

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

**PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL, COLÔMBIA,
VENEZUELA, EQUADOR E BOLÍVIA: ENTRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E
O NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO**

Por

Clara Pinheiro de Lima

Rio de Janeiro

2016/ 2º semestre

CLARA PINHEIRO DE LIMA

**PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL, COLÔMBIA,
VENEZUELA, EQUADOR E BOLÍVIA: ENTRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E
O NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO**

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

RIO DE JANEIRO

2016/2º semestre

P732p PINHEIRO DE LIMA, CLARA
PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS CONSTITUIÇÕES DO
BRASIL, COLÔMBIA, VENEZUELA, EQUADOR E BOLÍVIA:
ENTRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E O NUEVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO / CLARA
PINHEIRO DE LIMA. -- Rio de Janeiro, 2016.
72 f.

Orientador: CAROLINA MACHADO CYRILLO DA SILVA.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. PARTICIPAÇÃO POPULAR. 2.
NEOCONSTITUCIONALISMO. 3. NUEVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO. 4. BRASIL,
COLÔMBIA, VENEZUELA, EQUADOR E BOLÍVIA. 5. DIREITO
COMPARADO. I. MACHADO CYRILLO DA SILVA, CAROLINA,
orient. II. Título.

CDD 341.2

CLARA PINHEIRO DE LIMA

**PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL, COLÔMBIA,
VENEZUELA, EQUADOR E BOLÍVIA: ENTRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E
O NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO**

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

Data de aprovação: ___/___/___

Banca examinadora:

Orientadora Professora Dr^a Carolina Machado Cyrillo da Silva

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2016/2º Semestre

RESUMO

O presente estudo objetiva questionar o sistema constitucional brasileiro, sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na perspectiva da participação popular, contrapondo-o ao paradigma assentado na Constituição Política da Colômbia de 1991, Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999, Constituição do Equador de 2008 e, Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009, países inseridos no seio do que tem sido chamado pela doutrina de “Nuevo Constitucionalismo Latino Americano”. Com efeito, almeja a oxigenação do debate acerca de uma maior participação do povo nas esferas públicas, enquanto titular do poder no Estado Democrático de Direito, e a conseqüente ampliação da legitimidade democrática, por meio de um estudo comparado entre países de contextos histórico e socioeconômicos tão próximos. Assim, mister se faz elucidar as diferenças e características das recentes concepções teóricas-filosóficas do constitucionalismo: o Neoconstitucionalismo e o “Nuevo Constitucionalismo Latino-Americano”. O poder de interferir mais diretamente na construção dos direitos e do próprio Estado concretiza o princípio democrático, bem como confere inegável legitimidade às normas e decisões coproduzidas. Nesse sentido, pretende-se elucidar se os mecanismos de participação direta previstos na Constituição do Brasil de 1988 condizem com a necessidade democrática observada nas constituições do “Nuevo Constitucionalismo Latino Americano” (Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia).

Palavras-chave: Participação popular; Neoconstitucionalismo; “Nuevo Constitucionalismo Latino-Americano”; Direito Comparado; Brasil; Colômbia; Venezuela; Equador; Bolívia.

RESUMEN

Este estudio tiene como objetivo cuestionar el sistema constitucional de Brasil, bajo los auspicios de la Constitución de la República Federativa del Brasil en 1988, en vista de la participación popular, contrastándolo con el paradigma sentado en la Constitución Política de Colombia 1991 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999, de la Constitución ecuatoriana de 2008 y la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia 2009, los países colocados dentro de lo que se ha llamado la doctrina del "Nuevo constitucionalismo Latinoamericano". De hecho, tiene como objetivo la oxigenación del debate sobre una mayor participación de las personas en las esferas públicas, como titular del poder en un Estado Democrático, y la consiguiente expansión de la legitimidad democrática a través de un estudio comparativo entre países de contextos históricos y socio-económico tan cerca. Así importante dejar en claro las diferencias y características de las últimas concepciones teórico-filosóficas del constitucionalismo: el Neoconstitucionalismo y "Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano". El poder de intervenir más directamente en la construcción de los derechos y el Estado encarna el principio democrático y confiere legitimidad innegable a las normas y decisiones co-producida. En este sentido, tenemos la intención de dilucidar si los mecanismos de participación directa previstas en la Constitución de 1988 del Brasil son consistente con la necesidad democrática percibida en las constituciones de la "Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano" (Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia).

Palabras clave: La Participación popular; Neoconstitucionalismo; "Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano"; Derecho Comparado; Brasil; Colombia; Venezuela; Ecuador; Bolivia.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: SUAS DIFERENTES CONCEPÇÕES TEÓRICAS E MANIFESTAÇÕES CONSTITUINTES	9
2.1. Breves apontamentos sobre a gênese do Constitucionalismo	9
2.2. Do Neoconstitucionalismo.....	11
2.3. Do Nuevo constitucionalismo latino-americano.....	19
2.4. Do Constitucionalismo Sul-Americano	24
2.5. Democracia e Constitucionalismo	26
2.6. Participação Popular na História Constitucional Brasileira.....	31
2.7. A Assembleia Constituinte Brasileira - 1987-1988	36
2.8. Assembleias Constituintes da Colômbia, Venezuela, Equador E Bolívia	44
3. PREVISÃO DE MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR: COMPARAÇÃO ENTRE OS TEXTOS CONSTITUCIONAIS	49
3.1. Iniciativa popular de emenda constitucional.....	49
3.2. Deflagração da Assembleia Constituinte pelo povo	52
3.3. Revocatória de mandato.....	54
3.4. Mandato e eleição direta para o Tribunal Constitucional e Judiciário.....	56
3.5. Referendo	60
4. CONCLUSÃO.....	63
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva questionar o sistema constitucional brasileiro, sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na perspectiva da participação popular, contrapondo-o ao paradigma assentado na Constituição Política da Colômbia de 1991, Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999, Constituição do Equador de 2008 e, Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009, países inseridos no seio do que tem sido chamado pela doutrina de “Nuevo Constitucionalismo Latino Americano”.

Com efeito, almeja a oxigenação do debate acerca de um maior poder decisório nas mãos do povo, enquanto titular do poder no Estado Democrático de Direito, e a consequente ampliação da legitimidade democrática, em tempos de crise do sistema de representação política, por meio de um estudo comparado entre países de contextos histórico e socioeconômicos tão próximos. O poder de interferir mais diretamente na construção dos direitos e do próprio Estado concretiza o princípio democrático, bem como confere inegável legitimidade às normas coproduzidas e das tomadas de decisões e governo. Nesse sentido, pretende-se elucidar se os mecanismos de participação direta previstos na Constituição do Brasil de 1988 condizem com a necessidade democrática observada nas constituições do “Nuevo Constitucionalismo Latino Americano” (Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia).

As últimas manifestações constituintes ensejaram construção doutrinária com novas categorias, aparentemente inseridas no âmbito de constitucionalismo democrático. A construção teórica não foi unânime, sendo necessário classificar e distinguir o neoconstitucionalismo e o “nuevo constitucionalismo latino americano”. Ainda é possível elucidar uma proposta includente dos países da América do Sul, na perspectiva da participação popular prevista nos textos constitucionais, denominada Constitucionalismo Sul Americano.

Ademais, analisar-se-á as assembleias constituintes que resultaram nos textos constitucionais em questão, uma vez que o marco teórico do Nuevo Constitucionalismo Latino-Americano, defendido por Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau, classifica as constituições inseridas nesse marco por meio da legitimidade democrática materializada na organização da assembleia constituinte, com o intuito de recuperar a teoria clássica do Poder Constituinte.

Em que pese ser uma tese difundida em âmbito jurídico, constitucionalismo e democracia subsistem em irremediável conflito. Democracia como auto governo do povo, ilimitado e incondicionado em sua essência, enquanto que, constitucionalismo pressupõe limites a esse poder por meio de normas que vincula todos os outros poderes, inclusive o poder da maioria. Portanto, é necessário analisar as soluções teóricas propostas para que constitucionalismo e democracia coexistam em sociedades complexas e, por conseguinte, a qualidade democrática dos textos constitucionais.

O método utilizado para o presente feito é o bibliográfico, documental e Direito Comparado para melhor compreensão dos institutos a serem estudados, principalmente no que tange a teoria da democracia, constitucionalismo, mecanismos de participação popular direta. Analisar-se-á, sobretudo, os textos constitucionais das cinco constituições objeto de pesquisa, sendo essencial para a conclusão pretendida ao final do trabalho.

2. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: SUAS DIFERENTES CONCEPÇÕES TEÓRICAS E MANIFESTAÇÕES CONSTITUINTES

2.1. Breves apontamentos sobre a gênese do Constitucionalismo¹

Constitucionalismo é um termo recente na história política e jurídica do mundo ocidental, tendo sido usado há aproximadamente duzentos anos e está relacionado com as revoluções francesa e americana. No entanto, o seu conteúdo já era observado na Antiguidade Clássica, na polis grega, por meio de filósofos como Sócrates, Platão e Aristóteles. Limitação da lei, supremacia da lei e instituição de um Estado de Direito são a essência do conceito de constitucionalismo. Para sua implementação, faz-se necessário que a ordem jurídica tenha legitimidade, adesão voluntária de seus destinatários. Não se confunde com a democracia que, de maneira simplista, significa a soberania popular e governo da maioria.

O Estado erigido no âmbito do constitucionalismo exige, pelo menos, três esferas de limitação do poder, quais sejam: a) material, em razão da presença de valores básicos e direitos fundamentais; b) orgânica, divisão em três poderes autônomos, independentes e com controle recíproco; e, c) processual, observação do devido processo legal pelos órgãos de poder.

A primeira manifestação de limitação do poder político remonta à Atenas, na qual surge a ideia do governo das leis e não dos homens, bem como a participação dos cidadãos na vida política, por meio da assembleia, onde os cidadãos se reuniam para deliberação. Logo depois, foi compartilhado por Roma, onde foi instituída a Lei das Doze Tábuas e implementação da República em 529 a.C. Após a queda do Império Romano, o advento de outros impérios, passada a Idade Média, no século XVI, surge o Estado Moderno. Junto surge o conceito de soberania do poder político estatal, ideia central desse período correlata à supremacia interna e independência externa.

O precursor do constitucionalismo liberal foi o movimento do Reino Unido. A Magna Carta, de origem inglesa, foi um dos grandes marcos do constitucionalismo, pretendia somente resguardar direitos feudais dos barões com relação à propriedade, à tributação e às liberdades,

¹ Esse tópico foi baseado em BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a construção do Novo Modelo**. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2010. Pág 10-45, 247-250.

no entanto, pela sua amplitude consagrou-se como carta geral de liberdades. No século XVI, a Inglaterra era uma monarquia estável. Ao longo do século XVII, os fundamentos do constitucionalismo moderno começam a surgir em âmbito inglês. O modelo inglês influenciou várias partes do mundo direta e indiretamente (por meio dos Estados Unidos), ainda que carecesse de uma constituição escrita, possuía textos normativos sólidos, como as convenções e leis constitucionais (elaboradas pelo Parlamento).

A Revolução Americana de 1776 foi marcada pela edição da primeira constituição escrita, a qual introduziu três mudanças significativas: o regime republicano, o federalismo e o modelo de presidencialismo conjugado com os três poderes. Momento de independência das colônias, superação do modelo monárquico e advento do governo constitucional com fulcro na igualdade entre os poderes e supremacia da lei. O modelo de constitucionalismo americano é marcado pelas decisões da Suprema Corte, que detém o papel de intérprete maior da constituição. Diante da brevidade do texto constitucional e amplitude de seus termos, essas decisões definem as instituições e valores da sociedade americana.

Outro fator importante no constitucionalismo ocidental foi a Revolução Francesa de 1789. O terceiro estado composto pela nobreza contestou o sistema de divisão de votação na Assembleia Parlamentar, uma vez que a votação era por estado, mas a nobreza e o clero sempre uniam forças para prevalência de seus interesses. Assim, o terceiro estado rebela-se e proclama-se Assembleia Constituinte sob o lema liberdade, igualdade e fraternidade. As primeiras modificações mais profundas foram: abolição do feudalismo; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, elaboração de uma nova constituição. Na segunda fase da Revolução foram consagrados o sufrágio universal, a soberania popular, a separação dos poderes e a proteção dos direitos individuais.

Ao longo do século XIX, o Estado moderno se consolidou como Estado de Direito, seu núcleo essencial explanado nas constituições eram normas de repartição, limitação do poder e de proteção aos direitos individuais em face do Estado. A ideia de democracia somente é inserida como componente do Estado - Estado Democrático de Direito - no século XX pós-guerra, quando se iniciam as discussões sobre fonte do poder, procedimento de decisão e conteúdo das obrigações em seus aspectos negativos e positivos dos órgãos de poder. Os questionamentos são em torno da legitimidade do poder e representação política.

Vale destacar que no início do século XX, as reivindicações sociais levaram a instituição do constitucionalismo social, à época da 1ª guerra, que foi marcado pela Constituição do México de 1917 e da Alemanha de 1919 (Constituição de Weimar). Nessa fase, as normas constitucionais previam direitos sociais e limitações ao poder estatal, mas o Estado Social não logrou êxito na efetivação dos direitos previstos e não foi capaz de impedir duas grandes guerras mundiais, marcadas por atrocidades. Após a Segunda Guerra Mundial, a Europa passa por um período de reconstitucionalização, no qual há uma aproximação entre constitucionalismo e democracia capaz de reorganizar a política e constituir o Estado Democrático de Direito, realocou a constituição para o topo do ordenamento jurídico e a dotou de supremacia como fonte para todas as instituições. O marco teórico inicial desse período foi a Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn de 1949), principalmente com a criação do Tribunal Constitucional. Também merecem destaque as manifestações constitucionais na Itália (1947), Portugal (1976) e Espanha (1978).

Além disso, essa nova ordem constitucional introduz valores sociais, como dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, bem como políticas para redução das desigualdades sociais, como explica Ana Paula de Barcellos:

As Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores - associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais - ou a opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação). A introdução desses elementos pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla a regimes políticos que, ao longo do Século XX, substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples, como ocorreu com o nazismo e o fascismo. Mesmo onde não se chegou tão longe, regimes autoritários, opressão política e violação reiterada dos direitos fundamentais foram as marcas de muitos regimes políticos ao longo do século passado.²

Nesse contexto, há aproximação do constitucionalismo não só com a democracia, mas também com a ética, introduzindo ao âmbito jurídico os valores morais compartilhados pela sociedade por meio dos princípios. Essa nova fase do constitucionalismo é chamada por muitos juristas como “neoconstitucionalismo”.

2.2. Do Neoconstitucionalismo

² BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2005, pág. 86. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>.

O termo “neoconstitucionalismo” foi pensando originalmente pela autora Susanna Pozzolo a fim de “denominar um certo modo antijuspositivista de se aproximar do direito”³. Desde, então, muitos autores se debruçaram sobre o tema e em razão de sua vagueza suscitou o surgimento de muitas teorias. Expor-se-á adiante a concepção de alguns juristas sobre os aspectos mais relevantes desse paradigma constitucional.

Luís Roberto Barroso divide o neoconstitucionalismo em três marcos fundamentais: histórico, filosófico e teórico⁴. Como marco histórico considerou o constitucionalismo europeu pós-guerra, especialmente na Alemanha, em 1949, sobretudo com a criação do Tribunal Constitucional e na Itália, em 1947, e subsequente instalação da Corte Constitucional. Além desses, merece destaque as constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978). No caso brasileiro, o marco seria a Constituição de 1988, promulgada no momento de redemocratização do país.

O marco filosófico, por sua vez, segundo o autor, é o pós-positivismo. Sua ascensão deu-se com a superação histórica do jusnaturalismo moderno e fracasso político do positivismo. O pós-positivismo pretende confluir essas duas correntes antagônicas (por vezes complementares) de pensamento do Direito com algumas manutenções e superações. O jusnaturalismo baseava-se no princípio da justiça como valor universal, tornando-se filosofia natural do Direito. No final do século XIX, no entanto, foi considerado anticientífico e metafísico. Assim, foi superado pelo positivismo, o qual equiparou o Direito à lei e o separou da filosofia, das discussões sobre justiça e legitimidade, isso com o objetivo de construir uma ciência neutra do Direito. O positivismo também sucumbiu associado ao declínio do fascismo e nazismo, regimes que cometeram atrocidades sob a tutela da legalidade.

Nesse contexto, erige-se o pós-positivismo, com a valorização do direito posto, mas buscando uma leitura moral do Direito, sem adentrar a metafísica. Esse paradigma estabelece que a aplicação e interpretação do Direito deve ser fundada em uma teoria de justiça, mas sem

³ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006. Pág. 77.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, mar-maio 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direitoo-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Pág. 3-5.

arbitrariedades, especialmente dos magistrados. Destacam-se algumas características: normatividade dos princípios e a definição da sua relação com valores e regras; restabelecimento da razão prática e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais construída sobre o fundamento da dignidade humana.

No plano teórico, Barroso destacou três grandes transformações: “*a) o reconhecimento da força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.*” Nesse paradigma, foi atribuída às normas constitucionais imperatividade, além disso, o intérprete torna-se participante do processo de criação das normas jurídicas, por meio das valorações para preencher as cláusulas abertas e mediante escolhas dentre as soluções possíveis. Outro símbolo do neoconstitucionalismo é a normatividade dos princípios, a qual impõe ao aplicador da norma a definição concreta em razão de seu conteúdo ser de menor densidade jurídica, bem como sua distinção com as regras. O autor assim sintetizou:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.⁵

Humberto Ávila entende que é inviável uma teoria única do neoconstitucionalismo pela diversidade de concepções, elementos e perspectivas de diversos autores que se debruçaram sobre o tema, por isso prefere a expressão no plural: “neoconstitucionalismos”. Em que pese afirmar a existência de diversos significados, apontou alguns câmbios fundamentais que podem ser observados nos diversos movimentos em menor e maior grau, quais sejam: i) maior número de princípios previstos nos textos normativos; ii) utilização do método da ponderação para substituir a subsunção; iii) justiça particular – análise individual e concreta - em detrimento da justiça geral e abstrata; iv) fortalecimento do Poder Judiciário em razão desse exame individual e concreto; e, v) aplicação central da constituição em vez de baseada na legislação.⁶

⁵ *Op. Cit.* Pág. 11.

⁶ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência.** Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), nº 17, Salvador, Instituto de Direito Público, jan-mar., 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/neoconstitucionalismo-entre-a-ciencia-do-direito-e-o-direito-da-ciencia>. Pág. 2.

Écio Oto Ramos Duarte sistematizou as propriedades e teses atribuídas ao neoconstitucionalismo. Segundo o autor, as principais características são: a) pragmatismo – inclusão da dimensão política do direito, seu caráter prático à ciência do direito; b) sincretismo metodológico – encontro entre a orientação analítica e a hermenêutica como método para interpretação e aplicação do direito; c) principialismo – a necessidade de criação de uma teoria dos princípios para fundamentar racionalmente as ponderações na aplicação dos princípios; d) estatalismo garantista – existência de mecanismos institucionais para tutela e promoção dos direitos fundamentais; e) judicialismo ético-jurídico – a fixação da conexão entre direito e moral através do desenvolvimento de critérios de controle de racionalidade substantiva ou material confluindo elementos éticos aos elementos jurídicos; f) interpretativismo moral-constitucional – leitura moral da constituição, reconhecendo os valores consagrados no texto normativo para fundamentar a aplicação da constituição; g) pós-positivismo – construção de uma ciência do direito comprometida com a intervenção dos juízos de valor na análise do direito e priorizando a perspectiva prática da ciência jurídica; h) juízo de ponderação – em âmbito de *hard cases* (casos difíceis), os magistrados devem buscar a resposta correta por meio da ponderação de princípios; i) especificidade interpretativa – em razão do caráter prescritivo da constituição, sua interpretação é distinta da interpretação em sede infraconstitucional, deve-se ligar a uma tese moral; j) ampliação do conteúdo da *Grundnorm* – redirecionamento da validade da norma fundamental com a inserção de valores morais que a legitimam; e, k) conceito não positivista de direito – atribuição de densidade material normativa às constituições além da força formal de validade.

Ana Paula de Barcellos dividiu as características do neoconstitucionalismo em dois grupos, metodológico-formais e materiais:

Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade³; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega.

(...)

Do ponto de vista material, ao menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e

opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional. (BARCELLOS, 2005, pág. 84-85).

De acordo com Comanducci, constitucionalismo designa em sua primeira acepção uma teoria, metodologia e análise do Direito que limita poderes do Estado e protege os direitos fundamentais. O neoconstitucionalismo, por sua vez, representou mudanças em elementos estruturais do sistema jurídico e político. Valendo-se da tripartição do positivismo elaborada por Norberto Bobbio, classificando três acepções do positivismo jurídico, Comanducci propõe três formas de neoconstitucionalismo – teórico, ideológico e metodológico a fim de esclarecer as diferenças entre o positivismo e neoconstitucionalismo, bem como evidenciar as distinções entre constitucionalismo e neoconstitucionalismo⁷.

O constitucionalismo no final do século XIX e início do século XX é uma ideologia fundada para limitação do poder, defesa das liberdades naturais e direitos fundamentais, sustentada pelo jusnaturalismo, mas não almejava ser uma teoria do direito. Nesse âmbito, o positivismo jurídico é consagrado como teoria do direito hegemônica. Diferente do neoconstitucionalismo, que se apresenta como ideologia, metodologia e uma teoria do Direito concorrente à positivista.

Em seu aspecto teórico, o neoconstitucionalismo representa uma alternativa ao modelo positivista tradicional, tendo em vista que as transformações ocorridas não refletem mais a realidade dos sistemas jurídicos contemporâneos. O “estatalismo”, “legicentrismo” e formalismo interpretativo são características essenciais do positivismo teórico que não mais se apresentam sustentáveis no mundo ocidental, pós-guerra. Assim, o neoconstitucionalismo se caracteriza por analisar a estrutura e papel da constituição (documento constitucional como norma) nos sistemas jurídicos contemporâneos. Além disso, o processo de constitucionalização do Direito proporcionou uma especialidade na interpretação constitucional, adota-se o modelo axiológico da constituição como uma norma e atribui-se especial destaque às cortes constitucionais como intérpretes axiológicas da constituição.

⁷ COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico**. Traducción de Miguel Carbonell, 2002. Disponível em: <file:///C:/Users/Membro/Downloads/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0.pdf>. Pág. 89, 97-124.

No que tange ao aspecto ideológico, o neoconstitucionalismo centraliza o objetivo de garantir os direitos fundamentais, deixando a limitação do poder estatal, objetivo principal do constitucionalismo até o século XIX, em segundo plano. Isso se explica pelo fato de que o Estado não representa mais um temor à sociedade em razão da mudança para a concepção de Estado constitucional e democrático de direito. Desta forma, valoriza os mecanismos institucionais de proteção dos direitos fundamentais e destaca que a atuação do legislativo e judiciário estão destinadas a concretização e garantia desses direitos previstos na constituição, tratando-se de constitucionalismo das regras⁸. Para os autores que promoverem o neoconstitucionalismo, como Dworkin e Alexy, há uma relação necessária entre direito e moral, portanto, há uma obrigação moral de obedecer a constituição.

Por fim, segundo Comanducci, o neoconstitucionalismo se apresenta em vertente metodológica, também tendo como referência os autores Dworkin e Alexy. Ao contrário do positivismo, que distingue o ser do dever-ser e separa o direito da moral, a metodologia neoconstitucionalista se funda no corolário da fonte social do Direito e o corolário da conexão necessária entre direito e moral, através dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais.

A despeito da ausência de unidade da teoria neoconstitucionalista (podendo-se usar o termo no plural “neoconstitucionalismos”), é possível delinear alguns traços comuns a esse paradigma constitucional que pretende explicar as manifestações constitucionais, especialmente na Europa e em alguns países sul-americanos no pós-guerra. O núcleo do neoconstitucionalismo seria formado por quatro características: a) distinção entre princípios e regras, com a valorização do primeiro; b) adoção da ponderação para aplicação dos princípios; c) subordinação de todo ordenamento jurídico às normas constitucionais, e, d) defesa da interpretação criativa dos juízes, figurando como legisladores negativos.

Por outro lado, Dalmau e Pastor tecem algumas críticas ao neoconstitucionalismo, na tentativa de diferenciá-lo da teoria do “*nuevo constitucionalismo latino-americano*”, desenvolvida por esses autores. Primeiro, destacam que o neoconstitucionalismo importa-se com a supremacia material da constituição sem questionar a sua origem. Acabam por concluir

⁸ Define-se por conceder prioridade cronológica e axiológica da esfera de liberdades individuais em face da ação estatal, para isso, pressupõe um conjunto de regras fundamentais objetivando impelir a intervenção estatal nesse âmbito.

que trata-se de uma teoria do direito e não somente teoria da Constituição, mesmo que, a princípio, não tenha a pretensão de sê-la. Nesse aspecto, o paradigma não observa os pressupostos e condições da legitimidade democrática ou, ainda, a forma de manifestação do poder constituinte até o poder constituído. O objetivo central seria apenas resguardar o conceito de constituição e fortalecer sua presença no ordenamento jurídico⁹.

Ademais, ressaltam que a teoria neoconstitucionalista carece de coerência e limites analíticos para sua doutrina. Em segundo lugar, defendem que há uma ocultação de uma teoria do poder: o poder dos magistrados na interpretação constitucional, o que representa um problema de representatividade, uma vez que os juízes não possuem legitimidade democrática para exercer funções políticas e acaba por limitar a função dos legisladores. Assim explicam:

Sobre la segunda de las críticas, tenemos que tener en cuenta que, aunque el neoconstitucionalismo se nos presenta específicamente como una teoría del derecho –y, por ello, despojada de cualquier elemento politológico–, es también –o consecuentemente– una teoría del poder: en particular, del poder de los jueces a la hora de interpretar la Constitución. Uno de los grandes problemas del neoconstitucionalismo es que no diferencia sustantivamente entre la función de los jueces que realizan el control concentrado de constitucionalidad –los tribunales constitucionales– y la justicia ordinaria, cuya interpretación de la Constitución viene premodulada por la realizada por los intérpretes auténticos (los mencionados tribunales constitucionales). En la confusión, propia del neoconstitucionalismo, entre sistema difuso y sistema concentrado, los jueces ordinarios acaban asumiendo la función de limitador a la libertad del legislador, lo que en última instancia significa la sustitución del legislador. Esta sustitución puede corresponder al juez que realiza el control de constitucionalidad, por el carácter político de su función como legislador negativo; pero no así al juez ordinario, que no está legitimado democráticamente para desarrollar una función política. El gran problema de la libertad del juez ordinario a la hora de aplicar la Constitución libremente es que no cuenta con la legitimidad democrática –ni la correspondiente legitimidad constitucional– para declararse por él mismo intérprete político de la Constitución. Que el neoconstitucionalismo así lo defienda significa pasar de una teoría del derecho a una teoría del poder: la preponderancia del poder elitista de la función judicial frente al poder democrático de la función legislativa, a través de la decisión sobre el significado de una norma constitucional para, por ello, limitar la función del legislador.¹⁰

Nesse mesmo sentido, Luigi Ferrajoli sublinha algumas características do fenômeno denominado neoconstitucionalismo, são elas: i) contraposição ao positivismo jurídico e resistência ante a separação entre direito e moral; ii) a configuração dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos como princípios objetos de ponderação, não mais suscetíveis de observância ou inobservância (subsunção), mas de balanceamento em razão de conflitos

⁹ DALMAU, Rúben Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. **La Constitución Democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo.** Disponível em: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr048/2.pdf>. Pág. 69-70.

¹⁰ *Op. Cit.* Pág. 71.

virtuais; iii) concepção do direito como prática jurídica confiada aos juízes, que ameaça a normatividade do direito. Em suma, há a concepção da fenomenologia do direito como fato, como representação da prática jurídica. Nessa linha, confunde-se a eficácia com a validade das normas. Trata-se de uma referência à prática judicial como principal fundamento de legitimidade do direito.¹¹

Em primeiro plano, Ferrajoli critica a tese de conexão entre direito e moral sustentada pelo constitucionalismo principialista (como o autor prefere chamar o paradigma constitucional normalmente denominado neoconstitucionalismo). Essa intrínseca relação defendida por diversos autores neoconstitucionalistas resulta em um enfraquecimento da própria moral e da política, uma vez que pretende-se impor a todos uma moral objetiva, absoluta e, por conseguinte, uma decorrente intolerância de concepções morais dissidentes. Em verdade, essa ética objetiva é vertida de heteronormatividade, que acaba por ignorar a pluralidade moral presente em toda sociedade complexa.

Segue o autor defendendo o enfraquecimento da normatividade das constituições segundo a ótica principialista. A concepção de que os princípios são meros comandos de otimização a partir de sua contraposição e diferenciação das regras impede o alcance normativo dos princípios. Diante da fluidez defendida dos princípios e pela impossibilidade de subsunção, a atividade judicial é revestida de criação, um poder criativo dos juízes, poder de disposição, inegavelmente ilegítimo, uma vez que invade a competência legislativa, violando a separação dos poderes e própria conservação do Estado Democrático de Direito. Outra consequência observada é a supremacia da jurisprudência como fonte do direito em detrimento da própria constituição, servindo esta última apenas como parâmetro ético-político, tendo sido esvaziada sua normatividade e, por conseguinte, aplicação.¹² A partir desse entendimento, reconhece uma excessiva valorização da técnica argumentativa da ponderação que amplia a discricionariedade judicial e ameaça sua vinculação à lei, concebida como uma atividade de escolha pautada na busca por justiça substancial que arrisca os valores de certeza e igualdade perante a lei.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi; TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Pág. 21.

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Tradução de André Karam Trindade. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>.

Dadas algumas características e críticas ao neoconstitucionalismo, passar-se-á a análise do *nuevo constitucionalismo latino-americano*.

2.3. Do Nuevo constitucionalismo latino-americano

Tal como o neoconstitucionalismo, o “novo” constitucionalismo latino-americano comporta perfis teóricos e filosóficos diversos, até mesmo opostos. Esse paradigma teórico pretende explicar as manifestações constitucionais mais recentes ocorridas em alguns países da América do Sul. A região é marcada por impactos negativos da globalização e crise da modernidade liberal-capitalista que culminou em transformações econômicas, políticas, culturais e jurídicas na sociedade, instituições e instâncias decisórias, com a participação de novos sujeitos anteriormente excluídos do espaço público. Frente às peculiaridades, inovações, características singulares e originárias, muitos autores defendem a instauração de uma nova concepção da teoria constitucional com a promulgação de algumas constituições na América do Sul a partir dos anos 80.

O “novo” constitucionalismo latino-americano representa, assim, uma ruptura de paradigma com a teoria constitucional tradicional eurocêntrica. Tratam-se de manifestações constitucionais como resultado de novos processos sociais e políticos no bojo de movimentos populares, lutas de resistências, comprometimentos e superações. Ao contrário do neoconstitucionalismo originado nas academias centrais europeias, o “novo” constitucionalismo surge nas comunidades indígenas, campesinas e povos andinos. Ademais, pode-se conceber um “giro ecocêntrico” e “bissocialismo republicano” ante ao reconhecimento de direitos da natureza, do status constitucional da proposta do Bem viver (Sumak Kawsay), da edificação participativa de convivência plurinacional e oficialidade democrática do pluralismo jurídico comunitário. Nesse contexto, vale ressaltar que os agentes centrais desses movimentos são os cidadãos historicamente oprimidos, subalternizados, como as nações indígenas, afro-americanas, campesinos agrários e movimentos sociais.

Há, nesse âmbito, um fortalecimento do conceito de constituição e de constitucionalismo, confluíram-se a prática e a teoria constitucional. Ao contrário do que ocorre na Europa, onde o constitucionalismo está perdendo sua expressão em razão do elevado nível de vida que vem proporcionando o enfraquecimento da tensão entre os cidadãos e o Estado. Viciano Pastor e Rubén Dalmau entendem que esse diagnóstico não se reproduz na América Latina, a qual tem

experimentado maior interesse na constituição juntamente com a consciência de exploração dos cidadãos e crises de representatividade política. Diante desse cenário, esses autores defendem que esse novo paradigma é constitucionalismo “necessário”¹³.

Dalmau e Pastor defendem que o *nuevo constitucionalismo* mantém a necessidade da constitucionalização do ordenamento jurídico com o mesmo rigor do neoconstitucionalismo, bem como reiteram a indispensabilidade de construção de uma teoria e observância das consequências práticas da evolução do constitucionalismo. Contudo, se difere do paradigma precedente, porque se ocupa da legitimidade democrática da constituição antes de se preocupar com a dimensão jurídica, visto que concebem a constituição como fonte do poder por manifestar a vontade soberana constituinte, a qual se sobrepõe ao resto do ordenamento jurídico. Reconhecem tratar-se de uma teoria do Direito, mas aduzem, ser antes, uma teoria democrática da constituição.¹⁴

Raquel Yrigoyen, por sua vez, nomeia o novo paradigma constitucional, desde os anos 80, como “constitucionalismo pluralista”, na perspectiva da inserção do pluralismo jurídico e reconhecimento da jurisdição indígena, a partir de três possíveis ciclos. O primeiro ciclo é o constitucionalismo multicultural (1982-1988, exemplo de país: Brasil) com a introdução da diversidade cultural e demandas indígenas, sem obter o reconhecimento explícito do pluralismo jurídico. Em segundo momento, é o constitucionalismo pluricultural (1989-2005, exemplo de países: Colômbia e Venezuela) com o desenvolvimento do conceito de nação multiétnica, multicultural e Estado Pluricultural, mediante uma refundação do Estado, inserção de direitos indígenas no catálogo dos direitos fundamentais, abandono do monismo jurídico ao admitir o direito indígena. Por fim, o terceiro ciclo é o constitucionalismo plurinacional (2006-2009, exemplo de países: Equador e Bolívia), as manifestações constitucionais desse ciclo se deram no contexto de aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos

¹³ “*El hecho de que se trate de sociedades de las muchas que no experimentaron el Estado social, induce a pensar que las raíces sociales de las manifestaciones de protesta en América Latina conducirán a la búsqueda de formas de rescate de la dignidad de los pueblos, de reivindicación de sus derechos, de exigencia de lo que les corresponde, a través de mecanismos globalmente transformadores y que funcionen. Los procesos constituyentes latinoamericanos, por lo tanto, se circunscriben en el abanico –por otra parte tampoco muy amplio– de mecanismos de cambio y, por ello, pasan a ser procesos necesarios en el devenir de la historia*”¹⁹, como resultado directo de los conflictos sociales que aparecieron durante la aplicación de políticas neoliberales, particularmente durante la década de los ochenta, y de los movimientos populares que intentaron contrarrestarlos.” DALMAU, Rubén; PASTOR, Roberto Viciano. **Fundamentos Teóricos y Prácticos del Nuevo Constitucionalismo**. In: Gaceta Constitucional, nº 48. Disponível em: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/GC%2048%20%20Roberto%20VICIANO%20y%20Ruben%20MARTINEZ.pdf>.

¹⁴ *Op. Cit.* Pág. 313.

indígenas, com aperfeiçoamento do pluralismo jurídico a se tornar igualitário, refundação do Estado para plurinacionalidade, tendo os povos indígenas como nações originárias e nacionalidades com autodeterminação ou livre determinação.¹⁵

Nesse mesmo sentido, Antônio Carlos Wolkmer defende três etapas do novo constitucionalismo na América Latina. O momento propulsor se deu com a Constituição do Brasil de 1988 e a Constituição da Colômbia de 1991, com a introjeção de direitos indígenas, consagrou o pluralismo jurídico como princípio norteador do Estado e jurisdição especial indígena, no caso colombiano. Importante fator nesse período foi a Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1989 que reconheceu os povos indígenas como sujeitos de direito e suas normas consuetudinárias como conhecimentos originários. Em seguida, a promulgação da Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999 inspirada no ideário libertador de Simon Bolívar, estabeleceu o pluralismo jurídico entre seus princípios imprescindíveis. Para o autor, essa constituição representou um dos primeiros intentos de regeneração constitucional da região, seu marco inovador foi a introdução de um Poder Público Nacional, dividido em cinco poderes: Legislativo, Executivo, Judicial, Cidadão e Eleitoral. A terceira e última etapa, considerada por Wolkmer como expressão genuína do novo constitucionalismo, foi representada pelas Constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009, identificando o constitucionalismo plurinacional comunitário com pluralismo igualitário jurisdicional.¹⁶

Milena Petters Melo define o constitucionalismo latino-americano erigido no final dos anos 90 nos seguintes termos: “*o constitucionalismo latino-americano se caracteriza por uma difusa adesão à forma de Estado constitucional, social e democrático de direito, radicada na ideia de força normativa da Constituição, que supera a concepção semântica da Constituição como documento predominantemente político e programático e propende pela sua imediata e direta aplicação.*”¹⁷ Segundo a autora, as teses neoconstitucionalistas não são capazes de explicar as recentes evoluções do direito constitucional na América Latina, principalmente no

¹⁵ RIGOYEN FARJADO, Raquel. **Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista**. 2008. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3740/15.pdf>.

¹⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Crítico e Perspectivas para um Novo Constitucionalismo na América Latina**. Pp. 19-42. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo Latino-americano. Tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

¹⁷ MELO, Milena Petters. **As recentes Evoluções do Constitucionalismo na América Latina: Neoconstitucionalismo?** In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo Latino-americano. Tendências contemporâneas**. Pp. 59-87. Curitiba: Juruá, 2013. Pág. 71.

tocante à *práxis* constitucional e no caráter contra-hegemônico das novas constituições como resistência aos processos de globalização.

Soma-se a essas perspectivas, a explanação de Germana Moraes e Raquel Freitas:

O novo constitucionalismo latino-americano, neste contexto, expressa-se como o resultado de lutas e de reivindicação popular por um novo modelo de organização do Estado e do direito que, além de reconhecer, legitimar e ampliar o rol dos direitos fundamentais, possa também efetivá-los no caso concreto.

Para isso, faz-se necessário um governo que verdadeiramente se sustente na soberania popular. Um governo em que a sua constituição se legitime no ideal de democracia e identidade do povo e não, necessariamente, em padrões externos ocidentais que não guardassem necessariamente correspondência com a cultura genuinamente latino-americana nem estivessem em compasso com o sentimento do povo. Neste sentido, o novo constitucionalismo pode ser compreendido como uma bússola que aproxima mais ainda o povo do poder político democrático na busca e na construção do seu bem viver.

Esse novo tipo de democracia promove a participação direta do povo na elaboração e aprovação da constituição, como também no controle dos poderes estatais e das decisões tomadas pelos representantes políticos.

Como resultado, as atuais constituições latino-americanas, objeto de recentes reformas, baseiam-se fundamentalmente em princípios juspositivistas e em mecanismos e procedimentos da democracia participativa, o que implica maior detalhamento acerca dos conceitos e do campo de aplicação dos já mencionados princípios constitucionais, bem como a participação dos povos, nas decisões governamentais que, muitas vezes, podem determinar seus destinos. Como exemplos, citem-se o processo constituinte democrático realizado por uma assembleia eleita pelos cidadãos; aprovação popular da nova constituição mediante um referendo; os mecanismos de participação cidadã na tomada de decisões políticas e no controle do poder público; além dos novos direitos fundamentais de alcance econômico, social, cultural e coletivo.¹⁸

Rubén Dalmau e Viciano Pastor sistematizaram a teoria do *nuevo constitucionalismo latino-americano*. Para alegação de um novo paradigma, pressupõem um “*viejo*”, o qual, segundo os autores, baseou-se no nominalismo constitucional, uma vez que as constituições carecem de efetividade no ordenamento jurídico e na sociedade. Em geral, essas constituições preveem normas atinentes à organização de poderes e manutenção de elementos básicos do sistema democrático formal: fruto da involução conservadora do primeiro constitucionalismo latino-americano. Por outro lado, o primeiro elemento comum do novo paradigma é o processo constituinte democrático, consideram que apenas os textos constitucionais que tiverem uma origem genuinamente democrática podem ser enquadrados no “*nuevo*”, tendo início com a Constituição da Colômbia de 1991, Constituição da Venezuela de 1999 e as duas manifestações

¹⁸ FREITAS, Raquel Coelho; MORAES, Germana de Oliveira. **O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (sumak kawsay)**. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo Latino-americano. Tendências contemporâneas**. Pp 103-124. Curitiba: Juruá, 2013. Pág 107-108.

mais recentes e com todas as características do novo paradigma: Constituição do Equador de 2008 e Constituição da Bolívia de 2009.¹⁹

Esses autores destacaram as características formais comuns do novo constitucionalismo. Como primeira característica tem-se o conteúdo inovador dessas constituições, capaz de construir nova institucionalidade a fim de promover a integração social, estabelecendo elementos de participação que legitimam o exercício do governo que coexistem com princípios clássicos do constitucionalismo. Além disso, a amplitude e extensão do texto normativo se apresenta como peculiaridade dessas novas constituições, porque prezam pela permanência da vontade constituinte para evitar negligência dos poderes constituídos após o momento constituinte, quando adentra à normalidade. Essa característica se relaciona com a complexidade institucional desses textos constitucionais, uma vez que buscam soluções para problemas concretos, como macroeconomia, eleições para o tribunal constitucional, entre outros. Essa complexidade coexiste com a simplicidade linguística para que o texto se torne acessível ao povo, facilmente compreendido, como no texto boliviano que não utiliza as expressões técnicas jurídicas em latim tão usais, assim o *habeas corpus* é chamado “*acción de libertad*”, o *habeas data* é nomeado “*acción de protección de privacidad*” (Título IV, atr. 109 e seguintes da Constituição da Bolívia de 2009). Por fim, tem-se a rigidez constitucional para inibir as reformas constitucionais pelo poder constituído. Não se pretende que o texto constitucional se torne obsoleto, sem adaptações às novas realidades sociais, mas, antes, buscam resguardar a relação entre modificação constitucional e soberania popular, por esta razão, as reformas devem ser realizadas pelo poder constituinte originário, cujo titular é o povo.²⁰

De outro lado, estabelecem elementos materiais comuns às novas constituições latino-americanas. Nesse aspecto, as constituições buscam instrumentos para recompor a relação entre soberania popular e governo, por meio de mecanismos de participação popular que legitimem e controlem o poder constituído, apostam na democracia participativa como um complemento à representatividade, assim, a atuação dos representantes fica limitada pela ação direta do povo. Outro aspecto relevante é a presença de direitos fundamentais mais específicos, visando tutelar grupos normalmente marginalizados na história, como mulheres, indígenas, crianças,

¹⁹ DALMAU, Rubén; PASTOR, Roberto Viciano. **Fundamentos Teóricos y Prácticos del Nuevo Constitucionalismo**. In: Gaceta Constitucional, n° 48. Disponível em: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/GC%2048%20%20Roberto%20VICIANO%20y%20Ruben%20MARTINEZ.pdf>.

²⁰ *Op. Cit.* Pág. 315-325.

hipossuficientes, em paralelo a uma interpretação mais ampla dos direitos, bem como da incorporação de tratados internacionais de direitos humanos. Além disso, no campo da normatividade constitucional, opta-se pelo controle concentrado de constitucionalidade em detrimento do controle difuso, objetivando resguardar a interpretação democrática da constituição, até mesmo com a eleição direta dos magistrados, como é no caso boliviano. Ademais, ressalta-se o compromisso constitucional de dirimir as desigualdades sociais por meio da presença do Estado em questões públicas relevantes, como economia e tratamento dos recursos naturais. Por último, há forte apelo para a promoção da integração dos povos da região latino-americana juntamente com o conceito recuperado de soberania nacional.²¹

A despeito da ausência de unidade teórica, o novo paradigma constitucional na América do Sul desde os anos 80 se apresenta como resposta aos movimentos sociais e de resistência em histórias de dominação e exploração. Pretende-se efetivar o respeito ao pluralismo social, promover a participação popular na esfera pública por meio da democracia participativa, almejando condições legítimas de atuação do poder constituído.

2.4. Do Constitucionalismo Sul-Americano

Dentre as inúmeras visões do constitucionalismo na América Latina ou América do Sul, merece destaque a proposta de uma teoria de Constitucionalismo Sul-Americano, que advém da necessidade de definição geográfica da região, bem como por uma questão includente. *A priori*, o termo latino-americano é marcado por imprecisões em relação ao objeto ante a ausência de uma definição específica, assim seria fundamental delimitar os critérios para a classificação, como cultural, étnico, econômico, linguístico. Além disso, a região da América do Sul é marcada por intensa heterogeneidade social, política, histórica, jurídica e cultural que destoia da localização geopolítica dos países do Mar do Caribe e os demais da América Central.

Frisa-se que, em 2008, com o objetivo de construir um bloco para fortalecimento das relações comerciais, culturais, econômicas e sócias, os países da América do Sul firmaram o tratado internacional denominado UNASUL²², integrado por Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela. Esse marco

²¹ *Op. Cit.* Pág 325-328.

²² <http://www.unasursg.org/es/historia>.

normativo pretende reforçar a integração dos países da região. Assim, a América do Sul tem natureza geográfica e jurídica definida, enquanto que a América Latina padece de precisão nesses aspectos. As Constituições do Brasil (1988), da Colômbia (1991), da Venezuela (1999), do Equador (2008) e Bolívia (2009), objeto deste feito, reforçam em seus respectivos textos a proposta de integração.²³

De outra senda, o marco teórico do *Nuevo Constitucionalismo Latino-Americano* proposto por Viciano e Dalmau estabelece uma divisão entre os textos constitucionais da região em *nuevo* e *viejo* constitucionalismo. Para esses autores, o novo paradigma constitucional fulcra-se na intrínseca relação entre democracia e constituição consubstanciada por meio de processos constituintes democráticos. Aduzem ser a recuperação da legitimidade democrática dos textos constitucionais. Ao contrário do *viejo* constitucionalismo, que tutelava os direitos das elites liberais e conservadoras através de uma democracia estritamente formal. Os autores defendem que a qualidade do poder constituinte, recuperado da teoria clássica, originário, democrático e legítimo que define quais constituições integram esse marco teórico. Destacam que é essencial a efetiva participação popular para manutenção da relação entre soberania popular e governo. Para tanto, consideram como marco inicial a Constituição da Colômbia, seguida da Constituição da Venezuela de 1999, Constituição do Equador de 2008 e Bolívia de 2009.²⁴

Contudo, pela simples análises de textos de outras constituições da América do Sul, é possível encontrar a previsão de mecanismos de democracia semidireta, como na Constituição

²³ Constituição do Brasil de 1988: Art. 4º, p.u.: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

Constituição da Colômbia de 1991: Preâmbulo – “(...) *y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana* (...)”

Constituição da Venezuela de 1999: Preâmbulo – “(...) *promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad* (...)”

Constituição do Equador de 2008: Preâmbulo – “(...) *Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana – sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra* (...)”

Constituição da Bolívia de 2009: Art. 265, I: “*El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana.*”

²⁴ DALMAU, Rúben Martínez e PASTOR, Roberto Viciano. **Fundamentos Teóricos y Prácticos del Nuevo Constitucionalismo latinoamericano**. In Gaceta Constitucional nº 48. Disponível em: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/GC%2048%20%20Roberto%20VICIANO%20y%20Ruben%20MARTINEZ.pdf>.

do Uruguai de 1967, em seu artigo 331²⁵ prevê a iniciativa popular de reforma e plebiscitos para validação das reformas. Por isso, a proposta excludente não deve prosperar. Carolina Cyrillo propõe uma teoria de caráter integracionista entre as constituições da região:

Portanto, propõe-se que se possa falar de Constitucionalismo Sul-Americano, analisando os institutos constitucionais presentes nesse ordenamento presentes nesses ordenamentos, optando pela vertente incluyente de todas as constituições da região, dado que o tema: participação popular não é determinante para separar a região, como proposto por Viciano e Dalmau, mas sim ponto de contato dos sistemas constitucionais. Sendo assim, o desafio da região é implementar a proposta de cooperação jurídico constitucional para desenvolvimento de temas próprios de nossa região, tais como: o respeito a natureza, a integração com o sistema do direito internacional de direitos humanos; o desenvolvimento econômico e social, capaz de melhorar a qualidade de participação democrática e fortalecer o vínculo entre soberania popular e governo.²⁶

2.5. Democracia e Constitucionalismo

Democracia e constitucionalismo são dois ideais que apresentam forte tensão entre si, a despeito de serem usualmente admitidos em democracias constitucionais e acabam por suavizar esse conflito intrínseco, em razão de suas naturezas opostas. A democracia, em sua definição clássica, apresenta-se como autogoverno do povo, o qual não reconhece limites e estabelece que não existe nenhuma autoridade superior capaz de atuar coletivamente. Por outro lado, o constitucionalismo se apresenta necessariamente como limites à soberania popular por meio de uma norma fundamental, a constituição, a qual controla através de seus dispositivos o procedimento de produção das normas, os legitimados à produção e, ainda, seus conteúdos. A limitação à soberania popular é, assim, parte essencial do constitucionalismo.

Esse conflito pode ser resolvido partindo da premissa de que a soberania popular, enquanto manifestação de auto legislação, funda a ordem normativa que lhe irá reger, estabelece a Constituição. Nessa perspectiva, o povo se auto impõe normas e exige que elas sejam

²⁵ Constituição do Uruguai de 1967, art. 331: “*La presente Constitución podrá ser reformada, total o parcialmente, conforme a los siguientes procedimientos: A) Por iniciativa del diez por ciento de los ciudadanos inscriptos en el Registro Cívico Nacional, presentando un proyecto articulado que se elevará al Presidente de la Asamblea General, debiendo ser sometido a la decisión popular, en la elección más inmediata. La Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras, podrá formular proyectos sustitutivos que someterá a la decisión plebiscitaria, juntamente con la iniciativa popular. (...) E) Si la convocatoria del Cuerpo Electoral para la ratificación de las enmiendas, en los casos de los apartados A), B), C) y D) coincidiera con alguna elección de integrantes de órganos del Estado, los ciudadanos deberán expresar su voluntad sobre las reformas constitucionales, en documento separado y con independencia de las listas de elección. Cuando las reformas se refieran a la elección de cargos electivos, al ser sometidas al plebiscito, simultáneamente se votará para esos cargos por el sistema propuesto y por el anterior, teniendo fuerza imperativa la decisión plebiscitaria.*”

²⁶ CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. **Reforma Constitucional e Participação Popular nas Constituições da América do Sul.** Disponível em: <http://campusvirtual.contraloria.gov.co/campus/memorias/derConstitu/CarolinaMachadoCyrillo.pdf>

respeitadas, o que acarreta a necessidade de respeito à Constituição, como primeira ordem que se auto impõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, vinculando ambos.

Gargarella aponta falhas em algumas possíveis soluções apontadas para o dirimir o conflito entre democracia e constitucionalismo, com o prevalecimento deste último. A primeira seria a ideia da existência de um acordo democrático estabelecido no seio da sociedade que resultou na constituição. No entanto, os processos constituintes conhecidos não tiveram consenso e reflexões desinteressadas, tampouco houve participação de todos os segmentos sociais na constituição do Estado. É possível defender ainda que houve um consenso tácito no transcorrer do tempo, defendendo a possibilidade de correção dos vícios da origem do constitucionalismo a partir do consenso do texto constitucional no tempo, uma implícita adesão ao constitucionalismo. Contudo, o argumento de consenso tácito também padece de força, uma vez que pode ser também entendido como mera resignação, costume, ou ainda, ignorância sobre a possibilidade de mudança.

Dentre outros, é possível chegar a um argumento mais aceito da prevalência do constitucionalismo. Trata-se de reconhecer que a prevalência do valor da democracia deve levar a primazia do constitucionalismo, na medida em que a constituição estabelece as condições que permitem o funcionamento da democracia. Assim, o constitucionalismo deve ser entendido como forma de garantir ou potencializar a liberdade como comunidade. Nesse sentido, certo tipo de limitação pode ser compatível ou, ainda, necessária para assegurar o auto governo. Tal argumento também pode ser desconstruído a partir da violação da ideia de que uma comunidade impor limites, por meio da constituição, à outras gerações viola o auto governo. O fato é que nenhuma constituição é fruto da ação conjunta de uma sociedade, posto que editada por meio de seus representantes, ainda que sejam idôneos, acabam privilegiando determinados grupos.

Com efeito, Gargarella propõe solucionar o conflito a partir de pressupostos comuns ao constitucionalismo e à democracia: a ideia de igualdade, no sentido de que todas as pessoas possuem mesma dignidade moral e são iguais diante de suas capacidades básicas. Desta forma, cada indivíduo tem o direito de intervir na resolução dos assuntos que afetam sua comunidade em igualdade de condições. Para isso, defende a necessidade de preservar direitos fundamentais e estruturas de decisão democrática apta a garantir o mesmo valor a cada opinião. Seu compromisso com o constitucionalismo

Se desprende de este tipo de presupuesto igualitario. En efecto, queremos preservar ciertos derechos fundamentales que permitan a cada uno llevar adelante su vida conforme a sus propios ideales; y queremos preservar una estructura de decisión democrática en donde la opinión de cada uno valga lo mismo que la de los demás. La idea de igualdad, entonces, resultará el fundamento último del constitucionalismo y la democracia.

(...)

Ante todo, la noción de igualdad que tomo en cuenta se distingue por tener ciertos rasgos individualistas, en un sentido modesto del término: cada persona en sí misma nos resulta importante, a cada una de ellas merece asignársele un valor idéntico. Por otra parte, dicho compromiso con la suerte de cada persona implica, según entiendo, tratar a cada persona como un igual, más que tratar a cada persona igual: lo que se pretende es afirmar nuestra preocupación por la igual consideración y respeto que nos merece cada uno.²⁷

Nesse sentido, tem-se a ideia de que para dispor tratamento igualitário a todos, é necessário fazê-lo nas medidas de suas igualdades e, da mesma forma, de suas desigualdades. Desta forma, deve-se assegurar que cada indivíduo depende das escolhas que fizer, e não das circunstâncias de seu nascimento, consubstanciado no ideal regulador, o qual está sujeito a violações por ações e omissões do Estado, bem como dos particulares. O ideal de escolha e decisão de cada indivíduo deve, assim, levar a perceber as conjecturas culturais, sociais e econômicas do sujeito, além de dever implicar em um processo mínimo de formação, informação e reflexão crítica sobre sua condição. Ademais, a partir dessa noção de igualdade, é reconhecida a possibilidade de tomada de decisões coletivas orientadas a remediar situações de determinados grupos prejudicados. Tomando como base essa noção de igualdade juntamente com instrumentos que permitam a atuação e decisões coletivas que é possível pensar na transformação social por meio da democracia.²⁸

É forçoso reconhecer que a democracia só se realiza mediante a presença de determinadas condições jurídicas, quais sejam os princípios e regras estabelecidas pela constituição. Enquanto que a constituição só encontra sentido em um ambiente democrático. A democracia

²⁷ GARGARELLA, Roberto. **Constitucionalismo vs. Democracia**. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pág. 2001. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/11.pdf>.

²⁸ “Aqui reside a importância da deliberação coletiva enquanto elemento essencial para a tomada de decisões de índole coletivas, já que se parte do pressuposto de igualdade e de que todos merecem igual respeito e consideração. Se o alcance dos direitos em um determinado momento passa a ser restringido, muitos problemas sociais deixam de ser resolvidos pelo direito, mas poderiam/ podem/ devem ser resolvidos pelo processo democrático à medida que o povo – os que são afetados por essa restrição – toma parte no processo político, no debate, no processo de decisão. Daí a defesa intransigente de Nino por uma democracia deliberativa que inclua os cidadãos no processo de tomada de decisões. Vale dizer, a democracia deliberativa rearticula soberania e poder constituinte, constitucionalismo e democracia e acentua o caráter produtivo das tensões experimentadas pelos cidadãos, na medida a inexorável, porém paradoxal relação que estabelecem entre si.” CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e democracia. Soberania e Poder Constituinte**. Revista Direito GV. São Paulo 6 (1), pág. 159-174, jan-jun 2010. Pág. 169.

como uma conquista e processo de tomada de decisões possibilita a participação popular nas deliberações, ao passo que, o constitucionalismo organiza esse processo por meio de limites e mecanismos que assegurem o exercício democrático.

A partir da concepção de que o constitucionalismo fornece as condições para o exercício democrático, Luigi Ferrajoli propõe o fortalecimento da normatividade das constituições, ou seja, constituições rígidas, por meio do constitucionalismo garantista, a fim de promover democracia constitucional. A positivação de princípios e direitos fundamentais em normas constitucionais, condicionando, limitando a legitimidade do sistema político e impondo sua tutela, incorporou também a dimensão substancial da democracia, mediante uma revisão da concepção puramente formal da democracia.²⁹

Assim, ambas as dimensões de democracia estão garantidas pelas normas constitucionais. As normas formais dizem respeito sobre quem e como se dão as decisões, garantidas por meio dos direitos políticos, da representatividade das instituições parlamentares e do governo da maioria. Por outro lado, as normas substanciais tratam do conteúdo das decisões, o que se deve e o que não se deve decidir, as quais se identificam com os direitos de liberdade, que o Estado não deve violar e com os direitos sociais, os quais devem ser satisfeitos pelo Estado. As normas substanciais, por meio dos direitos fundamentais, estabelecem os fins almejados pelo ordenamento jurídico. Já as normas formais constituem os órgãos do Estado, ou os instrumentos para observância, tutela e preservação de tais direitos. Desta forma, todos os poderes estão sujeitos à lei, inclusive o direito da maioria só pode ser exercido nas formas estabelecidas, bem como estão submetidos às normas substanciais que impõem limites de maneira a tutelar o direito de todos os indivíduos.

De acordo com Ferrajoli, as constituições são um conjunto de meta regras sobre os poderes públicos, ao qual todos estão submetidos, devem respeitar a separação dos poderes e garantir o respeito aos direitos fundamentais de todos. Desta forma, somente é possível alcançar a igualdade por meio de uma base solidificada nos direitos fundamentais, como igualdade política por meio dos direitos políticos, igualdade civil, através dos direitos civis, igualdade social, com a satisfação dos direitos sociais. Ferrajoli nomeia de *regras do jogo*, que tem como destinatários os poderes constituídos e, por isso não podem ser modificadas ou derogadas por

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Positivismo Crítico, Derechos y democracia**. 2001. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142294.pdf>.

eles, apenas podem ser submetidas aos poderes constituintes para estabelecerem novamente as formas e os vínculos, sempre que se fizer necessário. As normas constitucionais substanciais são propriamente os direitos fundamentais, cuja titularidade pertence ao povo. Essa titularidade que compõe a democracia e a soberania popular: somente o titular do poder pode estabelecer as regras do jogo. Assim, a ideia de Estado só se justifica para tutelar as pessoas naturais

Esta idea básica de la civilización jurídica moderna invierte la concepción aristotélica del derecho y de la comunidad política: lo que es natural no es el derecho o el Estado, sino la ausencia del derecho y el estado de naturaleza, es decir, los seres humanos de carne y hueso con sus necesidades elementales; mientras el Estado es un artificio que se justifica sólo como un instrumento para tutelar a las personas naturales. En este sentido, la idea del contrato social es una gran metáfora de la democracia constitucional en sus dos dimensiones: de la democracia política o formal, dado que la legitimidad del poder público se funda a través de ella en el consenso de los contratantes; del estado de derecho y de la democracia sustancial, dado que este consenso está condicionado por el respecto de aquellas cláusulas contractuales que son los derechos “naturales” de todos, transformados – gracias a su estipulación – en “positivos” o “constitucionales”.³⁰

A partir dessa concepção, o conceito de constitucionalismo apenas como limitador da soberania popular e do auto governo é superado por uma fórmula democrática, por meio da qual, o poder constituinte se expressa e se mantém. Dalmau e Pastor apostam no conceito de democracia contextualizado tendo por critério a maior ou menor participação do povo no governo e das decisões. Esses autores defendem que o modelo de democracia constitucional foi o que obteve maior êxito para dirimir as violações de direitos, o predomínio das elites sociais e limitar o poder autoritário, especialmente observado nas constituições da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia, no marco do *nuevo constitucionalismo latino americano*.³¹

As constituições inseridas nesse marco teórico apostam no fortalecimento da organização popular com instituições paralelas de controle do poder público para que a legitimidade política seja mantida e, conseqüentemente, a vontade soberana do povo, por isso promulgaram constituições rígidas e preveem mecanismos de participação popular como forma de controlar o poder delegado aos representantes, assentados no modelo de democracia representativa participativa, pelo qual, o povo é chamado por diversas vezes a legitimar as decisões durante os mandatos.³²

³⁰ *Op. Cit.* Pág. 15.

³¹ DALMAU, Rúben Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. **La Constitución Democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo**. Disponível em: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr048/2.pdf>. Pág. 64-65.

³² VIEIRA, José Ribas. **Refundar o Estado: O Novo Constitucionalismo Latino-Americano**. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/24243799-UFRJ-Novo-Constitucionalismo-Latino-Americano.pdf?1352144063>.

Observa-se que os cinco países, objeto de estudo, adotaram a forma de governo presidencialista, segundo a qual o chefe do Estado – Presidente da República – é dotado de legitimidade democrática direta, por meio do sufrágio popular. Na forma de governo presidencialista, não existe controle primário entre os poderes, são poderes separados e independentes, mas há um sistema de controle de “contrapeso” com alguns mecanismos de controle entre si – *checks and balances*. Canotilho salienta que há diversas variações do sistema presidencialista, em especial, poderia ser conhecida a variação pelo presidencialismo latino-americano. O autor destaca algumas peculiaridades como amplo poderes do Presidente, com concentração de poderes executivos e legislativos, o que acarretaria prejuízos aos controles institucionais entre os poderes.³³

O fortalecimento do Poder Executivo por meio das novas constituições da América do Sul (Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia) é uma possível crítica ao novo paradigma constitucional. No entanto, essas constituições preveem ampla participação popular como forma de controlar e legitimar os poderes instituídos. No Brasil, por outro lado, em que pese a forma de governo seja o presidencialismo, a Constituição atribuiu mais poderes ao Congresso Nacional para o controle, como é percebido pela ausência de mecanismos de participação direta e atribuições exclusivas do Congresso, como no caso de reforma constitucionais. O controle popular apresenta-se como melhor mecanismo para garantir que a vontade soberana do povo seja resguardada, titular do Poder Constituinte.

2.6. Participação Popular na História Constitucional Brasileira³⁴

O antecedente histórico central para a formação do constitucionalismo na história brasileira foi a independência do país no início do século XIX. Destacam-se alguns fatores que influenciaram nesse processo, como revoluções francesas e norte-americana, movimentos do século XVIII com a instauração de filosofias liberais e individualistas, a transferência da Corte Portuguesa com a Família Real para o Brasil em virtude da ameaça napoleônica; esses eventos

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2000. Pág. 588.

³⁴ Trecho redigido fundamentalmente a partir de BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 7ª Edição Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Pág. 7-46. WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional, p. 143-155. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>.

culminaram para a aspiração de independência e, conseqüentemente para a emancipação política.

A efervescência ocasionada pela independência proporcionou a consagração de valores institucionais como liberalismo econômico, livre iniciativa, limitação do poder absolutista das metrópoles colonizadoras, concepção monista de Estado de Direito, ausência de intervenção estatal e supervalorização dos direitos individuais.

A ordem constitucional brasileira foi inaugurada em 1824, ainda sob o Império Monárquico. Embora, a carta tenha sido ratificada pelas províncias, não lhe garantiu a legitimidade de uma aprovação popular. A Lei Fundamental do Império estabeleceu o regime monárquico, imperial e monista, sob forte influência do constitucionalismo francês, bem como do sistema constitucional inglês, em razão de uma estrutura de Estado parlamentar com poder moderador do imperador, advindo de monarquia hereditária e constitucionalmente representativo. Havia previsão da clássica divisão dos poderes, no entanto, o Executivo se sobrepujava aos outros com a cumulação com o poder moderador. A estrutura do Poder Legislativo era bicameral com Câmara temporária e Senado vitalício.

A Constituição, durante o Império, não era exercida como fonte de legitimidade do poder do imperador, havia apenas uma relação formal e quando contrariava seus interesses, o texto normativo era ignorado. Quanto à Câmara dos Deputados, era o único órgão dependente de eleição, no entanto, o modelo censitário, a manipulação eleitoral, inúmeras fraudes no procedimento inibiam totalmente qualquer participação popular no sistema representativo. Vale destacar que a Constituição do Império previa o princípio da legalidade e da isonomia, a despeito de a realidade ser marcada por privilégios da nobreza, voto censitário e escravidão.

Tal qual à independência, a República foi instaurada com a completa exclusão popular em 1889, sem legitimidade, sustentando um Estado liberal com forte presença de oligarquias agroexportadoras, baseada no ideário positivista. Com a extinção do poder moderador, o advento da República marcou a ascensão do militarismo positivista e editou a primeira constituição da República em 1891. A ideologia desse texto constitucional era materializada por aspectos de uma democracia burguesa estritamente formal e princípios norteadores do liberalismo individualista, além disso, era omissa quanto à questão social, elitista pela exclusão e desprezo popular.

A nova ordem jurídica estabeleceu a forma de governo, de monarquia para república; o sistema de governo, de parlamentarismo para presidencialismo e, por fim, a forma de Estado, de unitário para federal. Permanecia, no entanto, o domínio das oligarquias no poder e a fraude eleitoral institucionalizada para garantir o segmento hegemônico da burguesia latifundiária. Apesar de prevê eleições, o acesso aos cargos de Presidente e membros do Congresso não era por escolha dos eleitores, mas por prévia imposição dos partidos dominantes de São Paulo e Minas Gerais, os quais não foram derrotados nesse período, não havia surpresas eleitorais. Era mantida uma aparência democrática, mas a política só funcionava no oficialismo.

As duas primeiras manifestações constitucionais da história brasileira foram, fortemente, marcadas por uma ideologia liberal, com o governo e parlamento notadamente representativo sem qualquer vínculo com a vontade e participação popular, marginalizando inúmeros grupos sociais, tais como massas rurais e urbanas, como outros, minoritários. A representação política dava-se na forma clientelista, com valorização da propriedade e valorização do liberalismo econômico. Houve, ainda, a introdução de direitos civis, mas, estavam aquém de um exercício pleno de cidadania na perspectiva de participação popular e, era meramente formal. Tratou-se de época marcada pelo controle das oligarquias, detentoras do poder com políticas voltadas para seus interesses. Esses textos era programáticos, sem aplicação e apenas renegavam as manifestações populares e não refletiam as necessidades de grande parcela da sociedade.

Em 1934, com a edição de nova Carta Política, erige-se uma etapa social no constitucionalismo brasileiro, introduzindo direitos sociais e econômicos, bem como a representação formal de grupos sociais e órgãos de cooperação e entidades profissionais no congresso, no entanto, de caráter formal e aparente. Com o advento do movimento comunista em 1935, houve emendas à carta para reforçar o Poder Executivo e com subsequente declaração de estado de guerra, assim, suspenderam as garantias constitucionais. Também esse movimento fundamentou o golpe institucional que garantiu a permanência do Presidente Getúlio Vargas no poder, instaurando o regime ditatorial do Estado Novo.

A ditadura de Vargas outorgou nova Carta Constitucional de 1937. Parte da doutrina não confere existência jurídica essa constituição, uma vez que não foi submetida ao plebiscito previsto em seu texto, conferindo apenas caráter histórico. Também conhecida como polaca pela forte influência polonesa, não houve inovação sobre o regime federativo, no entanto, a

realidade destoava, porque houve fortalecimento do Poder Central, restabelecendo o unitarismo como do Império. O Poder Legislativo permanecia bicameral, com auxílio do Conselho da Economia Nacional para lhe garantir aspecto corporativista, mas não chegou a ser instalado durante esse período. Em razão do fortalecimento do Poder Executivo, foi rompida a harmonia e independência dos três poderes. O chefe do Poder Executivo legislou durante sua permanência no poder por meio de decreto-lei, tendo em vista que não se reunia com o Parlamento Nacional.

Essa manifestação constitucional durante o Estado Novo careceu de aplicabilidade prática, foi transladada por um mandato personalista, autoritário, concentrado na figura de Getúlio Vargas. Tratou-se de um governo de fato, com apoio policial e militar, sem submissão à Constituição, exceto quando previa prerrogativas ao chefe do Executivo. Em 1945, foi promulgada uma lei constitucional que alterou substancialmente a Constituição de 1937. Houve organização de partidos políticos de âmbito nacional quando anunciada a convocação de eleições gerais. Nesse mesmo ano, foi convocada a Assembleia Constituinte e eleito o Presidente General Eurico Gaspar Dutra.

O novo texto constitucional aprovado em 1946 sofreu forte influência dos processos constituintes estrangeiros após o fim da Segunda Guerra Mundial. Notadamente, a Constituição Americana serviu de modelo para o federalismo, enquanto que a francesa para o fortalecimento do presidencialismo; por fim, a Constituição de Weimar inspirou os princípios de ordem econômica e social. Como salientou Barroso (2003): “politicamente, a nova ordem timbrava-se pelo liberalismo, em coloração conservadora, “tingida de social” (...). Na estrutura típica do constitucionalismo burguês, buscava-se um pacto social apto a conciliar, numa fórmula de compromisso, os interesses dominantes do capital e da propriedade com as aspirações emergentes de um proletariado que se organizava.” Ainda assim, na perspectiva política, a presença de partidos políticos nacionais e restabelecimento do equilíbrio entre os três poderes proporcionou um aperfeiçoamento à representatividade, permitindo eleições menos fraudulentas.

Ambas as etapas – liberal e social - foram expressões de regulamentação das elites agrárias locais em detrimento de autenticidade por meio de movimentos populares por reorganização do espaço público, por cidadania e por democracia.

A nova ordem estabelecida pela Constituição de 1946 foi abalada pela volta ao poder de Getúlio Vargas em 1950, sob um programa de proteção ao trabalhador e nacionalista em defesa da economia nacional. A pressão militar e de parcela da sociedade diante de um governo desgastado impulsionou a renúncia do presidente, por meio de suicídio em 1954. No ano seguinte, foi sufragado ao cargo da Presidência Juscelino Kubitschek, governo marcado pelo desenvolvimentismo fulcrado em um plano de metas, com medidas tais como industrialização, investimento em infraestrutura, presença de capital estrangeiro e a construção de Brasília, como símbolo desse período.

A perpetuação da crise teve outro fator: a eleição de Jânio Quadros à Presidência e João Goulart para a Vice-Presidência. Com a renúncia daquele, os militares vetaram a posse do vice e iniciaram a resistência que culminou na tomada do poder pelas forças armadas. Instaurou-se um governo de fato, mantiveram a Carta em vigor, no entanto, criaram uma ordem paralela, supraconstitucional por meio dos atos institucionais, a exemplo do ato promulgado em 1964 que estabeleceu a eleição indireta para Presidente, suspensão das garantias de vitaliciedade e estabilidade dos servidores, possibilidade de cassação dos direitos políticos e de mandatos legislativos, altamente discricionários.

Com a edição de inúmeras legislações, a vigência da Constituição de 1946 já não mais se sustentava, se mostrava irreconhecível do texto original. Por esta razão, em 1966, o governo convocou o Congresso para votar o anteprojeto de constituição. Houve, na prática, uma homologação do projeto enviado pelo governo, antes de uma elaboração pelo Congresso. A nova Carta de 1967 foi outorgada por imposição do Executivo, além disso, o Congresso não foi revestido de poderes constituintes originários por meio da soberania popular. Destaca-se no novo texto normativo, a concentração do poder no chefe do executivo em detrimento dos outros poderes, inclusive com o esvaziamento da iniciativa de processo legislativo pelo Poder Legislativo, sendo essa prerrogativa concedida ao Poder Executivo.

O ápice do poder autoritário foi a edição do Ato Institucional nº 5, o qual instituiu a competência do Executivo para legislar durante o recesso legislativo de qualquer ente da federação, a possibilidade de intervenção federal nos Estados e Municípios, sem observância do procedimento estabelecido pela Constituição; prerrogativa do Presidente da República para suspender direitos políticos e cassar mandatos eletivos de todos os níveis, suspensão de garantias da magistratura, possibilidade de confisco de bens, suspensão de habeas corpus nos

casos de crimes políticos, bem como a exclusão da apreciação judicial dos atos praticados conforme o previsto nos atos institucionais e atos complementares. Chegou-se a ditadura absoluta com a censura à imprensa, tortura de adversários políticos e repressão de partidos políticos.

A ascensão do Presidente Médici à Presidência reputou a edição da Constituição de 1969. A vigência foi estritamente nominal em grande parte dos dispositivos, uma vez que os direitos e garantias individuais foram sustados pela vigência indeterminada do AI nº 5. Em 1974, chegou à Presidência o General Geisel, dando início ao processo gradual de refluxo do regime ditatorial. Ainda proibiu a utilização da tortura pelos militares e em 1978 revogou os atos institucionais e atos complementares inconstitucionais. Novas eleições em 1979 com a eleição de Figueiredo, o qual reafirmou o compromisso de redemocratização. Mesmo com a movimentação popular intitulada por “Diretas Já”, o Congresso Nacional rejeitou as eleições diretas à Presidência em 1985. Nesse mesmo ano, foi editada a Emenda Constitucional nº 26/85 para convocar uma assembleia nacional constituinte. Apesar de a população defender a eleição de uma assembleia constituinte exclusiva, a emenda tratou de conferir poderes constituintes ao Congresso Nacional.

Em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil. Embora reafirme uma lógica republicana e liberal, analítica e monocultural, foi a manifestação constituinte mais avançada, sobretudo no tocante a previsão de direitos e garantias fundamentais, representando, de certa forma, a superação (ou o fim) do regime autoritário. Após 28 anos de vigência da Carta de 1988, impõe-se reconhecer que o texto falhou na sua missão de reorganizar o espaço político por meio da legitimidade democrática. Desde os trabalhos constituintes, observa-se a marginalização das questões atinentes à previsão de mecanismos de participação popular.

2.7. A Assembleia Constituinte Brasileira - 1987-1988

É na qualidade do Poder Constituinte que Dalmau e Pastor excluíram a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³⁵ do marco teórico do *nuevo constitucionalismo latino-*

³⁵ Antônio Wolkmer, por sua vez, entende que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 encontra-se no marco teórico de um novo constitucionalismo andino, em seu impulso oficial ou primeiro ciclo, em razão de seu caráter descentralizador que inaugurou o Pluralismo Jurídico na História Constitucional brasileira, reconhecendo direitos emergentes ou novos direitos. “A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, não

americano. Esses autores defendem que a CRFB/88 está inserida no movimento neoconstitucionalista pós Segunda Guerra Mundial, classificando como constituição essencialmente representativa:

El neoconstitucionalismo, como explica Carbonell, pretende explicar este conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial, en particular a partir de la década de los setenta. Son constituciones “que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”. Se aluden como constituciones representativas la española de 1978 o la brasileña de 1988.³⁶

Entendem que a Magna Carta de 1988 não correspondeu uma ruptura com o constitucionalismo precedente, tampouco foi resultado de movimentos sociais e reivindicações populares. O processo constituinte brasileiro foi uma transição do regime militar, estabelecido pelo golpe de 1964, para um modelo democrático. Explicam que a própria Assembleia Constituinte de 1987-1988 é uma contradição desse processo em virtude de sua origem já encontrar limitações pelas normas constitucionais da ditadura anteriores à sua promulgação a fim de produzir maiorias parlamentares para o partido do regime:

Los cambios constitucionales de finales de los años setenta y de la década de los ochenta no fueron producto de procesos surgidos a demanda de la sociedad ni tuvieron como objetivo la ruptura con el constitucionalismo hasta entonces existente, tanto en Latinoamérica como en otras regiones del mundo. Aunque, como se ha dicho,

obstante manter ainda certo perfil republicano liberal, analítico e monocultural, foi a mais avançada, relativamente a qualquer outro momento da história brasileira. Tal traço deve-se por haver ampliado a gama de direitos fundamentais (e suas garantias) e por ter inaugurado amplas perspectivas pluralistas em seus diferentes campos de ação, como o religioso, filosófico, político e cultural. Assim, a chamada ‘Constituição Cidadã’ consagra o Pluralismo, agregando a ele o adjetivo ‘político’, num sentido muito mais abrangente. Trata-se do art. 1º, inciso V, da Constituição Federal, que proclama, como um de seus eixos fundamentais, o princípio do pluralismo político pautado na convivência e interdependência de diversos grupos sociais (minorias especiais, movimentos sociais, organizações não governamentais, etc.), não obstante suas diferenças e suas diversidades quanto a crenças, valores e práticas. O texto constitucional brasileiro de 1988, ao reconhecer direitos emergentes ou novos direitos (direitos humanos, direitos da criança e do adolescente, do idoso e do meio ambiente) resultantes de demandas coletivas recentes engendradas por lutas sociais, introduziu em seu Título VIII (Da Ordem Social) um capítulo exclusivo aos povos indígenas (arts. 231-232). A norma constitucional em seu art. 131 deixa muito claro seu entendimento nitidamente pluralista e multicultural, no qual ‘são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.’ (...) Em suma, ainda que de forma limitada e pouco satisfatória, a Carta Política de 1988 contribui para superar uma tradição publicista liberal-individualista e social-intervencionista, transformando-se num importante instrumento diretivo propulsor para um novo constitucionalismo, de tipo pluralista e multicultural. (...) se introduz e ganha força a proposta de um novo constitucionalismo (denominado por alguns de Constitucionalismo Andino), que começa a gestar-se nos países latino-americanos, diante das mudanças políticas e dos novos processos constituintes. O impulso inicial desse novo constitucionalismo na América Latina foi marcado pelo ciclo social e descentralizador das Constituições, Brasileira (1988) e Colombiana (1991).” In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina**. Anais do [Recurso eletrônico] IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst.- Curitiba, PR: ABDConst., 2011. Pág.151-153. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>.

³⁶ DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. **Fundamentos Teóricos y Prácticos del Nuevo Constitucionalismo latinoamericano**. In Gaceta Constitucional nº 48. Pág. 311.

*introdujeron regulaciones parciales que abrieron la vía para un cuestionamiento global del modelo constitucional existente. Fue el caso, principalmente, del proceso constituyente brasileño de 1987-1988, inscrito –como manifiesta Pilatti– en un proceso de transición del régimen autoritario, de naturaleza militar-empresarial, que estableció el golpe de 1964, hacia un sistema democrático. Una transición que tuvo que enfrentar sus propias contradicciones de relación con el poder constituido, en particular una Asamblea Nacional Constituyente que nació condicionada por las reglas dictatoriales concebidas para producir mayorías parlamentarias cercanas al partido del régimen y que, por la propia dinámica constituyente, fue adoptando decisiones propias de un foro de avanzada. “El resultado de sus trabajos acabó semejándose más al modelo deseado por las fuerzas progresistas minoritarias en su interior que al modelo que pretendía el conservadurismo mayoritario que la inició”. Pero aun así, el resultado no fue un modelo consciente de ruptura con el constitucionalismo del estado social de corte europeo, sino más bien su traslación al contexto latinoamericano. Por esas dos razones, no creemos que pueda considerarse un ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano a la Constitución brasileña de 1988, a pesar de que presenta rasgos específicos que anuncian lo que serán las apuestas centrales de ese nuevo paradigma constitucional.*³⁷

Dalmau e Pastor explicam que, embora, apresente aspectos que anunciam o novo paradigma constitucional, “*la Constitución brasileña de 1988, sin embargo excluida del nuevo constitucionalismo por las carencias democráticas de su proceso constituyente y por su falta de voluntad transformadora respecto del constitucionalismo del Estado social.*”³⁸

De fato, a Assembleia Constituinte de 1987-1988 carece de legitimidade para seu reconhecimento como Poder Constituinte originário, livre, ilimitado, soberano, político pré-normativo e essencialmente democrático. Desta forma, não lhe podem ser atribuídas as prerrogativas inerentes a essa condição. No entanto, a doutrina majoritária brasileira normalmente lhe atribui, quando defende, por exemplo, a superioridade dos direitos fundamentais instituídos pela Constituição através do Poder Constituinte “originário” em detrimento dos derivados de uma emenda constitucional.³⁹

Carolina Cyrillo sustenta que o Poder Constituinte da Constituição Brasileira de 1988 não pode ser considerado tipicamente originário, mas sua natureza jurídica é de reforma constitucional à Constituição de 1967, por meio da Emenda Constitucional nº 26/85 e, por essa razão, não poderia ter o status político e jurídico do Poder Constituinte originário, tendo em vista que sua instituição deu-se dentro dos moldes e limites da constituição anterior, inclusive

³⁷ *Op. Cit.* Pág. 318.

³⁸ DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. **La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo.** 2013. Pág. 74.

³⁹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pág. 266. “Se o poder constituinte de reforma não pode criar cláusulas pétreas, o novo direito fundamental que venha a estabelecer – diverso daqueles que o constituinte originário quis eternizar – não poderá ser tido como um direito perpétuo, livre de abolição por uma emenda subsequente.”

em relação à composição da assembleia, que, de fato, foi a transformação do Congresso Nacional ordinário com atribuições de Assembleia Nacional Constituinte, conforme o artigo 1º da EC nº 26/85.

Como explica Cyrillo, um sinal claro da limitação e do condicionamento da Assembleia Constituinte apareceu nas razões do julgado da ADPF nº 153 proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, a qual teve por objeto questionar a recepção da Lei de Anistia promulgada em 1979 e prevista no artigo 4º da EC nº 26/85 (emenda que também convocou a Assembleia Constituinte) frente à Constituição de 1988. Nesse julgamento, os ministros do Supremo Tribunal Federal concluíram que não deveria ser questionada a recepção porque o Poder Constituinte de 1987-1988 reinstaurou a validade da referida lei em seu ato originário. Assim, admite-se que a Assembleia Constituinte teve compromissos prévios com o sistema jurídico anterior.⁴⁰

Ademais, resta dúvida sobre qual seria o verdadeiro titular do Poder Constituinte, se a Assembleia Constituinte de 1987-1988 instaurada pela EC nº 26/85 ou se a própria EC nº 26/85, como regra de reconhecimento do sistema. A própria emenda previu limites a Assembleia Constitucional, o que é incompatível com a teoria clássica do Poder Constituinte.

Daniel Sarmiento, por sua vez, defende que a EC nº 26/85 foi apenas o veículo formal de convocação da assembleia constituinte e, não o seu fundamento de validade. Para o autor, o fundamento seria o “momento constitucional” da população brasileira à época, inclusive por movimentos sociais.⁴¹ A par dos argumentos sociológicos, a jurisprudência do STF, como supra demonstrado, tem reconhecido que a EC nº 26/1985 constituiu o fundamento de validade da Assembleia Constituinte de 1987-1988 e também reafirmou a validade da Lei de Anistia,

⁴⁰ CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. **¿Poder Constituyente Originario en la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988?** Texto cedido pela autora. Pág. 9.

⁴¹ “(...) a Emenda nº 26/1985 foi apenas o veículo formal empregado para a convocação da Assembleia Constituinte de 1987/1988, mas não o seu fundamento de validade. Este repousava na vontade, presente na sociedade brasileira, e evidenciada em movimentos como o das Diretas Já, de romper com o passado de autoritarismo, e fundar o Estado e a ordem jurídica brasileira sobre novas bases mais democráticas. Tratava-se de autêntica manifestação da soberania popular, e esta não necessita, para exteriorizar-se, do recurso à revolução violenta, podendo também eclodir em contextos de transição pacífica, como ocorreu no Brasil. Em meados dos anos 80, o País vivia um típico ‘momento constitucional’, caracterizado pela efervescência política e pela genuína mobilização popular em prol de um ‘recomeço’. Esta era a verdadeira fonte de autoridade da Assembleia Constituinte, e não a Emenda Constitucional nº 26. Por isso, a Assembleia Constituinte ‘livre e soberana’ de 1987/1988 traduziu autêntica expressão do poder constituinte originário.” Cf. SARMENTO, Daniel. **21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a carta de 1988**. In DPU 30, pág. 11-12. No mesmo sentido, SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. Pág 78-81.

condicionando o ordenamento jurídico posterior a reconhecer essa lei, ainda que fosse incompatível com o novo texto constitucional, bem como, conferiu poderes constituintes ao Congresso Nacional, passando a cumular com a legislatura ordinária, ou seja, impôs limites formais e materiais à CRFB/88. Além disso, em 1985 o presidente José Sarney enviou ao Congresso Nacional a mensagem nº 330 com a proposta de emenda à Constituição, PEC nº 43/85, com o objetivo de transformar o Congresso Nacional em Assembleia Constituinte, a fim de criar uma nova constituição “(...) sob pena de instalar-se o caos normativo, que a ninguém aproveitaria, é necessário respeitar a lei que temos e modificá-la segundo os processos por ela própria admitidos”⁴², evidenciando, assim, a continuidade e não ruptura com o sistema constitucional anterior.

Quanto à composição da Assembleia, apresentou-se como uma auto atribuição de competências constituintes, realizada pelo Congresso Nacional, poder constituído, eleito segundo às normas estabelecidas pelo ordenamento jurídico anterior, a Constituição de 1967⁴³. Poder Constituinte originário é essencialmente diferente do Poder Legislativo ordinário, esse busca sua fonte de produção na Constituição, topo do ordenamento jurídico, como resultado de manifestação do Poder Constituinte, cujo o titular é o povo, enquanto que o Poder Legislativo é composto por representantes do povo. Na égide da Constituição de 1967, o Brasil era comandado pelos militares, com restrições de direitos e democracia, então, os parlamentares, sequer gozavam de legitimidade plenamente democrática para figurarem como representantes.⁴⁴ Assim, não pode o Congresso Nacional ser convertido em Assembleia

⁴² <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/emenda.pdf>.

⁴³ Composição da Assembleia Constituinte de 1987-1988: 559 membros – 487 deputados federais e 72 senadores. Todos os deputados federais e 49 senadores foram eleitos em 1986, os demais 23 senadores foram eleitos em 1982. Houve intenso debate sobre a atribuição do poder constituinte ao congresso. Muitos autores defendiam que a legislatura que aprovou a EC nº 26/85 não foi a mesma que teve poderes constituintes, em razão da eleição de 1986, na qual o povo já sabia que esses representantes atuariam também na assembleia constituinte. No entanto, não houve renovação total do congresso, porque 23 senadores que foram eleitos em 1982 e tinham mandato até 1991, ou seja, foram eleitos nos moldes da Constituição de 1967, assim como antes da existência da EC nº 26/85 e permaneceram no mandato até depois da promulgação da Constituição de 1988. Vale lembrar, ainda, que os senadores eleitos em 1982 participaram da votação da EC nº 26/85, que auto atribuía ao Congresso Nacional a função constituinte e, depois participaram também da Assembleia Constituinte de 1987-1988. In: CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. **¿Poder Constituyente Originario em la Constitución de le República Federativa del Brasil de 1988?** Texto cedido pela autora, pág. 11. Ademais, Plínio de Arruda Sampaio, deputado do PT, suscitou uma questão de ordem a propósito da legitimidade da participação dos 23 senadores eleitos em 1982 na Assembleia, em virtude de não terem recebido delegação expressa do povo para elaboração da nova Carta. O ministro Moreira Alves decidiu pela participação dos referidos senadores, diante do teor da EC nº 26/85. Contra a sua decisão foi interposto recurso para o Plenário, que confirmou a decisão. In: SARMENTO, Daniel. **21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a carta de 1988.** In DPU 30, pág. 15.

⁴⁴ Esses representantes foram eleitos nos moldes da Constituição de 1967, durante o regime militar. Dentre outros aspectos, instituiu o bipartidarismo, criação de eleições indiretas para 1/3 dos senadores (senadores biônicos) e ampliação do mandato do presidente para 6 anos.

Constituinte. Além disso, os parlamentares poderiam editar normas constitucionais que os favoreceriam dentro da organização estatal. Pela teoria clássica do Poder Constituinte originário, a assembleia constituinte deve ser livre, soberana, eleita pelo povo exclusivamente para os trabalhos constituintes, inclusive dissolvida após a promulgação do novo texto constitucional.

Defende, ainda, que a própria Constituição de 1967 não teria natureza de constituição, mas de sistema jurídico de fato, porque não garantia direitos fundamentais e não limitava o exercício do poder do Estado, bem como carecia de legitimidade política. A Constituição de 1967 constitui uma Constituição-Instrumento para dar aparência de legalidade constitucional aos atos do período ditatorial, era de cunho essencialmente militar, a fim de abolir a Constituição de 1946, vigente até então.

Vale ressaltar que houve uma proposta de convocação de um plebiscito para que a sociedade escolhesse entre uma assembleia constituinte exclusiva ou parlamentarista, subvencionada por setenta mil telegramas, apresentada por Flávio Bierrenbach, relator da comissão mista que deu origem à PEC nº 26, no entanto, o requerimento foi arquivado, estabelecendo a concessão dos poderes constituintes aos parlamentares já eleitos.⁴⁵

Diante da análise, Cyrillo da Silva constatou:

La Constitución de 1967 no es fruto del Poder Constituyente y sí del poder de hecho, que gobernó el país luego del golpe de 1964; b) La Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a la Constitución de 1988 es fruto de la transformación del Congreso Nacional ordinario en Asamblea Constituyente, a través de la Enmienda nº 26/85, a la ya ilegítima Constitución de 1967. c) Las condiciones de selección y elección de los parlamentarios constituyentes eran con base a las reglas establecidas por la Constitución de 1967, mismas reglas utilizadas para la elección de los congresistas ordinarios (diputados y senadores). d) Los parlamentarios constituyentes, en verdad, eran los representantes del poder legislativo constituido, habiendo confusión entre Poder Constituyente y Poder Constituido. e) La Asamblea Nacional Constituyente instaurada por la enmienda constitucional 26/85 es una Asamblea de reforma constitucional³³, pues se encuentra limitada por el sistema jurídico de 1967. f) La Constitución Federal de 1988 es fruto del Poder Constituyente de reforma y no del Poder Constituyente originario, sufriendo límites formales y materiales del orden jurídico anterior.⁴⁶

A titularidade do Poder Constituinte originário reside no povo, como única fonte capaz de editar uma Constituição e, assim, construir os fundamentos da ordem jurídica, criação de um sistema jurídico, a norma de maior hierarquia desse sistema normativo. Essa titularidade tem

⁴⁵ *Op. Cit.* Pág. 8

⁴⁶ *Op. Cit.* Pág. 11-12.

caráter essencialmente político, consubstanciada na vontade do titular do poder político para criar um instrumento jurídico, chamado de Poder Constituinte Político, em sentido forte e material.⁴⁷

Essa titularidade não se confunde com o instrumento que exercerá o Poder Constituinte e elaborará as normas constitucionais. O titular do Poder Constituinte – o povo – não deixa de existir durante o processo da constituição, apenas delega a função ao agente, mas permanece latente. O Poder Constituinte se exerce, então, por um ato por intermédio de seus representantes dos cidadãos. O agente (a Assembleia Constituinte), por sua vez, após finalizar os trabalhos constituintes deve deixar de existir. O agente também pode ser chamado de Poder Constituinte débil ou formal.

No aspecto jurídico do Poder Constituinte, tem relevância o resultado originado – as normas constitucionais – pelo Poder Constituinte em seu sentido político. Portanto, no âmbito jurídico que há distinção entre o Poder Constituinte originário e o derivado. Em que pese haja essa diferença de manifestação do Poder Constituinte, ambos guardam estrita relação com a natureza política do Poder Constituinte, ou seja, criar o Direito da Constituição como regra suprema. Cabe concluir que a diferença entre Poder Constituinte originário e derivado não é de superioridade política, mas, somente uma distinção em caráter jurídico, como explica Cyrillo:

*En otras palabras, no existe regla de jerarquización política entre Poder Constituyente originario y Poder Constituyente derivado; lo que existe, es una atribución jurídica en dos momentos diversos, aquel de la fundación o creación, y otro de modificación o reforma de la mayor regla del sistema jurídico, esto es, la Constitución.*⁴⁸

O “momento constituinte” que impulsionou a criação da Constituição de 1988 teve seu marco inicial com o movimento popular “Diretas Já” (requerimento de eleições diretas) durante 1983/1984. Após esse, muitos outros surgiram com o objetivo de incentivar a participação da sociedade no processo. Esses movimentos entendiam ser necessário criar estruturas constituintes paralelas para exigir que os pleitos populares fossem contemplados pelo Poder Constituinte a ser instalado. Para tanto, defendiam a constituinte exclusiva (houve uma campanha comandada pela OAB nesse sentido), rechaçavam a ideia de atribuir poderes constituintes ao Congresso Nacional ordinário, almejando uma assembleia exclusiva, auto organizada pelo povo, sem condicionamentos e formalidades impostos pelo regime anterior,

⁴⁷ *Op. Cit.* Pág. 19.

⁴⁸ *Op. Cit.* Pág. 23.

para, então, expressar o agente constituinte representante desse momento constituinte vivenciado pela sociedade brasileira. A grande reivindicação popular era uma ruptura com a ditadura para instalação definitiva da democracia constitucional no Brasil.

Em contrapartida, a EC nº 26/85 contrariou esse anelo social ao conceder poderes constituintes ao Congresso Nacional ordinário, sendo uma estratégia das forças conservadoras⁴⁹ em torno da ideia de “transição democrática” do próprio governo militar, com o objetivo de manter a continuidade com o regime anterior, bem como poder controlar a Assembleia Constituintes, impedindo, assim, a ruptura. Houve usurpação do Poder Constituinte político forte e material pelo sistema anterior. A Assembleia Constituinte de 1987-1988 careceu de legitimidade e identidade com o momento constituinte vivenciado pelos movimentos sociais, pelo titular do Poder Constituinte – o povo. Não havia diferença para o poder já constituído, em razão da confusão entre a função do poder legislativo ordinário instituído e os poderes constitucionais.⁵⁰

Acrescenta-se outro fator: a ausência de referendo popular para aprovação do texto. Em 5 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa de 1988 foi promulgada após a aprovação do texto constitucional pela Assembleia Constituinte de 1987-1988. Além dos vícios de legitimidade e de identidade política do Poder Constituinte representado pela instituição da assembleia, o texto sequer foi referendado pelo povo.

O referendo para validação do texto normativo produzido pela assembleia constituinte é necessário para reforçar a legitimidade e viabilidade política, como ensina José Afonso da Silva:

(...) a futura constituição precisa ser submetida a referendo popular antes de sua promulgação e entradas em vigor. Devemos lutar para que o projeto da constituição aprovado pela Constituinte seja levado ao povo em votação popular, a fim de ser por ele acolhido ou não. Se rejeitado, a Constituinte permanecerá em funcionamento para elaborar novo texto a ser aceito pelo povo. Se for aceito, significa que recebeu o consenso popular, que vem reforçar sua legitimidade e viabilidade política. Sempre sustentei esse ponto de vista, não porque negue soberania à Assembleia Constituinte, mas porque, embora eleita pelo povo, pode não ser adequadamente representativa dos interesses populares, dada a interferência de múltiplos fatores que,

⁴⁹ A composição da Assembleia foi marcada pela presença forte dos grupos intitulados “centro” (32% dos congressistas) e “centro-direita” (24%); a esquerda, por sua vez, teve a ínfima presença de 9% dos congressistas. O que marcava a diferença entre esquerda e direito era basicamente o apoio ou não ao governo militar e orientação sobre direitos sociais e intervenção do Estado na economia. Mais da metade dos congressistas (50,80%) já tinham experiência em cargos públicos da elite burocrática do Estado, enquanto que apenas 11,64% tiveram sua origem política na participação em movimentos sociais. Quanto às mulheres, representaram apenas 4,6%; negros 2% e nenhum indígena. In: SARMENTO, Daniel. **21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a carta de 1988**. In DPU 30, pág. 14-15.

⁵⁰ CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. **¿Poder Constituyente Originario em la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988?** Texto cedido pela autora, pág. 36.

ao longo da vida políticas brasileira, distorcem a expressão da vontade popular, especialmente a atuação do poder econômicos. O referendo servirá para verificar se a obra feita é satisfatória.⁵¹

Não se pretende aqui negar o “momento constituinte” vivido pelo Brasil na transição do regime militar para a consagração de uma democracia constitucional, consubstanciada no Estado Democrático de Direito. No entanto, evidenciar vícios de legitimidade democrática apresentados na Carta Constitucional que perpetuam a crise constitucional do país e, por conseguinte, não atende à necessidade da sociedade.

2.8. Assembleias Constituintes da Colômbia, Venezuela, Equador E Bolívia

O *nuevo constitucionalismo latino-americano*, como doutrina desenvolvida por Rúben Martínez Dalmau e Roberto Viciano Pastor, é classificado como “constitucionalismo *sin padres*” em razão da natureza das assembleias constituintes que originaram as constituições da Colômbia (1991), Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009). O cerne da diferença estaria na legitimidade desse novo paradigma constitucional, tratando-se de uma legitimidade democrática e recuperação do poder constituinte clássico. Esses autores defendem que somente os textos constitucionais com origem genuinamente democrática podem incorporar esse novo paradigma.

Essas assembleias constituintes foram fruto de reivindicações sociais, em cenário de alta tensão social e política, por isso, entendido como uma necessidade⁵² desses países, visto que viviam um verdadeiro “momento constitucional”. O papel da constituição cresceu em alguns países da América Latina como consequência da consciência de exploração dos seus cidadãos,

⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. Pág. 75-76.

⁵² “O constitucionalismo latino-americano é um constitucionalismo *necesário*, vital, para o qual se pergunta constantemente acerca de sua utilidade para servir os processos sociopolíticos de mudança em favor de um Estado mais comprometido com o bem-estar de seus cidadãos. As condições sociais na América Latina não deixam muitos resquícios para a esperança, porém um deles é o papel de um constitucionalismo comprometido. Um constitucionalismo que possa romper com o que se considera dado e imutável e que possa avançar pelo caminho da justiça social da igualdade e do bem-estar dos cidadãos. O fato de tratar-se de sociedades, das quais muitas não experimentaram o Estado social, induz a pensar que as raízes sociais das manifestações de protesto na América Latina conduzirão à busca de formas de resgate da dignidade dos povos, da reivindicação dos seus direitos, da exigência que lhes corresponde, através de mecanismos globalmente transformadores e que funcionem. Os processos constituintes latino-americanos, portanto, são circunscritos a um leque – em realidade, também não muito amplo – de mecanismos de mudanças e por isso passam a ser processos *necesários* no decorrer da história.” DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. **O processo constituinte venezuelano no marco do novo constitucionalismo latino-americano**. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo Latino-americano. Tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

bem como da crise da representatividade na democracia e, ainda por falta de experimentação do Estado Social.⁵³

Como explica Dalmau:

Fronte a unha constitución débil, adaptada e retórica, propia do *vello* constitucionalismo latino-americano, o novo constitucionalismo, froito das assembleas constituintes comprometidas con procesos de rexeneración social e política, expón un novo paradigma de Constitución forte, orixinal e vinculante, necesaria nunhas sociedades que confiaron na mudanza constitucional a possibilidade dunha verdadeira revolución.⁵⁴

O marco desse novo paradigma é a Constitución da Colômbia de 1991. O punto de divergência dessa constituição com suas antecedentes na história colombiana é a ativação direta do poder constituinte pelo próprio povo, ainda que o impulso advenha das universidades, até a sentença da Suprema Corte que declarou o caráter originário da assembleia. Representou, desta forma, o resgate de princípios de soberania popular e doutrina clássica do poder constituinte. O primeiro debate suscitado foi em torno a necessidade de um câmbio constitucional ou de uma reforma à Constituição de 1886, vigente à época. Ato contínuo, a Assembleia Constituinte optou pela elaboração de uma nova constituição.

Alguns traços importantes desse novo texto constitucional são a inclusão de mecanismos de democracia participativa, como a revocatória de mandato para alguns cargos eletivos, bem como a ampliação do reconhecimento e da proteção aos direitos fundamentais e, a complexa regulação do papel do Estado na economia. Em que pese as melhorias abarcadas pela Magna Carta da Colômbia, muitos criticam sua utilidade diante da situação de conflito e de violência política. No entanto, Martínez Dalmau entende que o fracasso não é do processo constituinte em si, mas a ausência de uma ruptura com o sistema político existente.⁵⁵ Ainda que, de forma imperfeita, ante a ausência de referendo final sobre o texto constitucional, a Constituição da

⁵³ DALMAU, Rúben Martínez. **Assembleas Constituintes e Novo Constitucionalismo em América Latina**. 2008. Pág. 8. Disponível em: http://www.igadi.org/te/pdf/te_se17/te29_17_005_ruben_martinez_dalmau.pdf.

⁵⁴ *Op. Cit.* Pág. 5.

⁵⁵ “Desde unha perspectiva crítica, moitos cuestiónanse a utilidade do proceso constituinte colombiano, ata se fala do fracaso á vista da situación actual do país e da falta de conclusión na situación de violencia política, cuxa erradicación foi o principal obxectivo do proceso constituinte colombiano. En todo o caso, o fracaso non é do propio proceso constituinte, senón do feito constatable de que non se producise ao mesmo tempo unha ruptura do sistema político existente. A Constitución de 1991, froito dunha conxuntura excepcional, e a pesar das posibilidades de integración da insurxencia –que foi real no caso dalgúns grupos insurrectos– foi desenvolvida e xestionada en boa parte polos mesmos grupos de poder que orixinaran o colapso do sistema e a necesidade do proceso constituinte. Ademais, estas críticas ocultan o papel que realizaron outros suxeitos para o avance dos dereitos fundamentais no país, principalmente por parte da xurisprudencia da Corte Constitucional colombiana.” *Op. Cit.* Pág. 10.

Colômbia de 1991 apresenta importantes mecanismos para a consagração da democracia constitucional, sobretudo, quanto a sua necessidade de responder aos movimentos sociais do país, consagrando sua legitimidade.

Em seguida, teve início o processo constituinte no Equador em 1998. No entanto, os resultados foram socialmente desfavoráveis porque não apaziguou as petições de vários setores populares que almejavam mudanças reais nas relações de poder, o que acarretou novo processo dez anos depois. Em referendo, a população optou pela convocatória da assembleia constituinte denominada como “Assembleia de Monticristi”. Já em setembro de 2008, os equatorianos aprovaram o novo texto constitucional mediante referendo. Esse mecanismo de democracia despertou intensos debates sociais, incluindo anseios populares a fim de aproximar a ordem constitucional com a realidade nacional diversificada.⁵⁶

Nota-se que houve referendo para a convocação da assembleia, bem como para a promulgação do texto constitucional nesse segundo momento do processo constituinte equatoriano. A nova ordem constitucional instaurada a partir de 2008 buscou acolher e responder demandas sociais historicamente excluídas, tais como mulheres, índios. Proclamou, assim, que o Equador é um Estado Constitucional de direitos e justiça, social, soberano, independente, unitário, plurinacional, intercultural e laico. Por isso, inserida no novo paradigma constitucional, conforme Dalmau e Pastor.

Como exemplo mais qualificado do novo paradigma constitucional, encontra-se o processo constitucional venezuelano de 1999, também como fruto de manifestações ante às crises social e política. Elementos de processos constituintes ortodoxos, como o referendo ativador do processo constituinte e referendo de aprovação do texto constitucional final marcaram o processo de elaboração da Constituição da República Bolivariana da Venezuela. O ponto de partida deu-se no movimento denominado “Caracazo” em 1989, passando por regimes ditatórias em 1992 até a eleição de Hugo Chavez em 1998. Assim, os venezuelanos almejavam a democracia participativa, políticas de igualdade, aprimoramento de direitos, melhorias na condição de vida social e redistribuição da renda petroleira.⁵⁷

⁵⁶ UNNEBERG, Flávia Soares. **O Despertar de novos tempos: do processo histórico-constitucional à constituição equatoriana de 2008**. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo Latino-americano. Tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

⁵⁷ *Op. Cit.* Pág. 11

A despeito da resistência dos poderes constituídos, o processo constituinte teve êxito, representou um avanço para país. Destacam-se algumas características do texto constitucional, tais como vigência de direitos, mudanças institucionais, nova configuração dos partidos políticos, inclusão de mecanismos de democracia participativa, novo papel do Estado na economia. Ressalta-se que a participação popular tornou-se elemento legitimador da nova ordem constitucional.⁵⁸

Por fim, o processo constitucional boliviano iniciado em 2007. Sua origem está atrelada à crise na democracia representativa (denominada como forma de governo partidocrático) somada à questões sociais de exclusão e marginalização, praticamente toda a história da república boliviana foi marcada pela exclusão de boa parte da população e o poder concentrado nos acordos entre os partidos políticos. Nesse sentido, duas manifestações populares se destacaram nesse processo, quais sejam a Guerra do Gás e da Água, uma vez que postulavam a inserção dos movimentos populares na gestão dos recursos naturais.

Com a politização das demandas sociais, o discurso foi ampliado e instaurou-se um verdadeiro “momento constituinte”, buscava-se refundar a perspectiva político-jurídica para criação de um Estado gerenciado pela sociedade. Como destacou Lucas Fagundes:

(...) verifica-se que existia um contexto de luta entre um modelo de Estado neoliberal elitizado contra um modelo de Estado gerenciado no seio dos movimentos populares, os quais transformaram suas lutas pontuais em exigibilidades mais amplas, num horizonte de transformação, ao invés de reforma do velho sistema. Isso é representativo do chamado esgotamento e crise do Estado moderno com seus modos de manifestação políticas. Quando emergiu nas demandas populares a ideia de assembleia constituinte, ficou clara a intencionalidade de refundar outra perspectiva político-jurídica em que os sujeitos sociais, até então ausentes, pudessem ter vez e voz no processo de construção daquilo que gera consequência em seus próprios interesses; trata-se de realocar os interesses de empresas privadas (muitas multinacionais) para interesses coletivos de maiorias subjugadas e marginalizadas.⁵⁹

Ainda que a necessidade de implantação de nova ordem constitucional tenha sido suscitada no seio dos movimentos sociais, vale destacar que a assembleia constituinte se deu pelo poder constituído, pois delegou funções constituintes aos representantes eleitos em 2006, o que comprometeu a procedimentabilidade dos trabalhos constituintes frente às tensões

⁵⁸ *Op. Cit.* Pág. 11

⁵⁹ FAGUNDES, Lucas Machado. **Reflexões sobre o processo constituinte boliviano e o novo constitucionalismo sul-americano.** In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo Latino-americano. Tendências contemporâneas.** Curitiba: Juruá, 2013.

políticas. No entanto, o texto constitucional final foi referendado pelo povo para lhe garantir legitimidade (conhecido como referendo ativador). O processo constituinte da Bolívia de 2009 se apresentou mais complexo dentre os últimos, segundo Dalmau:

No sólo por su extensión, sino también por sus elementos endógenos – mal planteamiento de la hipótesis constituyente, difíciles condiciones de trabajo de la Asamblea Constituyente – y, principalmente, por lo exógenos: los obstáculos planteados por grupos minoritarios que han apostado por el fracaso del proceso desde un primero momento, y por el mantenimiento del status quo en el país. Un proceso que ha legitimado una constitución, la boliviana de 2009, que, a pesar de los cambios de última hora introducidos por el poder constituido, se convertirá en un texto de referencia en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano.⁶⁰

Assim, a doutrina do *nuevo constitucionalismo latino-americano* pretende demonstrar que há dois evidentes objetivos nesses processos constitucionais da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia, quais sejam: recuperar e adequar o conceito de poder constituinte democrático e solucionar os problemas de legitimidade do sistema constitucional social. Para tanto, entendem que a supremacia da constituição em dado ordenamento jurídico só pode ser consagrada quando a origem do processo constituinte for democrática, através de iniciativa popular de ativação, o exercício desse poder fundante por meio de uma assembleia constituinte participativa e plural, bem como pela aprovação direta do texto constitucional pelo povo sob consulta popular. A preocupação desse novo paradigma é a recuperação da legitimidade democrática da Constituição, contrapondo-se ao neoconstitucionalismo, como vertente teórica obstinada a valorar a constituição, cuja análise limita-se a dimensão positiva da constituição, sem a necessidade de averiguar as condições de legitimidade democrática e como a vontade constituinte foi transladada à vontade constituída.⁶¹

⁶⁰ DALMAU, Rúben Martínez. **El proceso constituyente: la activación de la soberanía**. In: ERREJÓ, Íñigo; SERRANO, Alfredo (Coords.). **Ahora es cuándo carajo!: Del asalto a la transformación del Estado en Bolívia**. Espanã: El Viejo Topo edición, 2011b.

⁶¹ DALMAU, Rúben Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. **La Constitución Democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo**. Disponível em: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr048/2.pdf>. Pág. 69-72.

3. PREVISÃO DE MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR: COMPARAÇÃO ENTRE OS TEXTOS CONSTITUCIONAIS

3.1. Iniciativa popular de emenda constitucional

A reforma constitucional é manifestação do poder constituinte que visa modificar o sistema constitucional constituído. O poder constituinte originário constitui a ordem jurídica, por outro lado, o poder constituinte de reforma modifica a norma constituída. A despeito de divergência doutrinária quanto a natureza do poder constituinte de reforma, adota-se a classificação de Raúl Gustavo Ferreyra⁶², classificando como poder político, porque cria ou modifica o direito constitucional submetidos à regras antes determinadas. Para o autor, a constituição não pode ser eterna ou permanente, por isso deve estar aberta para as novas gerações.

Em decorrência de seu caráter político, a reforma constitucional pode ser entendida como regular exercício da democracia, uma vez que possibilita aos cidadãos se submeterem às suas próprias leis, que não lhes são impostas ou herdadas do período anterior, porém almeçadas e escolhidas por ato de vontade popular mediante a reforma da ordem jurídica.⁶³ O poder reformador tem por escopo possibilitar a adequação do texto constitucional à realidade social, adaptando o texto a novos âmbitos políticos e sociais, mas lhe assegurando a força normativa, bem como continuidade e identidade com o Poder Constituinte Originário.

A fim de promover o caráter político da reforma constitucional e seu vínculo indissolúvel com a democracia, analisa-se a participação popular na reforma constitucional prevista nos textos constitucionais do Brasil, Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 concedeu a titularidade da reforma constitucional ao Congresso Nacional, em seu artigo 59, no título “das leis”, como uma espécie legislativa ordinária. O procedimento de reforma constitucional previsto no artigo 60

⁶² FERREYRA, Raúl Gustavo. **Patología del proceso de reforma. Sobre la inconstitucionalidad de una enmienda en el sistema constitucional de la Argentina.** In Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, tomo VIII, cap. XXVI, México, D.F, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, 2008, pp. 781.

⁶³ CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. **Reforma Constitucional e Participação Popular nas Constituições da América do Sul.** Disponível em: <http://campusvirtual.contraloria.gov.co/campus/memorias/derConstitu/CarolinaMachadoCyrillo.pdf>.

da CRFB/88⁶⁴ estabelece, para propositura de proposta de emenda, o seguinte rol de legitimados: i) um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ii) Presidente da República; iii) mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

O texto constitucional não abarca a participação popular direta no processo de reforma, tendo em vista que os legitimados para apresentar projetos são os detentores do poder legislativo e do Poder Executivo, compondo a democracia representativa. Para a maioria da doutrina, esse rol é taxando, não admitindo a iniciativa popular de emenda.

Em visão minoritária, José Afonso da Silva, e também Daniel Sarmiento se filia a esse entendimento, sustenta que há possibilidade de proposta de emenda à Constituição pela iniciativa popular, observando o procedimento previsto no artigo 61, §2º⁶⁵, que trata do processo legislativo para leis ordinárias e complementares e não de reforma. Esses autores alegam que o argumento topológico não se sustenta, uma vez que, em respeito ao princípio da soberania popular e à democracia, o titular do Poder Constituinte – o povo – não pode ser privado de propor emendas à Constituição.⁶⁶

No entanto, essa possibilidade de iniciativa popular de emenda à Constituição não decorre do texto constitucional, mas derivam de opção doutrinária em postura principiológica, a qual, em diversos momentos, mostra-se incompatíveis com o rigor sistemático.

Assim explica Paulo Bonavides:

O povo tem na formação das leis, segundo a Constituição de 1988, a iniciativa de legislador ordinário, mas não tem a de legislador constituinte. Essa derradeira iniciativa é a mais importante, a mais fundamental, a mais sólida por garantir o

⁶⁴ Constituição Brasileira de 1988: “Art. 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.”

⁶⁵ Constituição de 1988: “Art. 61, §2º: A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.”

⁶⁶ “Sendo o povo titular do poder constituinte, não deve ser ele privado da faculdade de deflagrar, diretamente, o processo de mudança na Constituição. Uma interpretação da Constituição de 88 atenta ao seu profundo compromisso com a democracia e com a soberania popular respalda esse entendimento.” SARMENTO, Daniel e SOUZA, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, página 287. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2011, página 64.

exercício de sua capacidade legitimadora da ordem normativa, debaixo da qual se organizam e repousam as instituições do ordenamento jurídico nacional. Sem embargo de haver o parágrafo único do art. 1º da Carta Magna proclamado em termos taxativos a presença normativa do povo na elaboração da vontade governante em virtude de ser ele no regime estabelecido – e não a intermediação representativa a que indissolivelmente se ligou – o verdadeiro titular do poder soberano da nação, essa presença, de extrema relevância, ficou todavia amesquinhada e diminuída em dois lugares contraditórios da Constituição [a regulamentação do artigo 14 da CRFB/88 pela Lei nº 9.709/98 e a exclusiva competência do Congresso Nacional para autorizar referendo plebiscito, na forma do artigo 49, VX]. Nestes houve redução de força participativa, de capacidade revisora, de energia criadora do povo, como supremo órgão autenticador da legitimidade dos poderes.⁶⁷

Em contrapartida, a Constituição da Colômbia de 1991 expressamente prevê a iniciativa popular de lei ou reforma constitucional, mediante um número igual ou superior a cinco por cento do censo eleitoral.⁶⁸ Ainda estabelece que a constituição pode ser reformada pelo Congresso, por assembleia constituinte ou pelo povo através de referendo. Exige-se o referendo para a validade de reforma quanto à matéria aos direitos reconhecidos no capítulo 1 do título II e suas garantias. Nos demais casos, o congresso decidirá sobre a consulta popular sobre a necessidade de uma assembleia constituinte ou de referendo popular.⁶⁹

De igual modo, a Constituição da Venezuela de 1999, estabelece que o quórum exigido para proposta de emenda por iniciativa dos cidadãos é de quinze por cento dos inscritos no registro civil e eleitoral⁷⁰, além de atribuir também ao presidente e ao legislador ordinário. Em todo caso, após a aprovação no legislativo, exige-se que as emendas e reformas sejam submetidas a referendo popular.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **A Primeira emenda à Constituição por iniciativa popular**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224179>.

⁶⁸ Constituição da Colômbia de 1991: “Art. 155: *Podrán presentar proyectos de ley o de reforma constitucional, un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva o el treinta por ciento de los concejales o diputados del país. La iniciativa popular será tramitada por el Congreso, de conformidad con lo establecido en el artículo 163, para los proyectos que hayan sido objeto de manifestación de urgencia. Los ciudadanos proponentes tendrán derecho a designar un vocero que será oído por las Cámaras en todas las etapas del trámite.*”

⁶⁹ Constituição da Colômbia de 1991, artigos 374-378.

⁷⁰ Constituição da Venezuela de 1999: “Art. 341: *Las enmiendas a esta Constitución se tramitarán en la forma siguiente: 1. La iniciativa podrá partir del quince por ciento de los ciudadanos inscritos y las ciudadanas inscritas en el Registro Civil y Electoral; o de un treinta por ciento de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros. 2. Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requerirá la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se discutirá, según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes. 3. El Poder Electoral someterá a referendo las enmiendas a los treinta días siguientes a su recepción formal. 4. Se considerarán aprobadas las enmiendas de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley relativa al referendo aprobatorio. 5. Las enmiendas serán numeradas consecutivamente y se publicarán a continuación de esta Constitución sin alterar el texto de ésta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó.*”

Já, no Equador, pelo exposto na Constituição de 2008, o quórum exigido é de um por cento dos cidadãos inscritos no registro eleitoral para iniciativa popular de emenda constitucional⁷¹. Ainda estabelece que se o legislativo não avaliar o projeto no prazo de um ano, os propositores podem solicitar ao Congresso Nacional Eleitoral que convoque a consulta popular, sem necessidade de oito por cento de respaldo dos inscritos no referido registro.

Conforme estabelece a Constituição da Bolívia de 2009, os cidadãos têm legitimidade para propor emenda constitucional por meio do quórum de vinte por cento do eleitorado, com necessidade de referendo para validação de qualquer reforma.⁷²

Pela simples análise dos textos constitucionais, a Constituição do Brasil de 1988 é a de menor possibilidade de participação popular direta no processo de reforma constitucional.

3.2. Deflagração da Assembleia Constituinte pelo povo

No âmbito de reforma constitucional, é possível a revisão total ou a convocação de assembleia constituinte para criação de nova ordem jurídica, dando lugar novamente ao poder constituinte originário, soberano e ilimitado, não condicionado pelo ordenamento jurídico anterior.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, originalmente, estabeleceu a reforma através de emenda e a revisão constitucional prevista no artigo 3º do Ato de

⁷¹ Constituição do Equador de 2008: “Art. 103: *La iniciativa popular normativa se ejercerá para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa. Deberá contar con el respaldo de un número no inferior al cero punto veinte y cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente. Quienes propongan la iniciativa popular participarán, mediante representantes, en el debate del proyecto en el órgano correspondiente, que tendrá un plazo de ciento ochenta días para tratar la propuesta; si no lo hace, la propuesta entrará en vigencia. Cuando se trate de un proyecto de ley, la Presidenta o Presidente de la República podrá enmendar el proyecto pero no vetarlo totalmente. Para la presentación de propuestas de reforma constitucional se requerirá el respaldo de un número no inferior al uno por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. En el caso de que la Función Legislativa no trate la propuesta en el plazo de un año, los proponentes podrán solicitar al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular, sin necesidad de presentar el ocho por ciento de respaldo de los inscritos 70 en el registro electoral. Mientras se tramite una propuesta ciudadana de reforma constitucional no podrá presentarse otra.*”

⁷² Constituição da Bolívia de 2009: “Art. 411, II: *La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio.*” Em 21/02/2016, os bolivianos rejeitaram por meio de referendo a proposta de emenda constitucional de iniciativa do atual presidente Evo Morales com o objetivo de permitir reeleição para terceiro mandato sucessivo após a vigência da Constituição de 2009. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/24/internacional/1456274986_514912.html. Acessado em 19/10/16.

Disposições Transitórias. Esse artigo estabeleceu que a revisão deveria ocorrer após cinco anos da promulgação da constituição, mas essa se mostrou infrutífera, porque diversas questões controvertidas durante a Assembleia Constituinte de 1987-1988 permaneceram sem solução. A exemplo disso, tem-se o enorme número de propostas oferecidas, em torno de 17000, mas apenas 6 propostas foram aceitas. Houve, ainda, o plebiscito, previsto pelo artigo 2º do ADCT para definição da forma de governo e o sistema de governo em 1993, que manteve a forma republicana e o sistema presidencialista. Não há previsão de outra revisão ou regulamentação de convocação de assembleia constituinte.

De outro giro, o texto constitucional colombiano de 1991, prevê em seu artigo 374 que a Constituição pode ser reformada pelo Congresso, por assembleia constituinte ou pelo povo através de referendo⁷³. Como supra mencionado, a participação popular obrigatória na reforma constitucional colombiana se restringe aos casos previstos no artigo 377, quando se exige referendo. Nos demais casos, compete ao Congresso decidir se inicia o procedimento de reforma ou consulta o povo sobre a necessidade de uma assembleia constituinte ou de reforma. Portanto, a consulta popular sobre a assembleia constituinte fica a cargo do congresso⁷⁴.

A Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999 estabeleceu as três seguintes formas de modificação do sistema jurídico: emendas à constituição para adições e modificações que ocorram nos artigos, sem alterar a estrutura fundamental da constituição; reforma constitucional para revisão da constituição, sem modificar a estrutura e os princípios fundamentais, e, a convocação de assembleia constituinte pelo povo, depositário do poder constituinte originário para criação de um novo ordenamento jurídico e edição de uma nova constituição. Ressalta-se que a convocação da assembleia constituinte pode ser deflagrada pelo próprio povo.⁷⁵

⁷³ Constituição da Colômbia de 1991: Art. 374: “*La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.*”

⁷⁴ Constituição da Colômbia de 1991: Art. 376: “*Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine. Se entenderá que el pueblo convoca la Asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral. La Asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. A partir de la elección quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la Asamblea cumpla sus funciones. La Asamblea adoptará su propio reglamento.*”

⁷⁵ Constituição da Venezuela de 1991: Art. 347: “*El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución*”. Art. 348: “*La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrán tomarla el Presidente o Presidenta de*

A sistemática de modificação da constituição equatoriana de 2008 prevê sua abolição e substituição por nova constituição mediante a realização da assembleia constituinte, convocada através de consulta popular. A nova constituição só será válida se for aprovada por cinquenta por cento dos votos válidos no referendo ativador.⁷⁶

A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009 estabeleceu a reforma parcial e total. No tocante à reforma total, exige-se a ativação de uma assembleia constituinte originária plenipotenciária por referendo. A convocatória do referendo pode se dar por iniciativa popular, pela Assembleia Legislativa Plurinacional ou pelo presidente. Após aprovação do texto, é necessário outro referendo para promulgação da nova constituição. O artigo 411 ainda dispõe que a assembleia constituinte se autorregulará.⁷⁷

3.3. Revocatória de mandato

A revocatória de mandato é um instrumento de controle exercido pelo povo a fim de consultar, mediante referendo vinculante, a interrupção do mandato de um autoridade eleita. A lógica desse instrumento coaduna-se com a ideia de eleição: se o povo tem poder para escolher seus representantes, detém também para destituí-los quando frustrarem as expectativas neles depositadas.

la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Concejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; o el quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.”

⁷⁶ Constituição do Equador de 2008: Art. 444: “*La asamblea constituyente sólo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.*”

⁷⁷ Constituição da Bolívia de 2009: Art. 411, I: “*La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.*”

Entende-se dentro da classificação de mecanismos de democracia participativa semidireta⁷⁸, uma vez que requer a intervenção do eleitorado em consulta sem a possibilidade de ampla discussão e deliberação pelo povo. A sua natureza jurídica encontra controvérsia doutrinária, porque há quem entenda esse instrumento como próprio do sistema representativo em virtude de sua manifestação através de eleição.

A revocatória constitui um meio idôneo de manter diálogo permanente entre representantes e representados, sendo uma via de cobrança das promessas feitas no período eleitoral e constante conhecimento de aferição da (in)satisfação popular, bem como institui a necessidade de relatar as atividades realizadas⁷⁹. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não incorporou o *recall*.

A Carta Política colombiana de 1991 consagrou a participação do povo e exercício de sua soberania também por meio da previsão da revocatória de mandato (*recall*) dos eleitos na forma da constituição e da lei.⁸⁰

Assim como a Constituição da Venezuela, que incorporou o instrumento de revogação de mandato de todo aquele que é eleito, quando transcorrida a metade do período para o qual foi eleito, sendo necessário, pelo menos, vinte por cento do eleitorado da circunscrição. A aprovação da revogação dá-se mediante um número de votos igual ou maior do que o montante alcançado na eleição.⁸¹

⁷⁸ Vale-se da classificação do *recall* como democracia semidireta. In: DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 24ª edição, 2003, pág. 53.

⁷⁹ COSTA, Almedina; SOARES, Ehrhardt; PORTO, Castanheira Neves Lopes; COSTA, Faria. **O Referendo. Studia iuridica 30, Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Editora Coimbra, 1998. Pág. 79-83.

⁸⁰ Constituição da Colômbia de 1991: “Art. 40: *Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...)4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.*”

⁸¹ Constituição da Venezuela de 1999: “Art. 72: *Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables. Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato. Cuando igual o mayor número de electores o electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocación, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores o electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores o electoras inscritos o inscritas, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley. La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley. Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato.*”

O ex-presidente Hugo Chávez venceu o primeiro referendo revocatório da história da Venezuela em 15 de agosto de 2004, in: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u75690.shtml>. Acessado em 27/09/16. O Conselho Nacional Eleitoral informa que o referendo para consultar ao povo sobre a revogação do mandato de Nicolás Maduro deve ocorrer no primeiro trimestre de 2017 após verificação dos requisitos formais da convocação de

A Carta do Equador, por sua vez, também prevê o mecanismo de revocatória de mandato de autoridades de eleição popular. Segundo o artigo 105 da referida constituição, o quórum exigido é de dez por cento do eleitorado para convocar o referendo, no caso do Presidente da República, passa para quinze por cento. A solicitação de revocatório pode ser realizada entre o segundo ano de mandato até o penúltimo, limitando-se a um requerimento por mandato. Para aprovação da revocatório, é necessária a maioria absoluta dos votos válidos, já para Presidente, a exigência é a maioria absoluta do eleitorado.⁸²

Também a Constituição da Bolívia incorporou o *recall* dentre os mecanismos de exercício de democracia, nos seguintes termos: “*La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: I. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a ley.*”⁸³

3.4. Mandato e eleição direta para o Tribunal Constitucional e Judiciário

O Direito Constitucional Contemporâneo baseia-se no postulado da supremacia da Constituição. Assim, a Constituição exerce um papel basilar no ordenamento jurídico, dotada de superioridade jurídica em relação às outras normas, não subsistindo qualquer ato jurídico

referendo, in: <http://la.migalhas.com/Calientes/134,MI246047,41046-CNE+informo+que+el+revocatorio+podria+efectuarse+en+2017+Venezuela>. Acessado em 27/09/2016.

⁸² Constituição do Equador de 2008: “Art. 105: *Las personas en goce de los derechos políticos podrán revocar el mandato a las autoridades de elección popular. La solicitud de revocatoria del mandato podrá presentarse una vez cumplido el primero y antes del último año del periodo para el que fue electa la autoridad cuestionada. Durante el periodo de gestión de una autoridad podrá realizarse sólo un proceso de revocatoria del mandato. La solicitud de revocatoria deberá respaldarse por un número no inferior al diez por ciento de personas inscritas en el registro electoral correspondiente. Para el caso de la Presidenta o Presidente de la República se requerirá el respaldo de un número no inferior al quince por ciento de inscritos en el registro electoral.*”

⁸³ Constituição da Bolívia de 2009, artigo 11, II. O procedimento da revocatória está previsto no artigo 240: “I. *Toda persona que ejerza un cargo electo podrá ser revocada de su mandato, excepto el Órgano Judicial, de acuerdo con la ley.* II. *La revocatoria del mandato podrá solicitarse cuando haya transcurrido al menos la mitad del periodo del mandato. La revocatoria del mandato no podrá tener lugar durante el último año de la gestión en el cargo.* III. *El referendo revocatorio procederá por iniciativa ciudadana, a solicitud de al menos el quince por ciento de votantes del padrón electoral de la circunscripción que eligió a la servidora o al servidor público.* IV. *La revocatoria del mandato de la servidora o del servidor público procederá de acuerdo a ley.* V. *Producida la revocatoria de mandato el afectado cesará inmediatamente en el cargo, proveyéndose su suplencia conforme a ley.* VI. *La revocatoria procederá una sola vez en cada mandato constitucional del cargo electo.*”

incompatível a ela. Para resguardar a supremacia, concedeu-se ao Poder Judiciário mecanismos que formam a jurisdição constitucional⁸⁴.

A ideia de supremacia da Constituição advém da superioridade do poder constituinte sobre as instituições jurídicas vigentes. Assim, o controle judicial de constitucionalidade (*judicial review*) é a técnica de atuação da supremacia constitucional. Em alguns sistemas constitucionais, atribui-se a um único órgão o controle (Tribunal Constitucional), como é o caso alemão. O caso americano, por sua vez, admite que qualquer magistrado possa recusar aplicação de lei inconstitucional⁸⁵.

Em suma, o Poder Judiciário exerce papel fundamental na proteção às normas constitucionais e, conseqüentemente, da vontade soberana instituída pelo Poder Constituinte, seja na sua manifestação originária ou derivada. A organização deste poder deve estar atenta também às diretrizes democráticas da Carta Política.

O guardião da Constituição no Sistema Constitucional Brasileiro é o Supremo Tribunal Federal. Essa Corte Constitucional é composta por onze ministros escolhidos, dentre os cidadãos entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pela maioria absoluta do Senado Federal.⁸⁶ Aos ministros, é garantida a vitaliciedade⁸⁷.

A sistemática de escolha dos magistrados que compõem as Cortes Constitucionais da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia difere do regime adotado no Brasil, sobretudo, no tocante ao tempo de mandato, como passa a analisar.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 84-85.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 165-173.

⁸⁶ Constituição Brasileira de 1988: “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”

⁸⁷ Constituição Brasileira de 1988: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado (...).”

O Tribunal Constitucional da Colômbia é composto por magistrados eleitos pelo Senado da República a partir de indicações do Presidente da República, da Corte Suprema de Justiça e pelo Conselho de Estado para períodos individuais de oito anos, sem a possibilidade de reeleição.⁸⁸

A Corte Constitucional venezuelana é integrada por magistrados eleitos para mandato único de doze anos. Os cidadãos podem postular a candidatura perante o *Comité de Postulaciones Judiciales*. Além disso, há a possibilidade de controle popular perante o *Comité de Postulaciones Judiciales* ou *Asamblea Nacional*⁸⁹.

No Equador, a Corte Constitucional é constituída por membros designados por uma comissão, como dispõe o art. 434: “*Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres.*” O mandato é de 9 anos sem a possibilidade de reeleição imediatamente sucessiva.

O Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, por sua vez, é o primeiro composto através de sufrágio universal direto⁹⁰. Garante-se a representação indígena na composição do

⁸⁸ Constituição da Colômbia de 1991: “Art. 239: *La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho. Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos.*”

⁸⁹ Constituição da Venezuela de 1999: “Art. 264: *Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos o elegidas por un único período de doce años. La ley determinará el procedimiento de elección. En todo caso, podrán postularse candidatos o candidatas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual hará la selección definitiva. Los ciudadanos y ciudadanas podrán ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados o postuladas ante el Comité de Postulaciones Judiciales o ante la Asamblea Nacional.*”

⁹⁰ Constituição da Bolívia de 2009: “Art. 198: *Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia. Art. 199: I. Para optar a la magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional se requerirá, además de los requisitos generales para el acceso al servicio público, haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia. II. Las candidatas y los*

Tribunal. O mandato funcional dos magistrados é de dez anos, não admite-se reeleição durante dez anos após o término do mandato.

O modelo boliviano de jurisdição consagra o “igualitarismo jurisdiccional” uma vez que estabelece igual hierarquia entre a jurisdição ordinária e a jurisdição indígena, originária e camponesa⁹¹. A jurisdição indígena será especializada, exercida por suas próprias autoridades, aplicando seus princípios, normas e procedimentos próprios. Nesse sentido, compete ao Tribunal Constitucional plurinacional resguardar a supremacia da Constituição, exercer controle de constitucionalidade e ainda resolver os conflitos de competência entre a jurisdição indígena, originária e campesina e a jurisdição ordinária e agroambiental⁹². O texto constitucional da Bolívia é, segundo R. Viciano Pastor e R. Martínez Dalmau:

*seguramente uno de los ejemplos más rotundos de transformación institucional que se ha experimentado en los últimos tiempos, por cuanto avanza hacia el Estado plurinacional, la simbiosis entre los valores poscoloniales y los indígenas, y crea el primer Tribunal Constitucional elegido directamente por los ciudadanos.*⁹³

Em contrapartida, Daniel Sarmiento destaca que a Constituição Brasileira de 1988 consagrou um sistema de jurisdição constitucional, ensejando um intenso fenômeno de judicialização da política, o que suscita grandes debates acerca dos limites da legitimidade democrática da atuação do Judiciário

Ela consagrou um amplo sistema de jurisdição constitucional, que pode ser deflagrado com muita facilidade, ensejando um intenso fenômeno de judicialização da política. Pelo arranjo adotado, que combina uma Constituição extensa e invasiva, com inúmeros instrumentos de controle de constitucionalidade, tornou-se difícil que alguma decisão política mais relevante deixe de ser submetida ao Judiciário, que muitas vezes decide contra as vontades dos demais poderes do Estado. Este fenômeno, que tem se tornado mais agudo nos últimos anos, vem suscitado questões complexas sobre os limites democráticos da atuação do Judiciário, uma vez que os seus membros não são eleitos, nem podem ser destituídos pelo voto popular, e muitas vezes decidem questões altamente controvertidas com base na exegese de cláusulas constitucionais vagas e abertas, que se sujeitam a diferentes interpretações.⁹⁴

candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.”

⁹¹ Constituição da Bolívia de 2009: “Art. 179: I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley. II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción.”

⁹² Constituição da Bolívia de 2009: “Art. 202: 11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.”

⁹³ VICIANO PASTOR, Roberto; DALMAU, Rúben Martínez. Presentación: **Aspectos generales del nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición.** p. 25-26. Disponível em: <https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-América-Latina.pdf?1352144011>.

⁹⁴ SARMENTO, Daniel. **21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a carta de 1988.** In DPU 30, pág. 33-34.

Nesse diapasão, Lênio Streck entende que o ativismo judicial não encontra guarida nas disposições legais, sendo, portanto, incompatível com o constitucionalismo democrático, em razão da imposição de aplicação da lei pelos juízes sempre que não a considerarem, no todo ou em parte, inconstitucional. Segundo o autor, a submissão do juiz à lei é um direito fundamental do cidadão.⁹⁵

Com efeito, a opção pelo mandato judicial combinada com a fixação de limite etário para os magistrados da Corte Superior parece a mais adequada em termos de pluralização e politização democrática do Judiciário. O modelo brasileiro⁹⁶, ao contrário, não é satisfatório, porque restringe a possibilidade de ingresso de novos atores neste cenário e, conseqüentemente, impede a renovação das ideologias desenvolvidas⁹⁷.

3.5. Referendo

O referendo constitui consulta pública para aprovação de uma emenda constitucional ou lei ordinária de relevante interesse social, usualmente, de caráter superveniente, ou, ainda, pode ser precedente à elaboração do projeto normativo, nomeado de referendo consultivo⁹⁸. Por conseguinte, o referendo inclui-se na classificação de mecanismo de democracia semidireta, em virtude da redução de deliberação social.

No Brasil, o referendo está previsto como instrumento de exercício da soberania popular, a teor do disposto no artigo 14 da CRFB/88⁹⁹. No entanto, a sua convocação depende de aprovação do Senado Federal, conforme o artigo 52, inciso XV. De igual modo, o artigo 3º da

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi; TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Pág. 34.

⁹⁶ A recente Emenda Constitucional nº 88/2015 ampliou o limite etário ao alterar a aposentadoria compulsória dos ministros da Suprema Corte Brasileira para setenta e cinco anos. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc88.htm. Acessado em 05/10/16.

⁹⁷ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Pluralizando as Cortes Superiores no Brasil: a Proposta do mandato para juízes**. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Ano XVII, Montevideo, 2011, pág. 523.

⁹⁸ Alguns autores distinguem referendo e plebiscito no aspecto temporal, sendo o plebiscito uma consulta prévia à população e o referendo, superveniente à elaboração de emenda ou lei. Por outro lado, há autores que não os distinguem, nomeando apenas o plebiscito de referendo consultivo. Neste feito, adota-se a indistinção entre ambos os institutos. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 24ª edição, 2003, pág. 53.

⁹⁹ Constituição Brasileira de 1988: “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I plebiscito; II referendo; III iniciativa popular.”

Lei nº 9.709/98 dispõe que o referendo será convocado mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional.

Paulo Bonavides defende que a regulamentação do artigo 14 pela Lei nº 9.709/98 e a atribuição ao Congresso Nacional para autorizar referendo e convocar plebiscito constituem duas grandes contradições no texto constitucional brasileiro. Sustenta, ainda, que a referida competência exclusiva dada ao Congresso, estatuída pelo artigo 49, XV, é um grande óbice à democracia participativa e totalmente eivada de inconstitucionalidade, uma vez que fere o princípio da soberania popular consagrado no artigo 1º da Carta Magna. Para tanto, o autor sugere a supressão do artigo 49, XV por emenda constitucional a fim de consagrar a preponderância da democracia participativa sobre a democracia representativa.¹⁰⁰

Por outro lado, a Constituição da Colômbia preceitua ser necessário referendo para a revogação de leis que resultem de projetos de iniciativa popular. Além disso, o referendo pode ser convocado para revogação de uma lei mediante dez por cento do eleitorado. Em algumas matérias de reforma constitucional, o referendo é obrigatório. Esse instrumento pode ser convocado pelo próprio povo.¹⁰¹

Conforme a Constituição da Venezuela, o referendo deve ser convocado em razão de matéria de especial transcendência nacional ou, ainda, paroquial, municipal e estadual. A revocatória de mandato também se dá mediante referendo. O próprio povo pode convocar o referendo.¹⁰²

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. **A Primeira emenda à Constituição por iniciativa popular**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224179>.

¹⁰¹ Constituição da Colômbia de 1991: “Art. 377: *Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.*”

O instituto do referendo foi recentemente usado na Colômbia (02/10/2016). O povo foi chamado para se posicionar em concordância ou discordância sobre o acordo final para o fim do conflito com as Farc e a construção de uma paz estável e duradoura. O resultado do referendo foi desfavorável ao acordo de paz. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-37526293>. Acessado em: 11/10/2016.

¹⁰² Constituição da Venezuela de 1999: “Art. 71: *Las materias de especial transcendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el Registro Civil y Electoral. También podrán ser sometidas a referendo consultivo las materias de especial transcendencia parroquial, municipal y estatal. La iniciativa le corresponde a la Junta Parroquial, al Concejo Municipal, o al*

O texto constitucional equatoriano possibilita o referendo para aprovação de lei ou ato administrativo. Se o Legislativo não apreciar, no prazo de um ano, uma proposta popular de reforma constitucional, cabe convocação de consulta popular. O referendo, ainda, pode ser utilizado para aprovação de tratado. A adoção de uma nova constituição exige o referendo.¹⁰³

Nos termos da Constituição da Bolívia, o referendo é previsto para revogação de mandato, bem como para a incorporação de tratados dependendo da temática, o qual, pode ser solicitado diretamente pelos cidadãos. Assim como, prevê o referendo para a conversão do município em autonomia indígena originária campesina. Para reformar a Constituição parcial ou totalmente, o referendo é obrigatório.¹⁰⁴

Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; al Alcalde o Alcaldesa, o al Gobernador o Gobernadora de Estado, o a un número no menor del diez por ciento del total de inscritos e inscritas en la circunscripción correspondiente, que lo soliciten..”

¹⁰³ Constituição do Equador de 2008: “Art. 420: *La ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República. La denuncia un tratado aprobado corresponderá a la Presidenta o Presidente de la República. En caso de denuncia de un tratado aprobado por la ciudadanía en referéndum se requerirá el mismo procedimiento que lo aprobó.*” Art. 441: “*La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará: 1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral (...)*”. Art. 442: “*La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional. La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates. El segundo debate se realizará al menos noventa días después del primero. El proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de los cuarenta y cinco días siguientes. Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación.*” Art. 444 *Op. Cit.*

¹⁰⁴ Constituição da Bolívia de 2009: Art. 257: “*I. Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley. II. Requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen: 1. Cuestiones limítrofes. 2. Integración monetaria. 3. Integración económica estructural. 4. Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración.*” Art. 259: “*I. Cualquier tratado internacional requerirá de aprobación mediante referendo popular cuando así lo solicite el cinco por ciento de los ciudadanos registrados en el padrón electoral, o el treinta y cinco por ciento de los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Estas iniciativas podrán utilizarse también para solicitar al Órgano Ejecutivo la suscripción de un tratado. II. El anuncio de convocatoria a referendo suspenderá, de acuerdo a los plazos establecidos por la ley, el proceso de ratificación del tratado internacional hasta la obtención del resultado.*” Art. 294: “*I. La decisión de constituir una autonomía indígena originario campesina se adoptará de acuerdo a las normas y procedimientos de consulta, conforme a los requisitos y condiciones establecidos por la Constitución y la ley. II. La decisión de convertir un municipio en autonomía indígena originario campesina se adoptará mediante referendo conforme a los requisitos y condiciones establecidos por ley.*” Art. 411: “*I. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se*

4. CONCLUSÃO

A ideia de supremacia da constituição sobre todo o ordenamento jurídico, especialmente a sua concepção normativa, além da dimensão de carta política é relativamente recente na história do mundo ocidental. A fundação do Estado Democrático de Direito só é possível ser reconhecida no século XX pós-guerra, quando se erigem as discussões sobre fonte do poder, procedimento de decisão e conteúdo das obrigações em seus aspectos negativos e positivos dos órgãos de poder: questiona-se a legitimidade do poder e a representação política. O Estado erigido nesse âmbito exige, ao menos, três esferas de limitação do poder, na vertente material, pela presença de valores básicos e direitos fundamentais; orgânica, pela divisão em três poderes autônomos, independentes e com controle recíproco e, processual, ante a necessidade de observação do devido processo legal pelos órgãos do poder.

A aproximação entre constitucionalismo e democracia capaz de reorganizar a política e constituir o Estado Democrático de Direito deu-se no período pós-guerra, como reação a regimes políticos autoritários. Nesse contexto, introduziu-se valores morais compartilhados pela sociedade através de princípios. Esse fenômeno constitucional foi denominado de neoconstitucionalismo, apesar de carecer de unidade teórica, destacam-se algumas características comuns a diversos autores, tais como a) distinção entre princípios e regras; b) adoção da ponderação como teoria argumentativa em detrimento da subsunção; c) subordinação de todo o ordenamento jurídico às normas constitucionais; e, d) defesa da interpretação criativa dos juízes, figurando como legisladores negativos.

Observa-se que esse paradigma constitucional priorizou a supremacia formal da constituição no ordenamento jurídico, sem valorar se a origem do texto constitucional deu-se em moldes democráticos, ou seja, não foi objeto de análise o contexto político, as condições históricas, a natureza jurídica das assembleias constituintes na gênese das constituições antes de elevá-las ao topo na hierarquia das fontes do direito. Além disso, como bem sublinhado por Luigi Ferrajoli, a defendida técnica argumentativa da ponderação tem duplo prejuízo: amplia o poder discricionário dos magistrados na aplicação da constituição, funcionando como um poder

realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.”

de criação, como legislador negativo, o que viola a separação de poderes, base da organização do Estado Democrático de Direito e carece de legitimidade democrática; bem como eleva a jurisprudência como fonte do Direito e esvazia a normatividade da constituição e sua consequente aplicação.

Por outro lado, a América do Sul passou por um período recente de reconstitucionalização após regimes autoritários que ensejaram a defesa de um novo momento do constitucionalismo, que não se confunde com o neoconstitucionalismo. De acordo com Dalmau e Pastor, esse novo constitucionalismo mantém a necessidade de constitucionalização do ordenamento jurídico com o mesmo rigor que a concepção constitucional precedente. Contudo, dela se difere, porque preocupa-se com a legitimidade democrática da constituição antes da dimensão jurídica, tendo em vista que concebe a constituição como fonte do poder por manifestar a vontade soberana constituinte. Destacam, nesse âmbito, que o primeiro elemento marcante do novo paradigma é o processo constituinte legitimamente democrático. Dentro os elementos materiais comum às novas constituições, há a intensa presença nos textos de mecanismos de participação popular que legitimem e controlem o poder constituído.

No entanto, dentre os países da América do Sul, é possível perceber que a participação popular não é um elemento novo, tampouco exclusivo nas constituições: alguns países, como o Uruguai, já prevê elementos que assegurem a vontade popular. Com efeito, ainda assim, é inegável que essas manifestações constitucionais mais recentes aprimoram e recuperam a soberania popular com a refundação do estado, especialmente, no cotejo analítico realizado entre Brasil, Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia. Assim, a proposta de um Constitucionalismo Sul-Americano deve prosperar como instrumento para proporcionar a integração da região, bem como aprimorar as democracias constitucionais.

Nesse sentido, adotou-se a concepção de democracia constitucional, através do reconhecimento da igualdade como pressuposto comum à ambos, na ideia de que todas as pessoas necessitam de iguais condições e respeito aos direitos fundamentais, bem como estruturas de decisão democrática apta a garantir o mesmo valor às opiniões. Assim, admite-se que a democracia só se realiza mediante a presença de determinadas condições jurídicas, quais sejam os princípios e regras estabelecidas pela constituição: o constitucionalismo organiza o processo democrático por meio de limites a ele impostos. Para isso, aposta-se em constituições rígidas que vinculem e submetem todos os poderes, enquanto que constituídos, a fim de

assegurar a vontade do poder constituinte manifesta. Em suma, o conceito de constitucionalismo apenas como limitador da soberania popular e do auto governo é substituído por uma fórmula democrática, por meio da qual o poder constituinte se expressa e se mantém. Em termos estruturais, a democracia é resguardada pela constituição.¹⁰⁵

A história constitucional brasileira é marcada por regulamentações, desde do Império ao regime militar de 1964, por elites locais em detrimento da autenticidade através de movimentos populares, emancipação dos povos, ou, ainda reorganização do espaço público com cidadania e democracia. Indubitavelmente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a mais avançada e democrática, especialmente quanto a previsão de direitos e garantias fundamentais, marcando, de certa forma, o período de redemocratização do país. Contudo, há de se observar, que a reorganização do espaço público não se deu por meio de legitimidade democrática, com ampla participação social. Desde os trabalhos constituintes, que antecedem a promulgação da constituição, nota-se a marginalização de previsão de mecanismos de participação popular no texto constitucional.

Alinha-se, neste feito, ao entendimento de que a Assembleia Constituinte Brasileira de 1987-1988 não pode ser considerada poder constituinte tipicamente originário, mas possui natureza jurídica de reforma à Constituição Brasileira de 1967, por meio da Emenda Constitucional nº 26/85, a qual delimitou os moldes e limites dos trabalhos constituintes, inclusive em relação à composição da assembleia, a qual, de fato, foi a transformação do Congresso Nacional ordinário (sob a égide da Constituição de 1967) com atribuições de Assembleia Nacional Constituinte, bem como recepcionou a Lei de Anistia de 1979 à nova ordem constitucional erigida a partir da Constituição da República Federativa de 1988. A previsão de limites a assembleia constitui violações a teoria clássica do Poder Constituinte.

¹⁰⁵ “Así, democracia -como cuestión de procedimiento- queda conectada con la idea de que no hay otro titular del poder constituyente más que el pueblo, porque democracia es gobierno ejercido en nombre del pueblo. Desde esta perspectiva, la soberanía viene de abajo, de los individuos que, en tanto ciudadanos, componen el pueblo. Segundo, postular que la Constitución Nacional es el cauce de un poder democrático renovado intergeneracionalmente, no constituye una cuestión lingüística ni de buenos modales. El concepto de poder constituyente tiene una vital relevancia práctica. Dentro de este contexto, si la democracia necesita ser protegida por la Constitución, se analiza desde el punto de vista estructural cómo resuelve el propio sistema constitucional argentino sus pretensiones de inmanencia y trascendencia por intermedio de las garantías, elementos previstos para el respaldo de sus reglas. Tercero, si el análisis de la colección de partes de la Constitución evidencia que la interpretación -vía control judicial de constitucionalidad- y la reforma son piezas insustituibles para su mantenimiento y/o cambio, es pertinente describir los mecanismos que hacen funcionar estos elementos.” FERREYRA, Raúl Gustavo. **Poder, democracia y configuración constitucional**. Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, [S.l.], jan. 2004. ISSN 2448-4881. Disponible en: <http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5709/7478>.

Além disso, não houve referendo popular para aprovação do texto, para lhe conceder legitimidade democrática e viabilidade política.

Por outro lado, diferente foram os processos constituintes inseridos na doutrina do *nuevo constitucionalismo latino-americano*, a qual pretende demonstrar que há dois evidentes objetivos nas assembleias constituintes da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia, quais sejam: recuperar e adequar o conceito de poder constituinte democrático e solucionar os problemas de legitimidade do sistema constitucional social. Para tanto, entendem que a supremacia da constituição em dado ordenamento jurídico só pode ser consagrada quando a origem do processo constituinte for democrática, através de iniciativa popular de ativação, o exercício desse poder fundante por meio de uma assembleia constituinte participativa e plural, bem como pela aprovação direta do texto constitucional pelo povo sob consulta popular. A preocupação desse novo paradigma é a recuperação da legitimidade democrática da constituição, contrapondo-se ao neoconstitucionalismo, como vertente teórica obstinada a valorar a constituição, cuja análise limita-se a dimensão positiva da constituição, sem a necessidade de averiguar as condições de legitimidade democrática e como a vontade constituinte foi transladada à vontade constituída.

As constituições inseridas nesse marco teórico apostam no fortalecimento da organização popular com instituições paralelas de controle do poder público para que a legitimidade política seja mantida e, conseqüentemente, a vontade soberana do povo, por isso promulgaram constituições rígidas e preveem mecanismos de participação popular como forma de controlar o poder delegado aos representantes, assentados no modelo de democracia representativa participativa, pelo qual, o povo é chamado por diversas vezes a legitimar as decisões durante os mandatos. Em contrapartida, o caso brasileiro destoa dessa sistemática, em que pese todos os países sob análise, tenham adotado a forma de governo presidencialista. Pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os mecanismos de controle foram delegados ao Congresso Nacional, inclusive a iniciativa para consultas populares, o que subverte a participação popular, consagrou-se a democracia representativa em detrimento da participativa. É forçoso concluir que o Brasil, em comparação com essas constituições, está mais próximo do que a doutrina nomeia de neoconstitucionalismo, tendo em vista a resistência hostil à participação popular no seu texto constitucional de 1988.

O Brasil, como elucidado por Paulo Bonavides, padece de crise constituinte¹⁰⁶, quando o Poder Constituinte, com manifestação insuficiente, tanto de reforma, como de elaboração, não prestou a resolver as mazelas sociais e reorganizar as instituições. No mesmo sentido, Gilberto Bercovici entende que a crise constituinte brasileira está estritamente ligada aos bloqueios à manifestação da soberania popular plena¹⁰⁷, desde os trabalhos constituintes até a consolidação da democracia constitucional.

Por fim, é forçoso concluir que a ausência de mecanismos de participação popular direta e semi-direta é um problema no sistema constitucional brasileiro em comparação com os textos constitucionais no marco do “*nuevo constitucionalismo latino americano*”, mas é possível justificar um diálogo institucional entre os países. O método comparativo e descritivo utilizado é um meio para perceber as experiências e dilemas constitucionais comuns. É preciso estimular as reflexões para materialização de um projeto constituinte que busque tutelar a vontade soberana do povo e processo democrático legítimo.

¹⁰⁶ “A crise constituinte tem sido aliás desde as origens do Estado brasileiro a crise que ainda não se resolveu.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008. Pág. 383-384.

¹⁰⁷ “O problema central, ignorado pela maior parte de nossos doutrinadores, é o fato de que a soberania brasileira, como soberania de um Estado periférico, é uma soberania bloqueada, ou seja, enfrenta severas restrições externas e internas que a impedem de se manifestar em toda sua plenitude. (...) em verdade, jamais tivemos uma Assembleia Nacional Constituinte, dotada de liberdade, exclusividade e plenitude de poderes, pelo menos daqueles com que a teoria revolucionária do século XVIII sempre armara esses parlamentos, a fim de que, providos da suprema vontade da Nação, pudessem refazer as instituições desde os seus fundamentos.” BERCOVICI, Gilberto. **O Poder Constituinte do Povo no Brasil: Um Roteiro de Pesquisa sobre a Crise Constituinte**. Lua Nova, São Paulo, 88: 305-325, 2013.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência**. Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), nº 17, Salvador, Instituto de Direito Público, jan-mar., 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/neoconstitucionalismo-entre-a-ciencia-do-direito-e-o-direito-da-ciencia>

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle de políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7ª Edição, São Paulo, Renovar, 2003.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, mar-maio 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a construção do Novo Modelo**. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **O Poder Constituinte do Povo no Brasil: Um Roteiro de Pesquisa sobre a Crise Constituinte**. Lua Nova, São Paulo, 88: 305-325, 2013.

BOLÍVIA. Constituição, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição, 1998.

BRASIL. Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2000.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e democracia. Soberania e Poder Constituinte**. Revista Direito GV. São Paulo 6 (1), pág. 159-174, jan-jun 2010.

COLÔMBIA. Constituição, 1991.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico**. Traducción de Miguel Carbonell, 2002. Disponível em: <file:///C:/Users/Membro/Downloads/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0.pdf>

COSTA, Almedina; SOARES, Ehrhardt; PORTO, Castanheira Neves Lopes; COSTA, Faria. **O Referendo**. *Stydia ivridica 30, Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Editora Coimbra, 1998. Pág. 79-83.

CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. **La Posición Jerárquica del Derecho Humanos em Las Constituciones Sudamericanas**. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/context/cont/5/cnt/cnt7.pdf>

_____. **Reforma Constitucional e Participação Popular nas Constituições da América do Sul**. Disponível em: <http://campusvirtual.contraloria.gov.co/campus/memorias/derConstitu/CarolinaMachadoCyrillo.pdf>.

_____. **¿Poder Constituyente Originario en la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988?** Texto cedido pela autora.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 24ª edição, 2003.

DALMAU, Rúben Martínez. **Assembleas Constituintes e Novo Constitucionalismo em América Latina**. 2008. Pág. 8. Disponível em: http://www.igadi.org/te/pdf/te_se17/te29_17_005_ruben_martinez_dalmau.pdf.

_____. **El proceso constituyente: la activación de la soberanía**. In: ERREJÓ, Íñigo; SERRANO, Alfredo (Coords.). **Ahora es cuándo carajo!: Del asalto a la transformación del Estado en Bolívia**. Espanã: El Viejo Topo edición, 2011b.

_____, e PASTOR, Roberto Viciano. **¿Se Puede hablar de un nuevo constitucionalismo latino-americano como corriente doctrinal sistematizada?** Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>

_____. **La Constitución Democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo.** Disponível em: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr048/2.pdf>

_____, **Fundamentos Teóricos y Prácticos del Nuevo Constitucionalismo latinoamericano.** In Gaceta Constitucional n° 48. Disponível em: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/GC%2048%20%20Roberto%20VICIANO%20y%20Ruben%20MARTINEZ.pdf>.

_____. **Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional.** In: IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., n° 25, 2010, pp 7-29, Puebla, México. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222977001.pdf>.

_____. Apresentação: **Aspectos generales del nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.** In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. Disponível em: <https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011>.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição.** São Paulo: Landy Editora, 2006. Pág. 77.

EQUADOR. Constituição, 2008.

FERNANDES, Eric Baracho Dore e FERREIRA, Siddharta Legale. **O Controle Jurisdicional das Omissões Legislativas no Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Um Estudo Comparado entre Brasil e Colômbia.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f9fd2624beefbc78>

FERRAJOLI, Luigi. **Positivismo Crítico, Derechos y democracia.** 2001. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142294.pdf>.

_____; TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo.** Tradução de André Karam Trindade. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>.

FERREYRA, Raúl Gustavo. **Manuscrito sobre una Procura de Paz em Colombia. Nuevos Paradigmas de Las Ciencias Sociales Latinoamericanas.** ISSN 2346-0377. Vol. VI, nº12, Julio-diciembre, 2015. Disponible em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/04/doctrina43163.pdf>

_____. **Patología del proceso de reforma. Sobre la inconstitucionalidad de una enmienda en el sistema constitucional de la Argentina.** In Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, tomo VIII, cap. XXVI, México, D.F, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, 2008. Disponible em: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/31.pdf>.

_____. **Poder, democracia y configuración constitucional.** Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, [S.l.], jan 2004. ISSN 2448-4881. Disponible en: <http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5709/7478>.

GARGARELLA, Roberto. **Constitucionalismo vs. Democracia.** Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/11.pdf>.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Reflexões sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano.** R. Fac. Dir. UFG, v. 39, n.2, p. 88-113, jul./dez. 2015.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Pluralizando as Cortes Superiores no Brasil: a Proposta do mandato para juízes.** In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XVII, Montevideo, 2011, pág. 503-525. Disponible em: <http://www2.tjdft.jus.br/imp/docImp/artigos/artigo.pdf>.

RIGOYEN FARJADO, Raquel. **Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista.** 2008. Disponible em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3740/15.pdf>.

SARMENTO, Daniel. **21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988.** Assunto Especial – Doutrina, DPU nº30 – Nov/Dez/2009.

_____, e SOUZA, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, José Afonso da Silva. **Poder Constituinte e Poder Popular.** Estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2011.

VENEZUELA. Constituição, 1999.

VIEIRA, José Ribas. **Refundar o Estado: O Novo Constitucionalismo Latino-Americano**. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/24243799-UFRJ-Novo-Constitucionalismo-Latino-Americano.pdf?1352144063>.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina**. Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional, p. 143-155. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>.

_____. MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo Latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.