

**XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI GOIÂNIA – GO**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ERIBERTO FRANCISCO BEVILAQUA MARIN

FERNANDO LOBO LEMES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente **Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriitba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara

Eriberto Francisco Bevilaqua Marin

Fernando Lobo Lemes – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-766-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I, durante o XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Goiânia-GO, de 19 a 21 de junho de 2019, sob o tema geral: “Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”, evento realizado em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Foram parceiros a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, a Escola Superior da Advocacia - OAB-GO, o Centro de Formação Jurídica da PGE-GO e a Universidade de Rio Verde (UniRV) e apoiadores o Centro Universitário de Goiás (UniAnhanguera), a Faculdade Sensus, a Faculdade Evangélica Raízes e o Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica).

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional, dos reflexos do constitucionalismo na atuação do Poder Judiciário e dos órgãos relacionados às funções essenciais à justiça e da discussão sobre a própria democracia.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 21 (vinte e um) artigos ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo intitulado “A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA RELEITURA GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA NOVA HERMENÊUTICA”, as doutorandas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI-SC Mariana Faria Filard e Maria Lenir Rodrigues Pinheiro propõem uma releitura garantista da Constituição Federal, apontando a relevância de se proceder a uma nova hermenêutica constitucional no tocante à aplicação dos princípios e garantias fundamentais no âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Buscaram, com o trabalho, uma abordagem

crítica da temática, conferindo dinamicidade ao Direito por meio da defesa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada quanto à fase de investigação foi o método indutivo, na fase de tratamento dos dados o cartesiano, com as técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento, conforme diretrizes metodológicas para a concretização dos objetivos.

Em “A DEMOCRACIA BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DA SUA INTERVENÇÃO NAS FUNÇÕES TÍPICAS DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO”, o casal de pesquisadores Delfim Bernardes e Joana Cristina Paulino Bernardes ressaltaram que a integração da Ciência Política nos dias atuais é de uma importância ímpar no nosso ordenamento jurídico, trazendo novas diretrizes, em especial uma nova maneira de observar a democracia. Partindo de uma análise histórica da tripartição das funções clássicas do Estado, o conceito de democracia foi investigado sob a ótica da outorga de poder do povo aos representantes. Também está presente no artigo o tema da judicialização e o ativismo judicial no sistema democrático brasileiro, em que o Judiciário interpreta a aplicação da norma existente sem invadir a esfera de competência dos demais Poderes. Foi utilizado o método indutivo-dedutivo e revisão bibliográfica.

Por sua vez, Ridivan Clairefont de Souza Mello Neto, mestrando pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA), e o pesquisador do mesmo Estado Renan Azevedo Santos, na pesquisa chamada “A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELAÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL”, investigaram em que medida a ampliação da jurisdição constitucional implica ou não em aprofundamento do ativismo judicial. Partiram de uma análise qualitativa bibliográfica centrada em comentadores do tema, avaliando a relação entre os mecanismos de controle constitucional e o processo de judicialização da política. Analisaram também, à luz de determinadas visões de democracia, a legitimidade ou não da atuação judicial em casos essencialmente políticos. Por conclusão, entenderam que a ampliação da jurisdição constitucional possibilitou expansão da atuação judicial, atuação esta que dependerá do papel que se atribui a cada um dos poderes, a depender da visão do fenômeno democrático.

Em mais um trabalho desta coletânea, foi analisada a Emenda Constitucional nº 95, que instituiu o Novo Regime Fiscal de congelamento dos gastos públicos. O objetivo principal foi analisar se o texto legal configura norma jurídica de efeito placebo. O estudo é delineado por pesquisa bibliográfica e documental e o método de abordagem o indutivo. A análise do conteúdo da norma que fixou o teto dos gastos públicos e da justificativa apresentada pelo autor do projeto, com a constatação relativa aos resultados parciais, desde a vigência dessa norma, induzem à conclusão de que a Emenda Constitucional do teto dos gastos públicos é

placebo jurídico. A pesquisa denomina-se “A EMENDA CONSTITUCIONAL DO TETO DOS GASTOS PÚBLICOS É PLACEBO JURÍDICO” e foi realizada por João Hélio Ferreira Pes, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Já na investigação científica “A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR DA SOCIEDADE”, Gregorio Menzel, mestrando pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, e Clayton Reis, seu Professor e membro do corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito pela mesma instituição, abordaram o conceito de função social da empresa, trabalhando a sua origem, seu regramento constitucional e as principais vertentes de interpretação da função social da empresa. Conferiram especial enfoque em perceber a empresa como um elemento transformador da sociedade, de forma a promover a justiça social.

De Minas Gerais veio o trabalho “A SEPARAÇÃO DE PODERES: A AUTONOMIA DO PODER LEGISLATIVO E A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO”, escrito pelo Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, e o mestrando Reinaldo Caixeta Machado. O artigo faz uma análise da legitimidade legiferante do Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que dá relevo à matéria ambiental. Em contraponto, traz o limite razoável de distanciamento do judiciário na implantação de políticas públicas ambientais. Como resultado, verificaram que, nas questões de cunho ambiental, nem sempre o judiciário está apto a fazer uma análise adequada do tema. No entanto, a razoabilidade mostrará quando deverá ser mantida a posição do judiciário relativamente às questões voltadas para a normatização de políticas públicas na proteção do meio ambiente. Valeram-se do método de raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Marcos Augusto Maliska, Professor Adjunto de Direito Constitucional do Programa de Mestrado em Direito do UniBrasil Centro Universitário, em Curitiba, e o Professor Hewerston Humenhuk, mestre em Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina, desenvolveram o instigante trabalho de pesquisa intitulado “AUTORITARISMO JUDICIAL”. Nele, afirmam que o movimento de “Lei e Ordem” deslocou o Poder Judiciário de uma perspectiva garantista para outra, de natureza punitivista, incorporando dois objetivos institucionais: os combates à corrupção na administração pública e à criminalidade em geral. O deslocamento da ideia de um juiz vinculado à lei, para um juiz comprometido com a efetividade da Constituição, levou ao voluntarismo jurisprudencial, caracterizado pela existência de decisões judiciais sem qualquer preocupação com a coerência e a integridade inerentes ao chamado direito

jurisprudencial. A combinação entre a incorporação de objetivos institucionais de moralização e ordem, e o voluntarismo jurisprudencial, degenerou em autoritarismo judicial.

A seu turno, no trabalho “DEMOCRACIA E AUTONOMIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA QUE VIVEM EM CONDIÇÃO DE ASILAMENTO”, objetivou-se lançar luzes no estudo da inclusão social das pessoas com deficiências que vivem em condições de asilamento, sob a ótica da perspectiva democrática e da teoria dos custos dos direitos. Este estudo buscou investigar como pode o Poder Executivo materializar a democracia para as pessoas com deficiência asiladas. Lucas Emanuel Ricci Dantas, Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, e o Professor Ricardo Pinha Alonso, das Faculdades Integradas de Ourinhos, autores do texto, utilizaram, como análise comparativa, a história do Hospital Psiquiátrico de Barbacena-MG e o relatório internacional da ONG Human Rights Watch, cuja denominação é “Eles ficam até morrer”. Para o presente trabalho valeram-se de uma metodologia indutiva, com pesquisa bibliográfica, em livros, teses, dissertações e periódicos.

Em “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SUAS LIMITAÇÕES EM ESTADO DE EXCEÇÃO”, Laísa Fernanda Campidelli e Isabela Fernanda dos Santos Andrade Amaral, mestradas em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, abordaram, de forma qualitativa e explicativa, o conceito de direitos fundamentais, estado de exceção e estado de sítio. Realiza considerações sobre o desenvolvimento histórico, conceituação, importância e terminologia dos direitos fundamentais. Procederam à caracterização do estado de exceção, observando a teoria da necessidade, trazendo a discussão para o âmbito nacional, tratando sobre o estado de sítio, com suas condições, previsões e controle previstos constitucionalmente. Concluíram que o ordenamento jurídico que nasce para limitar o Estado, passa a legislar a favor deste, fornecendo instrumentos que o ajudam a atingir seus interesses, dando margem a abusos.

O artigo seguinte da lista rediscute, a partir das teorias da hegemonia de Chantal Mouffe e dos diálogos institucionais de Mark Tushnet, os fenômenos da judicialização da política (o político invadindo “indevidamente” o jurídico) e do ativismo judicial (o jurídico invadindo “indevidamente” o político). Também contesta a concepção usual de que o judiciário teria a “última palavra” na interpretação jurídica e defende uma maior proteção da democracia, pois é esta, não o judiciário, que, em última instância, protege os direitos. Concluindo que, para sua maior legitimidade e eficiência, deve então o Poder Judiciário receber novos influxos democráticos e estar sujeito a maior accountability, o doutorando em Direito pela

Universidade Federal de Minas Gerais Daniel dos Santos Rodrigues encerra a excelente pesquisa “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA – UMA ANÁLISE A PARTIR DE CHANTAL MOUFFE E MARK TUSHNET”.

No que lhe concerne, a pesquisa “NEOCONSTITUCIONALISMO: RISCOS DEMOCRÁTICOS DA IDEOLOGIA QUE DOMINOU O DIREITO BRASILEIRO”, do mestre em Direitos Fundamentais na Universidade de Lisboa Raineri Ramos Ramalho de Castro, dispõe que apesar de dominar a cultura jurídica brasileira, não se sabe exatamente o que o neoconstitucionalismo é ou quais mudanças traz para o Estado democrático. Ao estudar os ensinamentos de diferentes autores neoconstitucionalistas, analisar suas concepções e compará-las às posições constitucionalistas tradicionais, o pesquisador concluiu que o neoconstitucionalismo nada mais é do que uma ideologia que estimula imenso ativismo judicial com a justificativa de proteger os direitos fundamentais. No entanto, para ele, o que o neoconstitucionalismo realmente faz é prejudicar a separação de poderes, promover a juristocracia e prejudicar severamente as proteções constitucionais elaboradas para assegurar o gozo dos direitos fundamentais, consequentemente fragilizando a democracia.

Elaborado por Andréia Garcia Martin, Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais, no trabalho científico chamado “O ARRANJO INSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COM VISTAS À INCLUSÃO SOCIAL” é defendida a ideia de que o Estado Democrático de Direito inaugurado na Constituição Federal de 1988 evidenciou valores fundamentais sobre o tema, atuando como parâmetro das instituições estatais. Para a pesquisadora, a democracia permeada na Constituição apresenta-se numa dupla acepção: representativa e participativa. Assim, a finalidade de efetivar o direito fundamental à acessibilidade das pessoas com deficiência, neste estudo, buscou fomentar a participação nos processos de decisão política, na elaboração de políticas públicas deste seguimento, uma vez que a abertura ao diálogo e à participação deste grupo permite o alcance de sua inclusão social.

Mestre em Direito - UNIMEP/SP, Tamires Gomes da Silva Castiglioni e Everton Silva Santos, Professor da Faculdade de Americana-SP, analisaram o caso mais emblemático sobre “discurso de ódio” julgado pelo STF: o HC 82.424-2, caso “Ellvanger”. O principal tema tratado nesse julgamento foi o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à dignidade da pessoa humana, que prevaleceu na decisão. Já o RHC 134.682, caso “Abib” houve a mesma discussão de conflitos constitucionais, prevalecendo o direito à liberdade de expressão. Diante de tal discrepância, foram analisadas as vertentes que possibilitaram que dois casos semelhantes tivessem decisões distintas sob a ótica do princípio da

proporcionalidade. A interessante investigação tem o título “O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA: UM ESTUDO SOBRE O HC 82.424-2/RS- O CASO ELLWANGER E O RHC 134.682/BA- O CASO ABIB”.

No artigo “O DISCURSO DO ÓDIO NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS: DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU VIOLAÇÃO À DEMOCRACIA?”, a liberdade de expressão é tratada como um valor primordial para todas as sociedades democráticas. À medida que a manifestação proferida por aquele indivíduo venha a ser invocada para violar outros direitos, faz-se necessário uma atuação estatal para coibir esse abuso de direito e manter a ordem pública. Na pesquisa, elaborada pelo Professor da Universidade Federal de Sergipe Lucas Gonçalves da Silva e por Carla Vanessa Prado Nascimento Santos, da Universidade Cândido Mendes, utilizou-se o método dedutivo e bibliográfico, para restar comprovado que esses limites não visam tolher a liberdade de manifestação de pensamento, mas, sim, proteger a ordem da sociedade pluralista em que vivemos, pois o Estado não pode ser condizente ou omissivo diante de discursos que ferem direitos de outras pessoas.

Já no interessante trabalho “OS ARGUMENTOS RELIGIOSOS NA ESFERA PÚBLICA”, Rafael Esteves Cardoso, mestre pela Universidade Católica de Petrópolis, e Catarina Cruz Salles, mestranda em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, investigaram o espaço e a valia dos argumentos religiosos na esfera pública, para a colaboração na formação e desenvolvimento de objetivos comuns em uma sociedade. Inicialmente, analisaram a perspectiva liberal de Ronald Dworkin, com foco para as responsabilidades individuais na solidificação dos valores democráticos. Em contraposição, foram avaliadas as propostas de Charles Taylor, segundo o qual é possível, e de certo modo inevitável, a inserção de argumentos religiosos nos debates públicos e na delimitação dos destinos compartilhados pelos membros de um determinado grupo social. A pesquisa foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica direta.

O Professor Emanuel de Melo Ferreira, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, em “OS LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL PREVENTIVO – UMA DEFESA DE SUA TOTAL PROSCRIÇÃO EM FACE DOS PROJETOS DE LEI”, analisou os limites do controle de constitucionalidade judicial preventivo, defendendo a inconstitucionalidade de qualquer forma de controle sobre os projetos de lei. A questão central do texto, assim, pode ser formulada dessa maneira: a Constituição Federal admite que o controle judicial preventivo tenha como objeto de controle

um projeto de lei, mesmo que se busque efetivar um controle meramente formal? A pesquisa refere-se, assim, à separação e poderes no bojo do processo constitucional, devendo ser analisada a partir de autores que levam à relação entre direito e política a sério.

No artigo “PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REFORMA CONSTITUCIONAL”, Marcelo Negri Soares, do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar, e o mestrando da mesma instituição Raphael Farias Martins, estudaram a passagem do homem do estado de natureza ao estado constitucional. Apresentaram a forma do nascimento de uma Constituição e como esta norma de fundamental importância pode ser alterada. Analisaram, ainda, o princípio da soberania popular, bem como verificaram se o povo pode requerer a modificação do texto constitucional, sendo ele o titular de todo poder.

Letícia da Silva Almeida, da Faculdade Pitágoras, e o pesquisador Danilo Felício Gonçalves Ferreira, em “POR UMA REFLEXÃO A RESPEITO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY, PELA PERSPECTIVA DO ART. 37 CAPUT DA CR/88”, traçaram considerações a respeito do conceito de norma, princípio e regra de Robert Alexy, com fim de buscar construir um conceito mais afunilado sobre o que seria princípio e regra, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo parecendo já ser pacíficas constatações, esse tema é de relevância extrema, uma vez que, a cada dia, se enfrenta mais o problema do pan-principiologismo. Para tanto, a conceituação proposta acarreta em considerações acerca do art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil. Utilizou-se o método científico dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica.

A seu turno, na pesquisa “REFLEXÕES SOBRE AS REGRAS CONSTITUCIONAIS DA COMUNICAÇÃO NA BOLÍVIA, VENEZUELA, MÉXICO E BRASIL”, Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli, Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, e a Professora Michelle Asato Junqueira, da mesma instituição, ressaltam que a liberdade de expressão é um direito humano que além de garantir o pensar livremente é um baluarte da democracia. Analisaram a disposição específica da liberdade de expressão de quatro países da América Latina, sendo dois deles países com grupos de comunicação mundialmente relevantes (Brasil e México) e dois países bolivarianistas (Venezuela e a Bolívia) e o ambiente em que se inserem. Para o objetivo proposto realizaram uma análise bibliográfica e legislativa da previsão constitucional dos países mencionados, sob o método descritivo, de análise qualitativa para a produção acadêmica e quantitativa para as Constituições.

Letícia Alonso do Espírito Santo, mestre pela Universidade Federal de Juiz de Fora, na pesquisa “UMA LEITURA PÓS-POSITIVISTA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE”,

analisou o posicionamento do Princípio da Publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, sua origem e recepção. O trabalho apresenta uma análise introdutória à temática, pretendendo verificar o âmbito de criação da denominada Lei de Acesso à Informação e sua decorrência direta do clamor social por maior transparência dos atos públicos. As nuances do sistema legal de acesso foram introduzidas pela Constituição e consolidados na Lei nº 12.527/2011, sob uma perspectiva de valores fundamentais, que rompem com a institucionalização da exceção e do segredo no âmbito dos atos administrativos.

Por fim, em “UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS”, o Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná Eliezer Gomes Da Silva e a mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná Simone Valadão Costa e Tressa, a partir das problemáticas de hermenêutica e mutação constitucional, apresentaram um novo olhar sobre o princípio da separação de poderes, notadamente em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADPF nº 347 que consagrou a aplicação, no Brasil, da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, criada pela jurisprudência constitucional colombiana. Sob tais parâmetros, o artigo discutiu a necessidade de reformulação da interpretação do princípio da separação de poderes, abordando o estudo do compromisso significativo e a teoria dos diálogos institucionais.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores

Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin – UFG

Prof. Dr. Fernando Lobo Lemes - Faculdade Raízes

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REFORMA CONSTITUCIONAL

POPULAR PARTICIPATION IN CONSTITUTIONAL REFORM

Marcelo Negri Soares ¹
Raphael Farias Martins ²

Resumo

Este trabalho aborda o estudo da passagem do homem do estado de natureza ao estado constitucional. Apresenta a forma do nascimento de uma Constituição e como esta norma de fundamental importância pode ser alterada. Analisa o princípio da soberania popular. Verifica se o povo pode requerer a modificação do texto constitucional, sendo ele o titular de todo poder.

Palavras-chave: Estado de natureza, Estado constitucional, Poder constituinte, Soberania popular, Iniciativa popular emenda à constituição

Abstract/Resumen/Résumé

This work approaches the passage of man from the state of nature to the constitutional state. It presents the form of the birth of a Constitution and how this norm of fundamental importance can be modified. It analyzes the principle of popular sovereignty. It verifies that the people can request the modification of the constitutional text, being he the holder of all power.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State of nature, Constitutional state, Constituent power, Popular sovereignty, Popular initiative amendment to the constitution

¹ Pós-Doutorado pela Uninove/SP (2017). Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2013). Mestre pela PUC-SP (2005). E-mail: negri@negrisoares.com.br

² Mestrando em Ciências Jurídica pelo UNICESUMAR – Centro Universitário de Maringá, especialista em Direito Processual Civil pelo UNIBRASIL – Centro Universitário Autônomo do Brasil (2009). E-mail: raphael@martinsvieira.adv.br

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a ruptura do estado de natureza em que o homem vivia de guerra de todos contra todos até o advento do estado constitucional.

Demonstrará a ruptura da ordem social, política e jurídica causada pela Revolução Americana e Francesa, que ocasionou no afastamento do Estado nas relações entre os particulares e o surgimento da teoria da soberania popular.

Princípio da soberania popular que foi positivado na Carta Magna de 1988 no artigo 1º, parágrafo único, que assevera que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Emanando do povo todo o poder, qual a forma de manifestação deste poder? Poderá o povo propor Emenda a sua lei maior? Acerca desta indagação debruçasse o presente trabalho, abordando as normas constitucionais, o entendimento doutrinário e do Supremo Tribunal Federal.

O presente estudo se justifica pela contribuição acadêmica acerca do tema relevante que possui vastas possibilidades para pesquisa dos seus aspectos jurídicos e sociais, os quais, naturalmente, não serão exauridos no presente trabalho, em geral, para a reflexão de juristas que possuem interesse em se aprofundar ao tema proposto, para tanto será realizada pesquisa essencialmente bibliográfica.

Para fins didáticos, o artigo será dividido em seis tópicos, os quais observarão e estão diretamente relacionados aos objetivos específicos anteriormente delineados. No presente trabalho será utilizado o método hipotético dedutivo.

2 DO ESTADO NATURAL AO ESTADO CONSTITUCIONAL

Nos primórdios o homem primitivo vivia livremente, segundo as suas vontades e as suas necessidades, utilizando-se de seu conhecimento sobre o local em que vivia para colher os frutos, pescar ou caçar animais para saciar sua fome, período em que era vital o uso da força física para sobreviver aos enfrentamentos de animais e de outros homens.

O homem chegou ao ponto de que sua força como indivíduo era insuficiente para suplantar os obstáculos prejudiciais a sua conservação no estado de natureza em que vivia, fazendo-se necessária a união de forças para que o gênero humano não perecesse, união de forças esta que levou ao surgimento do Estado (ROUSSEAU, 1999, p. 20).

A criação do Estado rompeu com o estado de anarquia permanente, ou seja, com o

estado de natureza em que cada indivíduo podia usar a força necessária para defender seus próprios interesses, rompimento este que somente foi possível com a atribuição de toda força a uma só instituição, o que forçou a obediência geral as leis naturais, em decorrência da força indiscutível e irresistível atribuída ao Estado, que o constrange o indivíduo a respeitá-las (BOBBIO, 2006, p. 35).

A união de forçar para a sobrevivência do gênero humano, ou seja, a criação do Estado acarretou a perda da liberdade plena em que o homem primitivo vivia, deixando de viver segundo suas vontades e suas necessidades, passando a viver em conformidade com as regras do Estado, regras estas que visam protegê-lo e garantir-lhe determinados direitos e deveres (SZANIAWSKI, 2005, p. 19)

A Revolução Americana de 1776 e a Francesa de 1789 foram marcos relevantes para a evolução do direito por terem rompido com a estrutura estatal existente a época que servia como instrumento de abusos de monarcas e de privilégios para a nobreza, representando marcos iniciais da Idade Contemporânea e do constitucionalismo moderno, pautado na limitação normativa do poder público e a garantia de direitos individuais indisponíveis, livres de intervenção estatal.

Todavia, na antiguidade, especificamente em Atenas teria ocorrido o surgimento da mais avançada forma de governo vista à época, verdadeiro caso de democracia constitucional. Na Inglaterra alguns séculos depois, na Idade Média, foram estabelecidos aspectos embrionários do constitucionalismo liberal (SALDANHA, 2000, p. 14).

No período medieval (séculos V e XV) surgiram as primeiras normas constitucionais que estabeleceram regras gerais de organização política, por meio da afirmação dos costumes e tradições. (SARLET, 2017, p. 45)

Na idade média surgiu de que a autoridade dos governantes se fundava num contrato com os súditos. Por este pacto, o povo se sujeitava a obedecer ao governante enquanto este se comprometia a governar com justiça, uma vez violada a obrigação de justiça, exoneravam-se os súditos da obediência devida (FERREIRA FILHO, 1997, p. 6).

Com o advento do Estado Moderno, surgiu a fase do constitucionalismo clássico, compreendido como o período entre as revoluções liberais e o fim da Primeira Guerra Mundial¹, seguido pelo constitucionalismo moderno, que teve seu auge no período entre guerras.

O constitucionalismo clássico, também chamado de constitucionalismo liberal, surge pela influência direta da Revolução Francesa e da Independência Americana, tendo por objeto

¹ A Primeira Guerra Mundial ocorreu entre 28 de julho de 1914 a 11 de novembro de 1918.

determinar a forma de Estado, a forma de governo e o reconhecimento dos direitos individuais (BONAVIDES, 2011, p. 35).

A Constituição, no pensamento liberal, é um documento escrito e solene que organiza o Estado, adotando necessariamente a separação dos poderes e garante os direitos do homem (FERREIRA FILHO, 1997, p. 7).

O advento do constitucionalismo permitiu organização da ordem jurídica em diferentes camadas ou níveis de normas, ou seja, em uma construção escalonada. Permitiu, ainda, verificar se uma norma foi produzida de acordo a norma fundamental, que é o fundamento de sua validade, por ser o ponto de partida do processo de criação do direito positivado (KELSEN, 1987, p. 240).

A Constituição é a lei suprema do Estado, ocupando o ápice do ordenamento jurídico, conferindo-lhe validade e legitimidade aos poderes estatais (SILVA, 2006, p.45).

A norma jurídica fundamental é a base do ordenamento jurídico e a fonte suprema de sua validade, de modo que todas as leis a ela se subordinam e nenhuma pode contra ela dispor (CUNHA JUNIOR, 2017, p. 208).

O gênese do estudo do direito constitucional se deu nas faculdades de direito italianas, que tiveram acesso ao pensamento liberal e conseqüentemente ao constitucionalismo, com a invasão de seu país por Napoleão Bonaparte, sendo que apenas em 1834 foi instalada a primeira cadeira de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Paris em cumprimento da determinação de Guizot, ministro da Instrução Pública, sob a tutela de um professor italiano, Pelegrino Rossi, de Bolonha (BONAVIDES, 2011, p. 38).

Atualmente, o direito constitucional é compreendido como a dimensão nuclear do ordenamento jurídico, não se tratando como mera especialidade do direito por estar localizado no cerne deste e em conexão direta com cada um dos seus ramos. As normas constitucionais são o núcleo irradiador de legitimidade, capaz de validar as normas jurídicas localizadas em qualquer campo do ordenamento jurídico, podendo o direito constitucional ser visto em tríplice dimensão: como ápice, como base ou como núcleo de todo ordenamento jurídico, abarcando, portanto, os denominados direito público e direito privado (FACHIN, 2013, p. 2).

A constituição de poder de governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas é a desiderato do movimento denominado constitucionalismo, contudo, a extensão do movimento ao mundo civilizado não significa que em toda parte o governo moderado constitucional tenha raízes, sendo que em muitos casos, o êxito do constitucionalismo não foi além das aparências (FERREIRA FILHO, 1997, p. 8).

A herança mais importante e considerável da tese liberal, nascida com as Revoluções

Americana e Francesa, é a noção jurídica e formal de que uma Constituição deve tutelar direitos humanos, além da estruturação e organização do Estado.

3 PODER CONSTITUINTE

A fonte dos poderes constituídos é contemporânea da de Constituição escrita, ideia esta explicitada pela primeira vez pelo abade Siéyès, em *Qu'est-ce que le tiers état*. Na antiguidade era desconhecida essa idéia, tanto na Grécia como em Roma as leis de conteúdo constitucional não se distinguiam formalmente das demais e se manifestavam sobretudo nos costumes, alterando-se pelos órgãos legislativos ordinários ou pela invenção individual. Da mesma forma, na Idade Média não a conheceu. Na época moderna, a concepção, formulada pelos legistas, de leis fundamentais, caracterizadas por sua matéria, por sua superioridade e por sua estabilidade, trazia implícita essa ideia (FERREIRA FILHO, 1997, p. 21)

A teoria do Poder Constituinte surge com os movimentos revolucionários do século XVIII notadamente com a Revolução Francesa, sendo grande expoente o abade Emmanuel Joseph Sieyès que defendia a doutrina da soberania da Nação, afirmando que “em toda Nação livre – e toda Nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria Nação” (SIEYÈS, 2001, p. 113).

O pensamento de Sieyès se desenvolveu nos moldes do direito natural, racionalismo iluminista, do contratualismo e da ideologia liberal da época. Ele dedicou-se a construir um conceito racional de Poder Constituinte, levando em conta o problema da sua natureza e da sua titularidade, bem como apresentando a sua solução. Sobre a natureza jurídica do Poder Constituinte admitindo-se a positividade como o único modo de ser e sendo certo que o Poder Constituinte é anterior ao Direito Positivo, não pode ser considerado um poder jurídico (CRUZ, 2002, p. 60-61).

Ao abade Sieyès é creditada a concepção de que o poder constituinte existe como valor, em cujo nome atuam como legitimidade os poderes constituídos. “A legitimidade de um poder constituinte assentado sobre a vontade dos governados e tendo por base o princípio democrático da participação apresenta uma extensão tanto horizontal como vertical, que permite estabelecer a força e intensidade com que ele escora e ampara o exercício da autoridade” (BONAVIDES, 2011, p. 160-161).

O povo é o titular do Poder Constituinte, exercendo, em regra, este poder por meio de seus representantes. Não há co-titularidade do Poder Constituinte entre o povo e o governo,

sendo seu titular exclusivo o povo (CUNHA JUNIOR, 2017, p. 212).

Se todo poder repousa na aceitação dos governados, pode-se dizer que a soberania do Poder Constituinte originário pertence ao povo (FERREIRA FILHO, 1997, p. 24).

Esta teoria de que a titularidade do poder é do povo tem vasta pertinência no Direito Brasileiro, inclusive sendo positivada na Constituição de 1988 em seu Artigo 1º, parágrafo único, que prevê "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

A titularidade do poder constituinte e seu exercício são aspectos distintos, ou seja, o titular desse poder nem sempre é o seu exercente, pois nos regimes de democracia representativa, o titular do Poder Constituinte também não se confunde com o responsável pelo seu exercício.

Numa sociedade democrática, o Poder Constituinte pertencente ao povo, seu titular absoluto, ainda que ele venha a ser indiretamente exercido, ou seja, por intermédio de representantes políticos.

A importância do Poder Constituinte reside no fato das normas constitucionais serem produzidas por ele, podendo este poder ser estudado em dupla dimensão: originário e reformador.

3.1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O poder de constituir as regras prévias do viver em sociedade é o primeiro poder constituinte, aquele que é inicial, ilimitado e incondicionado, chamado pela doutrina de poder constituinte originário. Esse se deve a um acontecimento político e social, não previsto pelo sistema jurídico, ou seja, pelo Direito posto.

O Estado é criado pelo poder constituinte originário, fato que pode ser fruto de uma ruptura da ordem jurídica existente, quando se estabelece uma nova forma de governo e lhe concede uma nova constituição ou pode acontecer do nada, quando é criado um novo Estado e lhe é concedida sua primeira constituição (TEMER, 2002, p. 33).

O Poder Constituinte originário funda uma nova ordem jurídica-constitucional, organizando e constituindo os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade, tratando-se, portanto, de uma "vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e forma da própria existência política, determinando

assim a existência da unidade política como um todo” (SCHMITT, 1996, p. 93-94).

Cuida-se, desta forma, o Poder Constituinte originário de estabelecer a Constituição, não se prendendo a quaisquer condições ou limites pré-estabelecidos no Direito, pois a este precede, caracterizando-se por ser inicial, autônomo e incondicionado, segundo o entendimento doutrinário clássico.

Inicial por que inaugura uma nova ordem jurídica, rompendo com a anterior, por isso o Poder Constituinte é, simultaneamente, constituinte e desconstituinte, já que rompe com a Constituição e as leis infraconstitucionais vigente até aquele momento.

Autônomo porque só ao seu exercente cabe fixar os termos em que a nova Constituição será estabelecida e qual o Direito deverá ser contemplado.

Ilimitado por ser soberano e não sofrer qualquer limitação previa do Direito, exatamente pelo fato de que a este preexiste.

O Poder Constituinte originário, assim como o povo não dispõe de um poder absoluto sobre a Constituição, possui limites, de modo que não é capaz de emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo. São três categorias limitantes materiais ao Poder Constituinte, quais sejam: limites transcendentais, limites imanentes e limites heterônomos. Os primeiros tratam de imperativos do direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica coletiva. Os limites imanentes decorrem da soberania e da forma do Estado. E os limites heterônomos, por sua vez, são provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos, referindo-se a princípios, regras ou atos de Direito internacional, donde resultem obrigações para todos os Estados ou só para certo Estado (CUNHA JUNIOR, 2017, p. 215).

Nas democracias representativas, a forma mais comum de manifestação do Poder Constituinte originário ocorre por meio de Assembleias Constituintes ou Convenções, que promulgam os textos constitucionais.

3.2 PODER CONSTITUINTE REFORMADOR OU DERIVADO

O Poder Constituinte derivado ou reformador tem sua existência a partir do Poder Constituinte originário, seu instituidor, se insere na Constituição, conhece limitações expressas e tácitas, e define-se como um poder jurídico que tem por finalidade a reforma do texto constitucional.

Caracteriza-se o Poder Constituinte reformador por ser derivado, condicionado e limitado.

Derivado porque é poder de direito, juridicamente estabelecido pelo Poder Constituinte

originário, ou seja, provem deste e é disciplinado por ele.

Condicionado por somente poder se manifestar de acordo com as formalidades traçadas pela Constituição.

Limitado porque a Constituição lhe estabelece severas limitações, que podem ser temporais, circunstanciais, materiais ou procedimentais, explícitas ou implícitas, restringindo seu exercício.

As limitações temporais são aquelas que vedam as reformas constitucionais durante determinado período de tempo. Essas limitações não mais subsistem no ordenamento jurídico brasileiro, mas estiveram presentes por exemplo na Constituição de 1824, que proibiu qualquer alteração em seu texto os quatro primeiros anos de sua vigência.

As limitações circunstanciais são aquelas que proíbem as reformas constitucionais durante a vigência de determinadas circunstâncias, consideradas anormais e inadequadas para mudanças constitucionais. Tais limitações tem sido adotadas nas Constituições brasileiras desde a Constituição de 1934.

Já as limitações materiais ou substanciais são as chamadas cláusulas pétreas, que excluem do poder de reforma determinadas matérias consideradas relevantes, previstas explicita ou implicitamente pelo texto originário.

No Brasil o poder reformar, atualmente, manifesta-se apenas por meio do procedimento de Emendas Constitucionais, descrito no Artigo 60² da Carta Magna. As Emendas Constitucionais são proposições destinadas a alterar pontualmente o texto constitucional, cujo o procedimento se encontra previsto na própria Constituição, que adota, com rigor, formalidades solenes e complexas, tornando a Carta Política brasileira rígida.

A Constituição Federal de 1988 ao dispor que o processo legislativo compreende a elaboração de emendas constitucionais (artigo 59, I) definiu o processo legislativo especial que compreende uma serie de formalidades que dão a tônica e emprestam rigidez ao texto constitucional.

Esse processo abrange as seguintes etapas: (i) apresentação das propostas de Emenda à

² 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. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Constituição; (ii) tramitação e deliberação das propostas e (iii) promulgação da Emenda Constitucional.

A proposta de Emenda à Constituição poderá ser apresentada, na forma do artigo 60, por de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, pelo Presidente da República e por mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

A tramitação e deliberação das proposta será realizada na forma disposta no artigo 60, §2º, que determina que a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turno, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos os turnos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Após a aprovação pelas duas Casas do Congresso Nacional, com observância do quórum de três quintos, transformar-se-á a proposta em Emenda à Constituição, que segundo o artigo 60, §3º, será promulgada pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. Concluindo o processo legislativo com a publicação da Emenda no Diário Oficial da União.

O Poder Constituinte reformador por sujeitar-se a limitações circunstanciais, materiais e procedimentais as emendas aprovadas por ele se expõe ao controle de constitucionalidade, podendo ser declaradas inconstitucionais e suprimidas do ordenamento jurídico.

4 INICIATIVA POPULAR DE EMENDA CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A doutrina tradicional, como demonstrado em tópico precedente, entende que o titular do Poder Constituinte é o povo, princípio da soberania popular positivado na Constituição de 1988 em seu Artigo 1º, parágrafo único, que prevê “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A previsão de exercício de poder direto pela população caracteriza típica manifestação da democracia direta, expondo o caráter híbrido do modelo democrático inaugurado pela Constituição de 1988, com previsão conjunta de institutos da Teoria Representativa e da Teoria Direta da democracia, o que levou muitos doutrinadores a defender a adoção do texto constitucional a um modelo semiparticipativo ou participativo. Conceituando como “regime democrático em que existe uma mescla entre a representação política e o exercício direto da soberania popular (BENEVIDES, 1991, p.129).

A previsão de democracia direta no direito constitucional brasileiro não foi inovação

trazida pela Carta Magna de 1988, este instituto foi inaugurado na Constituição de 1937, que possuía 4 hipóteses de plebiscitos em seu texto (artigos 5º, 63, 174 e 186). A Carta de 1946, reduziu apenas para uma forma de plebiscito (artigo 2º), sendo que na Constituição de 1967 tal previsão retirada do ordenamento constitucional brasileiro.

O histórico da utilização dos institutos de democracia direta em comparação aos de democracia representativa, no que tange aos meios de participação popular, evidencia a importância dos avanços trazidos pelo artigo 14³ da Constituição de 1988, onde consta três formas de participação direta da população, duas delas inéditas no contexto constitucional pátrio até então: referendo e iniciativa popular.

O referendo é um meio de concretizar a participação popular direta, trata-se de um meio primário de autoreivindicação coletiva. A deliberação entre os cidadãos empresta legitimidade à política pública.

Muitas nações usam o referendo popular como forma de enrijecer seu sistema constitucional, como ocorre na Espanha aonde se exige, após votação em dois turnos, o desfazimento do Parlamento e convocação de novas eleições, que, no primeiro ato após a diplomação, deverá confirmar ou não o processo de revisão/emenda. Depois de todo esse rígido trâmite o povo é convocado para se manifestar mediante referendo. Essa rigidez fez com que a constituição da Espanha fosse revisada/emendada apenas uma vez em 30 anos.

Na grande maioria dos países em que o referendo popular é previsto, ele pode ser afastado, segundo mecanismos constitucionais existentes, motivo pelo qual “pode-se afirmar que, quando não é do interesse do poder, o povo não é chamado a votar via referendo” (MOREIRA, 2012, p. 107)

A França e a Holanda, em 2004, realizaram consulta popular sobre a adoção da Constituição Europeia, proposta que foi rejeitada pela população emperrando a última fase do processo de Constituição Europeia.

A rejeição da proposta de Constituição Europeia pelos franceses e holandeses levou a adoção de um novo Tratado para Europa, em 2017, denominado de Tratado de Lisboa, no qual se repetiu em grande medida o texto da proposta de Constituição Europeia, além de mudar o nome remeteu aos parlamentos tradicionais a decisão sobre a ratificação dos tratados e o povo foi descartado de tal votação.

³ 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.

Em 2005, foi realizado no Brasil referendo sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições, onde a população foi convocada para responder: “O comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?”. Os eleitores puderam optar pela resposta “sim” ou “não”, pelo voto em branco ou pelo voto nulo. O resultado final foi de 59.109.265 votos rejeitando a proposta (63,94%), enquanto 33.333.045 votaram pelo “sim” (36,06%).

A iniciativa popular, por sua vez, é instrumento da efetivação da democracia direta com grande teor democrático, que amplia o poder de iniciar tramite legislativo além das três esferas de poder usualmente legitimadas, concedendo parcela deste poder diretamente ao povo, que poderá levar a apreciação do Congresso Nacional projetos de seu interesse.

O veto e o referendo possibilitam ao povo não se submeter a uma legislação que não queira, sendo que a iniciativa popular proporciona ao povo o exercício de uma orientação governamental, em outras palavras, a iniciativa popular é o exercício da função legislativa feita pelo povo, tratando-se da efetivação do princípio da soberania popular (MOREIRA, 2012, p. 111)

O princípio da soberania popular foi adotado pelo constituinte originário ao formular o texto da Constituição de 1988, positivando-o em seu artigo 1º, parágrafo único, soberania esta que poderá ser exercida pelo povo diretamente ou através de representantes.

Diante da disposição constitucional e da demonstrada importância das normas constitucionais, pergunta-se: a proposta de emenda constitucional pode ser feita através de iniciativa popular?

A iniciativa e o referendo populares em matéria de emenda constitucional constavam expressa e especificamente nos anteprojetos e projeto da Constituição de 1988, sendo que em votação realizada pelo plenário do Congresso Nacional tais previsões expressas foram retiradas do texto constitucional. Todavia, a iniciativa popular pode vir a ser aplicado com base em normas gerais e princípios fundamentais da Constituição, apesar de não estar especificamente estabelecida para emendas constitucionais como o está para as leis (SILVA, 2012, p. 63-64).

O poder reformador, como o originário, pertence ao povo, de modo deve-se permitir a iniciativa popular de emenda constitucional (FACHIN, 2013, p. 57).

Analisando os princípios constitucionais, pode-se afirmar ser legítimo ao povo propor emendas à sua Constituição, dado o princípio da soberania popular que será exercida mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular, como esculpido no artigo 14 da Carta Magna de 1988, contendo, desta forma, previsão formal no texto constitucional da possibilidade da iniciativa popular, sem restrições de espécie normativa, em virtude de que sequer é necessário reforma

formal na Constituição da República, pela possibilidade de mutação constitucional (MOREIRA, 2012, p. 110-112).

A época da promulgação da Constituição Federal de 1988, os Estados Federados passaram a promulgar suas Cartas estaduais, sendo que em 15 das 27 constam expressamente a previsão de iniciativa popular para sua alteração, especificamente no texto constitucional dos entes federativos do Acre; de Alagoas; do Amapá; da Bahia; do Espírito Santo; de Goiás; do Pará; de Pernambuco; do Rio Grande do Sul; de Rondônia; de Santa Catarina; de São Paulo; de Sergipe e na Lei Orgânica do Distrito Federal.

Em ilustração aos comandos constitucionais estaduais prevendo a iniciativa popular à emenda constitucional, colaciona-se abaixo a redação das Constituições do Acre; de Alagoas; do Amapá e de São Paulo:

Constituição do Estado do Acre:

Ar. 53 A Constituição poderá se emendada mediante proposta

(...)

III – de iniciativa popular, na forma desta Constituição.

(...)

§5º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Assembleia Legislativa, de emenda constitucional ou projeto de lei, subscrito por entidades associativas legalmente constituídas, que se responsabilizarão pela idoneidade das assinaturas dos eleitores, cujo número será definido por lei complementar.

Constituição do Estado de Alagoas

Art. 85 A Constituição poderá se emendada mediante proposta

(...)

IV – de cidadãos, mediante iniciativa popular assinada, no mínimo, por um por cento dos eleitores do Estado.

Constituição do Estado do Amapá

Ar. 103. A Constituição poderá se emendada mediante proposta:

(...)

IV – de iniciativa popular, observado o disposto no artigo 86, §2º.

Constituição do Estado de São Paulo

Art. 22. A Constituição poderá se emendada mediante proposta

(...)

IV – de cidadãos, mediante iniciativa popular assinada, no mínimo, por um por cento dos eleitores.

A Emenda constitucional por iniciativa popular é uma realidade em diversas constituições estrangeiras, é o caso da Sérvia (art. 203), da Itália (art. 72), de Lichtenstein (art. 64), da Suíça (art. 138), da Lituânia (art. 68), dentre outras nações, previsão esta inexistente expressamente na Constituição brasileira de 1988 que prevê expressamente apenas a iniciativa

popular para propostas de leis complementares e ordinárias (artigo 61⁴).

O Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.638, entendeu que o rol exposto nos incisos I, II e III do artigo 60 da Constituição Federal é taxativo, excluindo, desta forma, a proposta de Emenda à Constituição por iniciativa popular⁵.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é o mesmo adotado pela grande maioria da doutrina pátria, que acatou tal posição sem lutar, nem pela inclusão de dispositivo no texto constitucional que autorizasse iniciativa popular de emenda à Constituição, nem pela mutação constitucional na matéria (MOREIRA, 2012, p. 110-112).

Em julho de 2013, foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça do Senado a Proposta de Emenda Constitucional número 3 de 2011⁶, que pretende incluir um inciso IV no artigo 60, um §3º no artigo 61, bem como a alteração da redação do §2º do artigo 61. Caso aprovado, a Constituição receberia as seguintes alterações:

Art. 60, IV – dos cidadãos e cidadãs, nos termos do §2º do art.61

Art. 61, §2º. A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projetos de lei e propostas de emenda à Constituição com o apoio de eleitores correspondente a, pelo menos, meio por cento dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os em branco e os nulos distribuídos por um terço, ou mais, das unidades federadas, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles.

§3º. Os projetos de lei tramitarão em regime de urgência, salvo decisão em contrário do plenário da Casa Legislativa

A aprovação da Proposta de Emenda Constitucional número 3 de 2011 permitirá que o titular do Poder Constituinte possa exercê-lo diretamente, caracterizando a típica manifestação da democracia direta, o que estaria em perfeita consonância com a teoria positivada na

⁴ Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

⁵ Cabe destacar, *no ponto*, que, em tema de *reforma constitucional*, considerado o que dispõem os incisos I, II e III do art. 60 da Constituição da República, o poder de fazer instaurar esse procedimento revisional compete, *unicamente*, aos órgãos e aos agentes *neles taxativamente definidos*, como assinala o magistério doutrinário (ALEXANDRE DE MORAES, “Direito Constitucional”, p. 695, item n. 4.1.2, C.1, 31ª ed., 2015, Atlas; GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “Curso de Direito Constitucional”, p. 120, item n. 3, 8ª ed., 2013, Saraiva/IDP; PEDRO LENZA. “Direito Constitucional”, p. 702, item n. 9.14.1.1, 20ª ed./2ª tir., 2016, Saraiva; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “Curso de Direito Constitucional”, p. 1.015, item n. 4.3.1, 11ª ed., 2013, Saraiva, v.g.), de tal maneira *que se impõe aos Estados-membros*, em matéria de alteração do texto constitucional, *a necessária observância* desse mesmo modelo (ADI 486/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno), *com as adequações pertinentes*, o que permite concluir que, no âmbito das unidades federadas *regionais*, não se legitima *a ampliação do rol* dos que podem dar início ao procedimento de alteração da respectiva Constituição estadual. (STF. ADIn 5.638/ 2017)

⁶Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/07/10/aprovada-na-ccj-proposta-quefacilita-apresentacao-de-projeto-de-iniciativa-popular> consultado dia 07/08/2018 acessado às 15:24h.

Constituição de 1988 em seus artigos 1º e 14.

6 CONCLUSÕES

A renúncia da liberdade e de adoção de normas pelo homem primitivo ao deixar o estado de natureza para passar a viver em sociedade permitiu a sobrevivência da espécie humana, pois através da união de forças foi possível a sobreposição de obstáculos outrora impossíveis para o indivíduo.

A evolução do pensamento humano levou a inúmeras transformações de forma de Estado e de Governo, bem como ao rompimento dos privilégios de monarca, nobreza e clero, permitindo maior participação popular na escolha de seus representantes e governantes.

A democracia direta introduzida no direito constitucional brasileiro pela Constituição de 1937, foi restaurada em 1988, após ter sido retirada do ordenamento jurídico pela Carta de 1967, devolvendo a soberania ao povo.

Contudo, a Constituição de 1988 apesar de permitir a iniciativa popular para a criação de normas, limitou a apresentação de proposta de Emenda à Constituição apenas a um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ao Presidente da República e mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros, afastando tal iniciativa do povo, em nítido contrassenso a soberania expressamente positiva em seu corpo.

Esta anomalia poderá ser sanada caso o projeto de Emenda Constitucional 3 de 2011 seja aprovado, permitindo a iniciativa popular para apresentação de Emenda à Constituição, adequando-se a timidez evidenciada no histórico da utilização dos institutos de democracia direta em comparação aos de democracia representativa, no que tange aos meios de participação popular.

No entanto, caso o Congresso Nacional não aprove a Emenda Constitucional 3 de 2011, a iniciativa popular para apresentação de proposta de Emenda ao texto constitucional poderá ser permitida bastando apenas mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal como defendido por parte da doutrina (José Afonso da Silva, Paulo Bonavides e Eduardo Ribeiro Moreira) que entende que não há restrição de espécie normativa.

7 REFERÊNCIAS

ANAIS. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Anais, 1988, v.2.

ALEXY, Robert - Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros editores. 2008.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. A Cidadania Ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular – São Paulo: Editora Atica, 1991.

BERTRAND, Badie. Um Mundo Sem Soberania . Trad.: Armando Pereira da Silva, Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

BESTER, Gisela Maria. Direito Constitucional: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, v. 1, 2005.

BIDART CAMPOS, German J. Filosofia Del Derecho Constitucional . Buenos Aires: Sociedad Anônima Editora, 1969.

BRITO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição . Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi – São Paulo: Ícone, 2006.

_____. Teoria da norma jurídica. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6 ed. – Rio de Janeiro: Epipro, 2016.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional . 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição , 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos do direito constitucional. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2002.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 11ª ed. rev. ampl. e atual. –

Salvador: JusPODIVM, 2017.

DIMOULIS, Dimitri. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 6 ed. – São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.

FACHIN, Zulmar. Curso de direito constitucional. 6ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 24ª ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. O Poder Constituinte , 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional . Trad. Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito – São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 25. ed. atual./ pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto – São Paulo: Saraiva, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, volume 4: processo cautelar. 3 tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela de evidência. 2 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MODIN, Battista. O homem, quem é? Elementos de antropologia filosofia. Tradução R. Leal Ferreira e M.A.S. Ferreira – São Paulo: Paulus, 1980.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Tradução Antonio de Pádua Danesi. 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SALDANHA, Nelson. Formação da teoria constitucional. 2ª edição. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6ª ed.- São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 35ª Edição – São Paulo: Malheiros Editores, 2012

_____. Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SCHMITT, Carl. Teoria de la constitucion – Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2ª Ed. rev., atual. e amp. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 18ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 11ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional . 3. Ed. São Paulo: Método, 2008.