, p. 207-234, 1998.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano–modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de Justicia Constitucional. **Direito Público**, [S. l.], ano 1, n. 2, p. 55-82, oct./dic. 2003.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Sir Edward Coke, El Bonham's Case y la Judicial Review. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, DF: IDP, Ano 6, n. 2, p. 167-236, jul.-dez. 2013.

FERRAZZO, Débora; LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo jurídico e interpretação plural na jurisdição constitucional boliviana. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2017.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Los tribunales constitucionales en Iberoamérica**. México: Funda, 2002.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001.

FISHER, James Bryce. **The american commonwealth**. New York: Macmillan, 1914. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/0004-01_eBk.pdf. Acesso em: 02 fev. 2022.

FIX-FIERRO, Héctor; SALAZAR-UGARTE, Pedro. Presidentialism. *In*: ROSENFELD, Michel; SAJO, Andrés (ed.). **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. United Kingdom: The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law: Oxford University Press, 2012.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Evolución del control constitucional en México. **Constitucionalismo iberoamericano en el siglo XXI**. Ciudad de México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2000.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. La justicia constitucional en América Latina. *In*: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Colaboraciones extranjeras y nacionales. **El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX: constitucionalismo**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma del México-UNAM, 1989. t. 4.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano. *In*: SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis *et al.* **Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917, en su septuagésimo quinto aniversario**. Ciudad de México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1992.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad. **RU Jurídicas – Repositorio Universitario**,

Coyoacán, MX, 1978. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/issue/view/1536>. Acesso em: 15 dez. 2021.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Los tribunales y salas constitucionales en América Latina. *In*: ADAME GODDARD, Jorge *et al.* **Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca**. Cidade do México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2016.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional: 1940-1965**. 1. ed. Ciudad de México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1968.

FOA, Roberto Stefan; MOUNK, Yascha. The democratic disconnect. **Journal of Democracy**, [Washington, DC], 2016, v. 27, n. 3, p. 5-17, July 2016.

FONTAINHA, Fernando de Castro *et al.* **História oral do Supremo [1988-2013]**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017. v. 21: Dias Toffoli.

FONTAINHA, Fernando de Castro; MATTOS, Marco Aurélio Vannucchi Leme de; NUÑEZ, Izabel Saenger. **História oral do Supremo [1988-2013]**. Rio de Janeiro: FGV, 2016. v. 12: Luiz Fux.

FONTAINHA, Fernando de Castro; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ALMEIDA, Fábio Ferraz de. **História oral do Supremo [1988-2013]**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. v. 19: Ayres Britto.

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO. **Elecciones judiciales en Bolivia: aprendimos la lección?** Massachusetts: Due Process of Law Foundation, 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índices**. Trad. Marcia Sá Cavalcante- Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 2003.

GALINDO DECKER, Hugo. **Tribunal Constitucional**. La Paz, BO: Jurídica Zegada, 1994.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. **De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional**. 4. ed. rev. cor. aum. Perú: IIDC, 2003a.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. **La jurisdicción constitucional como concepto**. [S. l., s. n.], 1990a.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo. **Advocatus**, Lima, n. 1, 1998.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Los tribunales constitucionales en América Latina. **Revista de Derecho Político**, [S. l.], n. 61, 2004.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Los tribunales constitucionales en América Latina. *In*: DURÁN, Manuel Carrasco *et al.* (coord.). **Derecho constitucional para el siglo**

XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. España: Aranzadi Thomson Reuters, 2006. p. 4227-4235.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Los tribunales constitucionales en América Latina. **Revista de Derecho Político**, [S. l.], n. 61, 2004.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Nota preliminar. *In:* KELSEN, Hans. **Sobre la jurisdicción constitucional**. Liminar de Luis Cervantes Liñan. 1. ed. Lince, Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2017.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823-1979). **Historia Constitucional**, [S. l.], n. 4, 2003b.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Sobre la jurisdicción constitucional. *In:* QUIROGA LEON, Aníbal (comp.). **Sobre la jurisdicción constitucional**. Peru: Pontificia Universidad Católica del Peru-PUCP: Fondo, 1990b. Disponible em: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11104?show=full>. Acceso em: 02 fev. 2022.

GARCIA, Jean-Rene. El surgimiento del control de constitucionalidad en Bolivia: de la independencia a la Constitución boliviana de 2009. **Perfiles de las Ciencias Sociales**, Villahermosa, MX, ano 2, n. 3, jul./dic. 2014.

GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição: o legado federalista dois séculos depois. *In:* ALBERTO BORON, Atilio (org.). **Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx**. Traducciones de Celina Lagrutta. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO); San Pablo: Depto. de Ciência Política - FFLCH, 2006.

GARGARELLA, Roberto. Injertos y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en América Latina. *In:* GARGARELLA, Roberto *et al.* (coord.). **Teoría y crítica del derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 489-492.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz, 2015b.

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

GINSBURG, Tom. Courts and new democracies: recent works. **Law & Social Inquiry**, [S. l.], v. 37, n. 3, 2012.

GISI, Bruna; ADORNO, Sergio. Apresentação legitimidades, conhecimento e dominação política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 33, p. 5-21, 2022.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020.

GÓNGORA, Boris. En el MAS ya prevén que las elecciones judiciales pueden realizarse en agosto de 2024. **La Razón**, La Paz, 15 dic. 2023. Disponible em:

<https://www.la-razon.com/nacional/2023/12/15/en-el-mas-ya-preven-que-las-elecciones-judiciales-pueden-realizarse-en-agosto-de-2024/>. Acesso em: 2 jan. 2023.

GRIFFITHS, John. What is legal pluralism. **J. Legal Pluralism & Unofficial L.**, [S. l.], v. 24, 1986.

GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. **Constitucionalismo en Ecuador**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

GROPPI, Tania. Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l'Italia?. **Rassegna Parlamentare**, [S. l.], v. 52, n. 1, 2010.

GROS ESPIEL, Héctor. Control político de la constitución: el caso de Uruguay. **Política – Revista de Ciencia Política**, [Montevideo, UY], n. 2, enero 1983.

GROSSMAN, Nienke. Sex on the bench: do women judges matter to the legitimacy of international courts. **Chi. J. Int'l L.**, [S. l.], v. 12, 2011.

GUERECA, Rommel Palacios. Análisis jurisprudencial sobre conflictos de competencias promovidos ante el Tribunal Constitucional por las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente. **Revista de Ciencia, Tecnología e Innovación**, [S. l.], v. 21, n. 28, p. 85-94, 2023.

GUERRA, François-Xavier. **Modernidad e independencias: ensayos sobre las revoluciones hispánicas**. Madrid: Mapfre, 1992.

GUIMARÃES, Livia Gil. Participação social no STF: repensando o papel das audiências públicas. **Revista Direito e Práxis**, Natal, v. 11, p. 236-271, 2020.

GUZMÁN TERRAZAS, Patricia Cecilia Carmen Elizabeth. **Tribunal Constitucional en el Estado Plurinacional de Bolivia: de la elección en la Asamblea Legislativa a la elección a través del voto universal: diseño y trayectoria institucional**. 2016. Tesis Doctoral (Carrera de Ciencia Política y Gesti[on Pública) – Mención en Gerencia Política, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, Bolivia, 2016.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action**. [S. l.]: Beacon press, 1985. v.1: Reason and the rationalization of society.

HALE, Brenda. **Lady Hale gives the Fiona woolf lecture for the women lawyers' division of the law society: women in the Judiciary**. [S. l.], 2014. Disponível em: <https://www.supreme court.uk/docs/speech-140627.pdf>. Acesso em: 27 dez 2023.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HAMMERGREN, Linn A. **Envisioning reform**: conceptual and practice obstacles to improving judicial performance in Latin American. 1st ed. [Pennsylvania]: Penn State University Press, 2007.

HAMMERGREN, Linn A. **The politics of justice and justice reform in Latin America**: the peruvian case in comparative perspective. Boulder, CO: Westview Press, 1998.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HARUTYUNYAN Gegham; MAVÈIÈ Arne. **The constitutional review and its development in the modern world**: a comparative constitutional analysis. Erevan, Lubiana: Hayagitak, 1999.

HAYNES, Evan. **The selection and tenure of judges**. [S. l.]: The Lawbook Exchange, 2005.

HELMHOLZ, Richard H. Bonham's case, Judicial Review, and the law of nature. **Journal of Legal Analysis**, [S. l.], v. 1, n. 1, 2009.

HELMKE, Gretchen. **Institutions on the edge**: the origins and consequences of inter-branch crises in Latin America. [Cambridge]: Cambridge University Press, 2017.

HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introducción. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

HIRSCHL, Ran. Looking sideways, looking backwards, looking forwards: judicial review vs. democracy in comparative perspective. **University of Richmond Law Review**, Virginia, v. 34, n. 2, p. 415-441, 2000.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Prefácio de Gilberto Freyre. Rio de Janeiro: José Olympio, 1936.

HUGHES, Charles Evans. **La suprema corte de los Estados Unidos**. 2. ed. corr. aum. Traducción de Vicente Herrero y Roberto Molina Pasquel. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1971,

HUNTINGTON, Samuel P. **A terceira onda**: a democratização no final do século XX. São Paulo: Ática, 1994.

IANNI, Octávio. **A formação do Estado Populista na América Latina**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

INCLÁN, Silvia; INCLÁN, María. Las reformas judiciales en América Latina y la rendición de cuentas del Estado. **Perfiles Latinoamericanos**, Ciudad de México, MX, n. 26, p. 55-82, jul./dic. 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo 2022**: pela primeira vez, desde 1991, a maior parte da população do Brasil se declara parda. Brasília, DF: IBGE, 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38719-censo-2022-pela-primeira-vez-desde-1991-a-maior-parte-da-populacao-do-brasil-se-declara-parda>. Acesso em: 16 fev. 2024.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies**: contested power in the era of constitutional courts. [Cambridge]: Cambridge University Press, 2015.

JARAMILLO JASSIR, Mauricio. Las altas Cortes y la consolidación democrática en Ecuador luego de las reformas de 1998, 2008 y 2011. **Colombia Internacional**, [Bogotá, CO], n. 79, p. 141-142, sept./dic. 2013.

JEFFERSON, Thomas. **Writings of Thomas Jefferson**. New York: Derby & Jackson, 1854.

JELLINEK, Georg. **Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich**. Wien: A. Hölder, 1885.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição: exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público. *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 119-125.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KOMMERS, Donald Paul. An introduction to the federal constitutional court. **German Law Journal**, [Frankfurt, DE], v. 2, n. 9, June 2001. Special Issue: Fifty years of the Bundesverfassungsgericht.

LACLAU, Ernesto. **La razón populista**. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

LAGI, Sara. Hans Kelsen e a Corte Constitucional Austríaca: 1918-1929. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, jan./abr. 2021.

LAMBERT, Jaques. **América Latina**: estructuras sociales e instituciones políticas. Barcelona: Ariel, 1973.

LANDA, César. El proceso de amparo en América Latina. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Montevideo, ano 17, 2011.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review**, [S. l.], v. 47, n. 1, p. 189-260, Nov. 2013.

LARROUTUROU, Thibaut. **Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité**. 2020. Thèse (Docteur en Droit Public) – Université Jean Monnet Saint-Etienne, Lyon, 2020.

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, p. 331-372, 2018.

LEMOS, Leany Barreiro; LLANOS, Mariana. O Senado e as aprovações de autoridades: um estudo comparativo entre Argentina e Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 22, p. 115-138, 2007.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. **Competitive authoritarianism: hybrid regimes after the Cold War**. New York: Cambridge University Press, 2010.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. The rise of competitive authoritarianism. **Journal of Democracy**, [Washington, DC], v. 13, n. 2, p. 51-65, Apr. 2002.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, Alan E. Vargas. E. **La Justicia Constitucional en el Estado Plurinacional**. Cochabamba, BO: Kipus, 2017.

LIMA, Alan E. Vargas. La evolución de la justicia constitucional en Bolivia: apuntes sobre el modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, [S. l.], n. 20, 2016.

LIMA, Denise Maria de Oliveira. Campo do poder, segundo Pierre Bourdieu. **Cógitio**, Salvador, v. 11, p. 14-19, 2010.

LIMA, Jairo; PRADELLA BUENO, Marcela; STAMILE, Natalina. Supremas Ministras: a inclusão de mulheres na composição do STF à luz da legitimidade das Cortes Constitucionais. **Direito Público**, [S. l.], v. 18, n. 98, 2021. DOI: 10.11117/rdp.v18i98.5853. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5853>. Acesso em: 24 fev. 2024.

LIMA, Jairo; BUENO, Marcella; STAMILE, Natalina. Supremas ministras: a inclusão de mulheres na composição do STF à luz da legitimidade das cortes constitucionais. Dossiê temático “Gênero e Instituições Judiciais: conexões teóricas e práticas”. **Revista Direito Público**, São Paulo, v. 18, n. 98, p. 217-255, 2021.

LÓPEZ LÓPEZ, E. Liliانا. El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el derecho. **UMBRAL: Revista de Derecho Constitucional**. Dossiê Pluralismo Jurídico, [S. l.], t. 1, n. 4, p. 31-64, jun./dic. 2014.

LORENZO G. Ángel Haraol. Elecciones judiciales en el Estado Plurinacional de Bolivia III: el resultado final. **Revista Andina de Estudios Políticos**, Lima, n. 10, oct./nov. 2011.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Cortes Constitucionais na América Latina e suas tensões com o Poder Executivo: dificuldades, estratégias e desafios. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 26, n. 2, p. 123-145, maio/ago. 2021.

LUST, Ellen; WALDNER, David. **Unwelcome change**: understanding, evaluating, and extending theories of democratic backsliding. Washington, DC: US Agency for International Development. (USAID), 2015.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824). **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, 2005.

MAC GREGOR, Eduardo Ferrer. Derecho procesal constitucional local (La experiencia en cinco estados: 2000-2004). *In*: CARBONELL, Miguel. **Derecho constitucional**: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados [9-14 de febrero de 2004]. Cidade do México, MX: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2004.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. *In*: CASTRO-GÓMEZ, S.; GROSFUGUEL, R. (ed.). **El giro decolonial**. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Iesco-Pensar-Siglo del Hombre, 2007. p.127-167.

MALLESON, Kate. Justifying gender equality on the bench: why difference won't do. **Feminist legal studies**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 1-24, 2003.

MARCIC, Rene. **Verfassung und Verfassungsgericht**. Wien, Áustria: Springer-Verlag, 1963.

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime. Historia del juicio de amparo contra leyes: el amparo Vega. **Revista IUS-Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, Puebla, MX, v. 13, n. 43, enero/jun. 2019.

MAUS, Ingborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Estudos em Avaliação Educacional Fundação Carlos Chagas**, [S. l.], n. 20, jul./dez. 1999.

MCADAMS, A. James. **Transitional justice and the rule of law in new democracies**. [Indiana, USA]: University of Notre Dame Press, 1997.

MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. 5. ed. rev. e ampl. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal; Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023.

MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América latina. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, [Brasília, DF], n. 4, jul./dez. 2010.

MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (ed.) **The (un) rule of law and the underprivileged in Latin America**. [Notre Dame, IN]: University of Notre Dame Press, 1999.

MERKEL, Wolfgang. Are dictatorship returning? revisiting the “democratic rollback” hypothesis. **Contemporary Politics**, [S. l.], v. 16, n.1, p. 17-31, Mar. 2010.

MERKEL, Wolfgang. Embedded and defective democracies. *In*: CROISSANT, Aurel; MERKEL, Wolfgang (ed.) **Consolidated or defective democracy?** problems of regime change. London: Taylor & Francis, 2004.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. Les tendances internationales des nouvelles constitutions europeennes. **Les Esprit Int'l**, Paris, v. 2, n. 8, 1928.

MISOCZKY, Maria Ceci A. Implicações do uso das formulações sobre campo de poder e ação de Bourdieu nos estudos organizacionais. **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, v. 7, p. 9-30, 2003.

MOLINA, Fernando. El Tribunal Constitucional de Bolivia anula la reelección indefinida e inhabilita a Evo Morales para 2025. **El País**, La Paz, 30 dic. 2023. Disponível em: <https://elpais.com/america/2023-12-30/el-tribunal-constitucional-de-bolivia-anula-la-reeleccion-indefinida-e-inhabilita-a-evo-morales-para-2025.html>. Acesso em: 2 jan. 2023.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORALES GODO, Juan. Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional peruano: análisis jurídico-político comparativo. **Derecho PUCP**, [S. l.], n. 53, 2000.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW – 1974)**. Texto publicado no Diário do Congresso Nacional Brasileiro em 23.06.1994. Brasília, DF, 1994. Disponível em: http://www.salvador.ba.gov.br/images/PDF/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Notas sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile. **Revista Chilena de Historia del Derecho**, [Chile], t. 2, n. 22, 2010.

NELSON, William E. **Marbury v. Madison**: the origins and legacy of judicial review. 2nd. ed. rev. exp. [Kansas, US]: University Press of Kansas, 2018.

NEVES, Antônio Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005. **Estudios Constitucionales**, Santiago, ano 6, n. 2, p. 325-370, 2008.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **La jurisdicción constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI**. México: Porrúa, 2004.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los tribunales constitucionales de Sudamérica a principios del siglo XXI. **Ius et Praxis**, Talca, CL, v. 9, n. 2, 2003.

O'DONNELL, Guillermo. Horizontal accountability in new democracies. **Journal of Democracy**, [Washington, DC], v. 9, n. 3, p. 112-126, 1998.

O'DONNELL, Guillermo. Notas sobre la democracia en América Latina. *In*: PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). **La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos**. 2. ed. Buenos Aires: Aguilar, 2004. p. 11-82.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). **Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura**. [S. l.]: OHCHR, 6 sept. 1985. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary>. Acceso en: 05 set. 2022.

ÖHLINGER, Theo. The genesis of the Austrian model of constitutional review of legislation. **Ratio Juris**, Oxford, UK, v. 16, n. 2, p. 206-222, jun. 2003.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza; STRECK, Lenio Luiz. Um direito constitucional comum latino-americano: por uma teoria geral do novo constitucionalismo latino-americano. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, ano 10, n. 11, p. 121-151, jan./jun. 2012.

ORIAS ARREDONDO, Ramiro. **Reforma judicial en Bolivia: elementos para el diagnóstico y desafíos**. La Paz: Friedrich Ebert Stiftung-Bolivia (FES), 2015.

PÁSARA, Luis. **Elecciones judiciales en Bolivia: una experiencia inédita**. [S. l.]: Fundación para el Debido Proceso, 2014.

PASQUINO, Pasquale. Tipologia della giustizia costituzionale in Europa. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, n. 2, p. 359-369, 2002.

PEDRO SAGÜÉS, Néstor. **Derecho procesal constitucional**. 4. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Astrea, 2002.

PEDRO SAGÜÉS, Néstor. **Reflexiones sobre las variables de éxito y fracaso de un Tribunal Constitucional**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer. 2001.

PEGORARO, Lucio. **Giustizia costituzionale comparata: dai modelli ai sistemi**. Torino, Italia: G. Giappichelli, 2015.

PEGORARO, Lucio. La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 6, p. 393-416, 2002.

PEGORARO, Lucio. **Sistemi di giustizia costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2019.

PEÑA VENEGAS, Edgar. **El control de constitucionalidad en el estado plurinacional de Bolivia**. 2013. Tesis Doctoral (Moral y Política) – Departamento de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universitat de València, Valencia, 2013.

PEREIRA, Jane Reis; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. Hércules, Hermes e a Pequena Sereia: uma reflexão sobre estereótipos de gênero, subapresentação das mulheres nos Tribunais e (i) legitimidade democrática do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 2, 2018.

PERÚ. [Constituição (1823)]. **Constitución Política de la República Peruana sancionada por el Primer Congreso Constituyente el 12 de Noviembre de 1823**. Lima, PE: Palacio de Gobierno, 12 nov. 1823. Disponível em: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1823/Cons1823_TEXTO.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

PERÚ. [Constituição (1856)]. **Constitución de la República Peruana**. Dada el 13 de octubre de 1856 y promulgada en 19 del mismo mes. Lima, PE: Casa de Gobierno, 1856. Disponível em: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1856/Cons1856_TEXTO.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

PETERS, Gabriel. Humano, demasiado mundano: a teoria do habitus em retrospecto. **Teoria & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, p. 8-37, 2010.

PHILLIPS, Anne. De uma política de ideias a uma política de presença? **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 9, p. 268-290, 2001.

PHILLIPS, Anne. **The politics of presence**. New York: Oxford University Press, 1995.

PHILLIPS, Anne. **The politics of presence**. Oxônia, UK: OUP Oxford, 1998.

PITKIN, Hannah Fichel. **The concept of representation**. Berkeley: University of California Press, 1967. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/15080>. Acesso em: 25 jun. 2022.

PIZA ROCAFORT, Rodolfo. Influencia de la Constitución de los Estados Unidos en las Constituciones de Europa y de América Latina. *In*: BUERGENTHALL, Thomas; GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario; PIZA ROCAFORT, Rodolfo. **La Constitución norteamericana y su influencia en Latinoamérica: 200 años, 1787-1987**. 1. ed. San José, CR: Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987.

PLÁCIDO, Juliana Amoedo A.; SEVERI, Fabiana Cristina. **A representatividade de mulheres nas instâncias legislativas e o conceito de política de presença de Anne Phillips**. Ribeirão Preto, SP: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto Programa de Pós-Graduação em Direito (FDRP-USP), 2020.

PRILLAMAN, William C. **The judiciary and democratic decay in Latin America: declining confidence in the rule of law**. [London]: Greenwood Publishing Group, 2000.

PRZEWORSKI, Adam *et al.* **Sustainable democracy**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995.

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

REAL ALCALÁ, Alberto del. La construcción de la "plurinacionalidad" desde las resoluciones del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: desafíos y resistencias. *In*: BLICKWEDE, Verena; ZEGADA, Maria Elena (ed.). **Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional**. Memoria Conferencia Internacional. Bolivia: GTZ: CONCED, 2010. p. 107.

REINALDO VANOSSI, Jorge. **Teoría constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 2000. v. 2.

RENNER, Karl. **Das selbstbestimmungsrecht der nationen**. Leipzig-Vienna: J. Deuticke, 1917.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. [Constituição (1946)]. **Constitution de 1946, IV^e République**. Conseil Constitutionnel. Les Constitutions dans l'histoire. France: Conseil Constitutionnel, 1946. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1946-ive-republique>. Acesso em: 20 abr. 2021.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Conseil Constitutionnel. **Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971**. Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association. France: Conseil Constitutionnel, 1971. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire**. Droit national en vigueur. Titre II : Des juges en général (Articles 10 à 13). République Française: Légifrance, 24 août 1790 [Dernière mise à jour des données de ce texte : 16 août 1790]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000704777/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Texte integral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur**. Texte intégral en vigueur à jour de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Conseil Constitutionnel. Le Bloc de Constitutionnalité. France: Conseil Constitutionnel, 1958. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>. Acesso em: 17 mar. 2021.

REY MARTÍNEZ, Fernando. Una relectura del "Dr. Bonham'case" y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la "Judicial Review". **Revista Española de Derecho Constitucional**, [S. l.], v. 27, n. 81, p. 163-181, sept./dic. 2007.

REZENDE, Renato Horta. A ameaça à refundação do Estado boliviano: fragilidade institucional e instabilidade política. **Misión Jurídica**, [S. l.], v. 13, n. 18, 2020.

RIBEIRO JÚNIOR, José. **A América Latina no século XIX: uma monarquia em face de várias repúblicas**. Revista de História, [s. l.], v. 34, n. 70, 1967.

RIBEIRO JÚNIOR, José. O Brasil monárquico em face das repúblicas americanas. *In*: MOTA, Carlos Guilherme. **Brasil em perspectiva**. São Paulo: Difel, 1984.

RICO CUETO, José María; SALAS CALERO, Luis. **La administración de justicia en América Latina: una introducción al sistema penal**. San José, Costa Rica: Centro para la Administración de Justicia, 1993.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. La acción de inaplicabilidad de preceptos legales. **Revista de Derecho-Universidad Católica del Norte**, Coquimbo, CL, ano 14, n. 2, 2007.

RÍOS-FIGUEROA, J. Instituciones para la justicia constitucional en América Latina. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (coord.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. México, D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010a. cap. 1.

RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutions for constitutional justice in Latin America. *In*: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**, [Cambridge]: Cambridge University Press, 2011. p. 27-54.

RÍOS-FIGUEROA, Julio. Justicia constitucional y derechos humanos. **Revista Latinoamericana de Política Comparada**, [S. l.], v. 3, p. 53-68, 2010b.

RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. El control de constitucionalidad en Bolivia. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Taravilla, ES, v. 3, p. 205-240, 1999.

RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. El nuevo sistema constitucional del Estado boliviano. *In*: ACADEMIA BOLIVIANA DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES (ed.). **Estudios sobre la Constitución aprobada en enero de 2009**. Cochabamba, Bolivia: Grupo Kipus, 2009.

RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. El papel de los Tribunales Constitucionales en la democracia. *In*: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. X Seminario Internacional: **Justicia Constitucional en el Siglo XXI**. Memoria n. 11. Sucre, BO: Imprenta IMAG, 2008.

RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. **El Tribunal Constitucional defensor de la Constitución: reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional**. Sucre, BO: GTZ-PADEP; Unión Europea: AECI, 2007.

RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. El Tribunal Constitucional: una década transitando un sendero con obstáculos. **Revista Opiniones y Análisis**, La Paz, BO, n. 90, 2008.

RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. **La justicia constitucional en el nuevo modelo de Estado Boliviano**. *In*: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES, Antoniazzi (coord.). **La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿hacia un ius Constitutionale Commune en América**

Latina? México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010. t. 1.

ROA, Jorge Ernesto. La justicia constitucional en América Latina. **Serie Documentos de Trabajo**, Bogotá, CO, n. 34, 2015.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. 4 v.

RODRIGUES, Theófilo Codeço Machado. Análise da trajetória dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF): insulamento ou presidencialismo de coalizão? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 18, 2022.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Editora FGV, 2013.

ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. United Kingdom: The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law: Oxford University Press, 2012.

ROSENN, Keith S. Judicial review in Latin America. **Ohio State Law Journal**, [Miami], v. 35, 1974.

ROUSSEAU, Dominique. Le procès constitutionnel. **Pouvoirs**, Paris, n. 137, p. 47-55, avril 2011. La Question prioritaire de constitutionnalité.

ROUSSEAU, Dominique. **Viva a QPC! Viva o quê?** Belo Horizonte, Fórum, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

ROXO, Sérgio. Barroso diz que Constituição deve ser interpretada em 'sintonia com o sentimento social'. **O Globo**, São Paulo, 2 abr. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/barroso-diz-que-constituicao-deve-ser-interpretada-em-sintonia-com-sentimento-social-22549589>. Acesso em: 31 maio 2023.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa. *In*: RUBIO LLORENTE, Francisco; JIMÉNEZ CAMPO, Javier. **Estudios sobre jurisdicción constitucional**. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. **Lineamenti di giustizia costituzionale**. Torino, IT: Giappichelli, 2009.

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. São Paulo: Todavia, 2018.

SAAVEDRA MOGRO, Marco Antonio. Los procesos de reforma judicial en Bolivia (1991-2017). **Revista Jurídica Derecho**, [S. l.], v. 5, n. 6, p. 113-115, enero/jun. 2017.

SADEK, Maria Tereza. **A organização do poder judiciário no Brasil**. Uma introdução ao estudo da justiça. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1995.

SAFFORD, Frank. Política, ideologia e sociedade na América Espanhola do pós-Independência. *In*: BETHELL, Leslie (org.). **História da América Latina**: da Independência a 1870. 1. ed. São Paulo: EDUSP, 2014. v. 3.

SALAME, Soraya Faride Santiago. **La última reforma constitucional en Bolivia**: activismo judicial por medio del recurso de amparo. 2010. Tese (Doctorado en Derecho) – Universidad de Salamanca, Salamanca, ES, 2010.

SALINAS, Elizabeth Iñiguez de. Las juezas en los tribunales, cortes y salas constitucionales. **Estudios Constitucionales**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 537-556, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANDÓVAL, Rafael Vergara. **Un "Tribunal Constitucional" al margen de la "Constitución"**. 2022. Tese (Doutorado) -- Universitat d'Alacant/Universidad de Alicante, Alicante, 2022.

SANTOS, D. **Estados Plurinacionais na América Latina**: cenários para o Republicanismo na contemporaneidade. 2019. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2019.

SCHAVELZON, Salvador. **El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia**: etnografía de una Asamblea Constituyente. La Paz: CEJIS: Plural, 2012.

SCHEDLER, Andreas (ed.). **Electoral authoritarianism**: the dynamics of unfree competition. Boulder, CO: Lynne Rienner, 2006.

SCHLUCHTER, Wolfgang. **The rise of western rationalism**: Max Weber's developmental history. Berkeley: University of California Press, 1981. Publicado originalmente em alemão, em 1979.

SCHMITT, Carl. **Legalität und legitimität**. 6. Aufl. Berlin: Duncker & Humblo, 1998.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

SCHMITZ, Georg. The Constitutional Court of the Republic of Austria: 1918-1920. **Ratio Juris**, Oxford, UK, v. 16, n. 2, jun. 2003.

SCOGNAMIGLIO, Laura Louza. La estrecha y necesaria relación entre independencia judicial, estado de derecho, el respeto de los derechos humanos y democracia. Venezuela como caso de estudio. **Acta Sociológica**, Ciudad de México, MX, v. 72, 2017.

SEGADO, Francisco Fernández. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano:(extracto del libro: la Constitución Española en el contexto constitucional europeo. **Pensamiento Constitucional**, [S. l.], n. 11, p. 19-76, 2005.

SERRANO, Paulo Marcelo de Miranda. **Caminhos para a Corte**: Estado e sociedade na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal. 2015. Tese (Dourado em Ciências Sociais) -- Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Departamento de Ciências Sociais, Centro de Ciências Sociais da PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2015.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Opinion sur la jurie constitutionnaire**. [Paris: s. n.], 1795.

SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da. **A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia como um instrumento de hegemonia de um projeto popular na América Latina**. 2014. Tese (Doutorado em Direito – Pluralismo jurídico e Direito achado na rua) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2014.

SILVA, Evandro Lins e. **O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 1997.

SILVEIRA, Daniel Barile da. **Quem tem notável saber jurídico?** o papel da Presidência da República e do Senado Federal no processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal na Constituição Federal de 1988. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 19, n. 78, p. 249-279, 2019.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. A decisão judicial em Hans Kelsen e a tradição do cartesianismo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 114, p. 345-387, jan./jun. 2017.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 13, p. 236-273, 2017.

SOTOMAYOR VALAREZO, María Patricia. El poder constitucional en América Latina: hacia una tipología de las cortes constitucionales de la región. **Opera**, [S. l.], n. 24, p. 5-26, enero/jun. 2019.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos-NEJ**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 160, jan./abr. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer? **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, [Fortaleza], v. 25, n. 4, out./dez. 2020.

STRECK, Lenio. Hermenêutica e aplicação do direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade – o caso da lei dos crimes hediondos. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. Processo "objetivo" como processo aberto ao concreto. *In*: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2007.

TAYLOR, Matthew M. **Judging policy**: courts and policy reform in democratic Brazil. Redwood City: Stanford University Press, 2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. A PEC 35/2015 e o sistema de escolha de ministros do Supremo Tribunal Federal: análise crítica a partir do direito constitucional comparado. **Revista de Direito da Administração Pública**, Florianópolis, v. 1, n. 1, 2021.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FINGER, Brunize Altamiranda. A justiça constitucional francesa e a questão prioritária de constitucionalidade: uma reforma que virou revolução constitucional. **Direito Público**, Brasília, DF, v. 13, n. 72, 2016.

TEJADA, Manuel Teruel Gregorio de. Monarquías en América. **Espacio Tiempo y Forma. Serie IV, Historia Moderna**, [S. l.], n. 18-19, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la démocratie en Amérique**. Paris: Pagnerre, 1850.

TRIGO, Ciro Félix. **Las constituciones de Bolivia**. Prólogo de Manuel Fraga Iribarne. Adiciones y actualizaciones (1961-2002) de Jorge Antonio Asbun Rojas. 2. ed. La Paz, BO: Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico del Honorable Congreso Nacional, 2003.

TSEBELIS, George. **Jugadores con veto**: cómo funcionan las instituciones políticas. Traducción de José Manuel Salazar. México: FCE, 2006.

TUSHNET, Mark. Authoritarian constitutionalism. **Cornell Law Review**, [S. l.], v. 100, n. 2, art. 3, Jan. 2015.

TUSHNET, Mark. The relation between political constitutionalism and weak-form judicial review. **German Law Journal**, [S. l.], v. 14, n. 12, p. 2249-2263, 2013.

TUSSEAU, Guillaume. **Para acabar con los modelos de jurisdicción constitucional**: un ensayo de crítica. Traducción de Teresa García Berrio. México, Porrúa: IMDPC, 2011.

TUSSEAU, Guillaume. Sur le métalangage du comparatiste: de la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste. **Revus-Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, [S. l.], n. 21, 2013.

TUSSEAU, Guillaume. **Contre les "modèles" de justice constitutionnelle**: essai de critique methodologique. Bologna: Bononia University Press, 2009.

UNGAR, Mark. **Elusive reform**: democracy and the rule of law in Latin America. [Boulder, CO]: Lynne Rienner Publishers, 2002.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). [Constituição (1787)]. **U.S. Constitution**: The Constitution of the United States of America. Ithaca, NY: Cornell Law School, [1787]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution>. Acesso em: 06 ago. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). Supreme Court of the United States. **Rules of the Supreme Court of the United States**. Adopted April 18, 2019. Effective July 1, 2019. Washington, DC: Supreme Court of the United States, 2019. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). U. S. Supreme Court. **William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States**. Legal Information Institute. Cornell Law School. 5 U.S. 137, 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60, February Term, 1803. United States of America: U.S. Supreme Court: Cornell Law School, 1803. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137/#writing-USSC_CR_0005_0137_ZO. Acesso em: 06 ago. 2021.

URENDA DÍAZ, Juan Carlos. **Autonomías departamentales**: un aporte para la Asamblea Constituyente. Santa Cruz de la Sierra, BO: La Hoguera, 2007.

VARGAS LIMA, Alan E. **La Justicia Constitucional en el Estado Plurinacional**. Cochabamba, CO: Kipus, 2017.

VERDUSSEN, Marc. **La justice constitutionnelle en Europe Centrale**. Bruxelles: [s. n.], 1997.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *In*: CORTE Constitucional de Ecuador para el período de transición: el nuevo constitucionalismo en América Latina. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Gaceta Constitucional**, [S. l.], n. 48, p. 307-328, 2011.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a

interpretação da Constituição. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Direito GV L. Rev.**, São Paulo, v. 18, 2022.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. v. 2.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 3. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994. v. 1.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro: LTC, 1971.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América-Latina. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo latino-americano**: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito. **Revista Direito e Práxis**, Natal, v. 10, p. 2711-2735, 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico-fundamentos de uma nova cultura do direito**. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

YAKSIC, Fabián. **Interpelación silenciosa del voto blanco y nulo**. Análisis y resultados de las elecciones de autoridades judiciales. La Paz: Muela del Diablo, 2012.

YOUNG, Iris Marion. Justice and the politics of difference. *In*: SEIDMAN, Steven (ed.). **The new social theory reader**. [S. l.]: Routledge, 2020. p. 261-269.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. *In*: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). **El derecho en América Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **El Otro Derecho**, ILSA, Bogotá, CO, n. 30, p. 171-195, jun. 2004.

ZAKARIA, Fareed. The rise of illiberal democracy. **Foreign Affairs**, [S. l.], v. 76, n. 6, p. 22-43, Nov./Dec. 1997.

ZALLES, Solange Leonor. Entre héroes y conmemoraciones: la independencia de Bolivia. **Tiempos de América**: Revista de historia, cultura y territorio, [S. l.], n. 20, p. 99-110, 2013.