

O REFERENDO CONSTITUCIONAL

EL REFERÉNDUM CONSTITUCIONAL

Alexandre Marçal Pereira¹

Resumo: O presente artigo foi realizado com o objetivo de apresentar o Referendo Constitucional como instrumento de participação popular. Nesse contexto, propusemos um estudo histórico-evolutivo e conceitual elementares no intuito de melhor compreender o instituto. Ao término do presente trabalho pode-se concluir que o tema torna-se útil, atual e necessário na busca da paz social e da efetiva democracia.

Palavras-chaves: Democracia participativa. Plebiscito. Referendo. Referendo Constitucional.

Resumen: El presente artículo fue realizado con el objetivo de presentar el Referendo Constitucional como instrumento de participación popular. En ese contexto, propusimos un estudio histórico-evolutivo y conceptual elemental con el fin de comprender mejor el instituto. Al término del presente trabajo se puede concluir que el tema se vuelve útil, actual y necesario en la búsqueda de la paz social y de la efectiva democracia.

Palabras-claves: Democracia participativa. Plebiscito. Referendum. Referéndum Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho lança luzes sobre importante e atual tema do direito constitucional moderno, qual seja: o referendo constitucional.

Sabe-se que na ideologia democrática, é assegurado aos povos direitos fundamentais que sobressaem como parte integrante da constituição do Estado, não somente como parte dele, mas sim em relação às decisões para o bem coletivo.

A intervenção popular nas decisões do Estado evidencia-se como elemento crucial e precípuo para a transformação social, na medida em que cria oportunidades para expor um cenário real das questões sociais, bem como na identificação de soluções mais urgentes, consequentemente a gestão da *res pública* e a legitimação das decisões da coletividade.

Também propicia o surgimento de uma sociedade participativa e crítica quanto à realidade, com condições de desenvolver dinâmicas para enfrentar situações que objetivem a inclusão de grupos minoritários e a efetivação dos direitos fundamentais.

Considerando esta abordagem introdutória, tem-se as seguintes indagações: o que é referendo? É democrático alterar a Constituição por tal via? Há riscos de desvirtuamento?

Assim, diante dos problemas levantados o objetivo deste trabalho é o de fazer uma descrição acerca da dinâmica da participação popular em uma democracia, mais especificamente em um Estado Democrático de Direito.

Este artigo se justifica no sentido de se constitui um material atual para informações, bem como para suscitar questionamentos para análise e reflexão sobre o tema proposto.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Autónoma (UAL) de Lisboa/Portugal. Advogado no Espírito Santo. E-mail: amarcalpereira@gmail.com.br.

2 DEMOCRACIA

Não se pode falar em referendo sem abordar a democracia. Para as teorias clássicas sobre a democracia, esta nada mais é do que uma forma de efetivação da soberania popular, sendo que um exame retrospectivo se torna essencial.

A ideia de democracia “não é invenção dos tempos modernos”², sendo tema familiar desde a Antiguidade com Aristóteles. Aliás, a origem grega da palavra não deixa dúvidas, *demos* significando povo e *cratos* significando poder ou força, ou seja, o sentido semântico é aquele de exercício do poder pelo povo.

Na idade média conservou-se o núcleo conceitos democráticos, na qual a autoridade do governo era determinada na vontade expressa do povo, ou seja, no povo residiria o poder legislativo³.

Já na idade moderna, com a contribuição dos filósofos e escritores deste período promoveu-se uma revolução cultural e intelectual na história do pensamento moderno. É o movimento do Iluminismo que veio preparar o clima revolucionário da época. Esse movimento visava fundamentalmente estimular a luta da razão contra a autoridade como um conflito da luz contra as trevas, com destaques para o inglês Locke, os franceses Montesquieu, Voltaire e principalmente o suíço Jean-Jacques Rousseau.

O referendo – instituição que constitui o cerne do presente artigo – é habitualmente ligado ao nome de Rousseau, sendo seu início como instituição no processo histórico de participação popular com o advento da Revolução Francesa, “à luz do dia no último quarte do século XVIII”⁴.

Logo, a temática da participação popular se desenvolveu entre as teses do governo representativo, sustentada entre outros por Montesquieu, e da democracia mediante soberania popular, por Rousseau⁵.

Anos mais tardes (a partir de 1799) Napoleão voltou a defender e utilizar o mecanismo das consultas populares, denominando-o de plebiscito. Como a iniciativa, objeto e forma de procedimento destes ficavam ao talante do chefe do Executivo, que conseguia colocar a sua causa como se fosse de interesse da nação frente às classes populares, terminou-se por deturpar o mecanismo, que acabou a ser uma consulta a favor ou contra um homem, e não a favor ou contra uma ideia.

Tal repasse pela perspectiva histórica do instituto serve para justificar a conotação dada ao mesmo na França, onde o plebiscito aparece como a deturpação do referendo.

Segundo a tipologia abstrata tradicionalmente utilizada, a democracia poder-se-ia caracterizar como direta, semidireta e representativa. A direta seria uma verdadeira utopia, somente realizada aproximadamente nas cidades-estados gregas. Nela, em tese, os assuntos públicos seriam submetidos à deliberação de todos os cidadãos, sem intermediários. A democracia semidireta representaria elementos de representação direta da vontade popular ao lado de outros de representação indireta. Já a democracia representativa seria aquela em que a vontade popular é expressa por representantes eleitos periodicamente, a cuja deliberação decidirá em nome de seus representados, os eleitores⁶.

No mundo contemporâneo prevalecem as democracias representativas. Dado tal caráter, ostentado pela ampla maioria, seja em regimes presidencialistas ou parlamentaristas, com notável descolamento da atuação dos representantes em relação à vontade – ainda que presumível – dos representados, dá-se a crise de representação, gerando uma tensão entre Constitucionalismo e Democracia, cuja resposta eficaz constitui um dos desafios políticos da contemporaneidade.

2 ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 166.

3 Idem, ibidem.

4 ROSÁRIO, Pedro Trovão do. A Democracia Semidirecta em Portugal. Madrid: Universitas, S.A., 2013, p. 24.

5 URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. O Referendo: Perfil histórico-evolutivo do Instituto. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 8.

6 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 137-138.

Assim, recorde-se, o referendo nasce com a Constituição francesa de 1793, sendo o próprio texto constitucional aprovado em referendo nacional. No entanto, foram a Suíça e os Estados Unidos quem assumem o protagonismo da experiência referendaria⁷.

E a partir da última década do século XIX generaliza-se, principalmente na Europa, a consagração jurídico-constitucional dos institutos da democracia semidireta, notadamente do referendo⁸.

Por fim, e a traços largos, ao longo do século XX foram vários os textos constitucionais que integraram o referendo constitucional, com destaque para Constituição mexicana de 1917 e de Weimar em 1919, sendo que no Brasil conheceu particular consagração em 1988 (art. 49, inciso XV).

2.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Como visto anteriormente, o Brasil, e assim como outros países periféricos, teve um marco temporal diferenciado do restante do mundo, diante do fato de ter vivido por longo período sob regime militar (1964 a 1985), passando por uma lenta abertura política que somente se principiou em 1974. Assim, apenas em 05 de outubro de 1988, com o advento da Constituição Federal, é que se impôs ao Brasil sua afirmação como um “Estado Democrático de Direito”.

Realmente, era preciso um novo modelo para enfrentar a crescente mobilização de vários segmentos da sociedade civil que exigiam, dentre outras coisas, participação constante nos debates de interesse público e a implantação de direitos individuais, sociais, coletivos e difusos. Não era mais possível limitar o conceito de povo e sua participação na vida política do Estado, a não ser implantar institutos pelos os quais o povo pudesse se manifestar e tivesse voz ativa.

Nesse processo de evolução histórica da *democracia* e o *Estado de Direito* surge o *Estado Democrático de Direito*, que a Constituição brasileira acolhe no art. 1.º, tanto quanto o é, por exemplo, o conceito de *Estado de Direito Democrático* da Constituição da República Portuguesa (art. 2.º).

Logo, atendendo à pretensão de que todos os participantes do jogo realmente dele façam parte, é preciso ressaltar que o Estado Democrático de Direito reconhece como fundamental a participação do cidadão, “de forma a assegurar a participação dos destinatários do ato final de decisão nos atos intermediários de formação dessa decisão, bem como o direito de questionar *a posteriori* a decisão tomada na sua esfera de interesses”⁹.

Diante das considerações, constata-se que foi imprescindível a ruptura com o antigo modelo, o que envolveu a reestruturação da relação entre a esfera pública e a privada, por meio da retomada da soberania popular. Este resgate garante ao cidadão, de certa forma, ser autor das normas jurídicas, e ao mesmo tempo, com a consolidação dos direitos fundamentais, ser destinatário destas normas.

Com isso, o Estado Democrático de Direito realiza a conjunção da autonomia pública e da autonomia privada dos sujeitos de direitos.

Hermes Zaneti Júnior aduz que numa democrático participativa:

7 URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. Op. cit. p.23-25.

8 ROSÁRIO, Pedro Trovão do Op. cit. p. 25.

9 ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 115.

[...] é inarredável a percepção de que os modelos normativos de democracia liberal (indivíduo como centro do sistema e garantia da autodeterminação) e de democracia comunitária (comunidade como centro do sistema e garantia do “bem comum”, coletivamente identificado com uma concepção de “bem” fornecida a priori pelo consenso moral) não conseguem dar vazão às pretensões de um regime democrático pluralista, no qual a Constituição revela-se o eixo narrativo da unidade¹⁰.

Nada se alterou com relação à titularidade do poder, que sempre foi do povo, mas o modo de exercer esse direito. Dessa forma, na medida em que há evolução social, seu conteúdo se enriquece. Assim, “a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”¹¹.

O constitucionalista, citando Lincoln, afirma que a democracia, como regime político, é governo do povo, pelo povo e para o povo. É, pois, um processo de convivência social “em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo, e em proveito do povo”. Em suma, “além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes”¹².

Na esteira dessa doutrina, “a democracia não precisa de pressupostos especiais. Basta a existência de uma sociedade. Se seu poder emana do povo, é democracia; se não, não o é”¹³.

É a partir da aplicação da concretização dos direitos previstos na Constituição que se mostra a força do Estado Constitucional Democrático, inclusive o direito de dizer que uma norma constitucional é inconstitucional e, por isso mesmo, desobedece-la¹⁴.

Como em uma democracia participativa deve existir espaço para a participação dos cidadãos, não se pode ignorar que certamente haverá conflitos de valores decorrentes das interações sociais. Nesse caso, surge a questão de como agir diante do dissenso, quer dizer, como se deve neutralizar normativamente pela positividade a garantia da coexistência em igualdade de direitos com o asseguramento da legitimação mediante procedimentos, ou seja, como lidar com a tensão entre facticidade e validade em um ambiente de interação social.

Habermas aponta que é preciso buscar uma regulamentação neutra:

[...] uma regulamentação capaz de encontrar, no plano mais abstrato da coexistência de diversas comunidades eticamente integradas, o reconhecimento racionalmente motivado de todas as partes envolvidas no conflito e que convivem em igualdade de direitos. Para essa mudança do plano de abstração é necessária uma mudança de perspectiva. Os envolvidos precisam deixar de lado a pergunta sobre que regulamentação é “melhor para nós” a partir da respectiva visão que consideram “nossa”; em vez disso, precisam checar, sob o ponto de vista moral, que regulamentação “é igualmente boa para todos” em vista da reivindicação prioritária da coexistência sob igualdade de direitos.¹⁵

Por conseguinte, a teoria discursiva do jusfilósofo alemão Habermas contribui para a afirmação de um novo modelo de democracia — a democracia participativa — fundada numa compreensão discursiva da democracia, a exigir que a legitimidade do Direito esteja vinculada à existência de um espaço em que as pessoas democraticamente se comunicam e se consideram reciprocamente em um discurso racional, a fim de fundamentar a aceitação do resultado do processo.

10 Op. cit. p. 265-266.

11 Op. cit. p. 126.

12 Idem, ibidem.

13 Idem, p. 128.

14 Sobre a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais, ver: BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? Coimbra: Almedina, 2009.

15 HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 311.

2.2 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Segundo o jurista argentino Carlos Santiago Nino¹⁶ o chamado Constitucionalismo se origina nos Estados Unidos, com a ideia de *Rule of Law*, que implica na preservação de determinadas regras jurídicas fundamentais, limitadoras do poder estatal.

Em termos sucintos, pode-se definir Constitucionalismo como uma “*técnica específica de controle do exercício do poder com fins garantísticos*”¹⁷. Esta é a vocação essencial do Constitucionalismo: impor limites ao exercício do poder.

Suas expressões máximas são a rigidez constitucional, isto é, a possibilidade de salvaguardar determinadas normas constitucionais de alterações ulteriores, seja pela técnica do procedimento mais dificultoso, seja pela proibição peremptória de deliberação em tal ou qual sentido.

De modo geral tanto a ideia de Democracia quanto a de Constitucionalismo são reputadas valiosas no pensamento político contemporâneo, eis que parecem atrativas as pretensões de um governo pelo povo e da limitação do exercício do poder, salvaguardada por um arcabouço institucional adequado.

Não obstante, existem tensões imanentes entre Constitucionalismo e Democracia, na medida em que a Constituição, no intuito de limitar o exercício dos poderes constituídos, põe a salvo determinadas matérias da discussão e deliberação da política parlamentar quotidiana, retirando a possibilidade dos órgãos políticos – mais ou menos – legitimamente eleitos em regimes democráticos e – supostamente – representantes da vontade do eleitorado, restringe as possibilidades de manifestação da vontade política.

Uma Constituição não apenas impede maiorias, mas também atribui poderes, regulando a forma pela qual esses poderes são empregados. Em geral, as regras constitucionais são possibilitadoras e não incapacitantes e, portanto, é insatisfatório identificar o Constitucionalismo exclusivamente como limitação de poder.

A Constituição não só limita, mas também cria e organiza o poder, dando-lhe uma certa direção. E o mais importante de tudo é que os limites ao governo podem servir à autonomia governamental, ajudando a criar ou construir uma unidade nacional.

Segundo Stephen Holmes¹⁸, Professor de Direito da Universidade de Nova York, democracia não consiste tão somente em uma regra de governo da maioria, mas sim um governo para o povo e para o bem comum.

Os compromissos constitucionais previamente assumidos continuam a ser observados pelas gerações posteriores, que consentem tacitamente com a sua importância para a manutenção de um regime democrático.

Essa constatação é perceptível e não impede, por exemplo, a instauração de uma nova constituinte em que o poder constituinte seja ilimitado juridicamente e desvinculado daqueles compromissos.

Mas será que somente o processo formal de alteração constitucional faz com que as gerações atuais e futuras possam participar a criação das normas que regem seu viver? O Brasil pós-1988 tem recorrido inúmeras vezes ao processo de emenda constitucional¹⁹ mas, em muitos casos, a alteração da Constituição deve-se muito mais a questões de governabilidade do que às reivindicações das gerações atuais.

Se a via de uma nova Assembleia Constituinte não acontece é porque aqueles compromissos fundamentais continuam sendo vistos como importantes para as gerações presente e futuras.

16 *Apud* CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia: Soberania e Poder Constituinte. Revista Direito GV. São Paulo: v.6, n.1 (Jan.-Jun. 2010), p. 166.

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

18 HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. *Constitutionalism and Democracy* [Em linha]. Cambridge University Press, 1988. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20532/o-mito-da-incompatibilidade-entre-democracia-e-constitucionalismo-analise-do-pensamento-de-stephen-holmes#ixzz3ImwiBTDX>>. Acesso em: 18 nov. 2014>

19 Foram aprovadas, até o momento, 83 emendas constitucionais e 6 emendas de revisão à Constituição da República do Brasil de 1988.

E a despeito de tais reações a tal limitação do poder, hoje existentes, o fato é que a maioria dos regimes democráticos contemporâneos buscou, em suas Constituições, compatibilizar a política representativa com o Constitucionalismo, com a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade.

A tensão, no entanto, permanece, e não são poucas as tentativas tanto no campo político quanto no campo acadêmico no sentido de deslegitimar as restrições ao exercício do poder políticas trazidas pelo Constitucionalismo, colocando em permanente rediscussão questões já definidas no momento constituinte originário ou anterior.

2.3 INSTITUTOS DE DEMOCRACIA SEMIDIRETA

Em face da crise entre Constitucionalismo e Democracia, as Constituições vêm dando abertura para formas alternativas de representação direta ou semidireta, variando a terminologia nos diversos autores, como o plebiscito e o referendo.

Os critérios mais comumente usados na tentativa de distinção entre referendo e plebiscito são: tempo da consulta popular, objeto da deliberação e efeitos da manifestação popular.

Pelo critério temporal, o referendo é convocado após a edição do ato normativo, enquanto o plebiscito é anterior à medida a ser tomada. No critério do objeto, o referendo incidiria sobre atos normativos e o plebiscito sobre questões não consignadas em texto normativo. Pelo critério dos efeitos, o referendo teria caráter vinculante, o que não possuiria o plebiscito.

O constitucionalista lusitano José Joaquim Gomes Canotilho adota a terminologia de procedimentos de democracia semidireta para referenciar tais institutos²⁰.

Tal denominação não é inequívoca, tendo sido utilizada diferentemente em locais e períodos diversos, inclusive com fungibilidade²¹, encontrando-se atualmente, ao menos na doutrina constitucionalista brasileira, pacificada a distinção aqui empregada²².

Ambas as técnicas consistem em consultas populares, com caráter vinculante ou não – referendo consultivo ou deliberativo – diferindo entre si essencialmente pelo fato de darem-se anteriormente à tomada de decisão – caso do plebiscito no Brasil – ou posteriormente à tomada de decisão – referendo.

Assim sendo, em nossa literatura jurídica se cristalizou um entendimento quanto ao emprego de tais termos no sentido de tal *caráter autorizatório prévio* do plebiscito e *ratificatório ou revogatório ulterior* do referendo.

O constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva ensina:

[...]o *referendo popular* que se caracteriza no fato de que projetos de lei aprovados pelo legislativo devam ser submetidos à vontade popular, atendidas certas exigências, tais como pedido de certo número de eleitores, de certo número de parlamentares ou do próprio chefe do executivo, de sorte que o projeto se terá por aprovado apenas se receber votação favorável do corpo eleitoral, do contrário, reputar-se-á rejeitado (grifos do original)²³.

20 CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. p. 294-295: "O exercício do poder directamente pelo povo – *democracia directa* – pressupõe uma estrutura territorial e social praticamente inexistente na época actual. O arquétipo dos *Town Meetings* americanos ou dos *Landsgemeine* suíços desapareceu quase por completo nas democracias constitucionais complexas (cfr. entre nós, art. 245º/2 da CRP, que prevê o 'plenário de cidadãos eleitores'). Não desapareceram, porém, os mecanismos político-constitucionais de *democracia semi-directa*, progressivamente presentes nas constituições modernas de vários Estados (Suíça, Dinamarca, Irlanda, França, Áustria, Alemanha, Itália, Suécia)".

21 Neste sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. p. 80.

22 Não assim em Portugal, onde o emprego da terminologia é diverso. CANOTILHO define referendo como a consulta feita aos eleitores sobre uma questão ou texto através de um procedimento formal regulado em lei (op. cit. p. 295), ao passo que plebiscito é definido pelo jurista lusitano como a pronuncia popular sobre escolhas ou decisões políticas – i.e., confiança num chefe político ou opção por uma ou outra forma de governo (op. cit. p. 296).

23 Op. cit. p. 142.

Ainda conforme o magistério de Silva, plebiscito:

[...] é também uma consulta popular, semelhante ao referendo; difere deste no fato de que visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, através de sua formulação legislativa, ao passo que o referendo versa sobre a aprovação de textos de projeto de lei ou de emenda constitucional, já aprovados; o referendo ratifica (confirma) ou rejeita o projeto aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida [...] ²⁴.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê ambos os mecanismos em seu artigo 14, incisos I e II, ao lado dos mecanismos representativos do sufrágio universal e do voto direto, secreto e com igual valor para todos, nestes termos:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto, secreto, com igual valor para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo; [...]

Consagra também uma contradição, dando a competência, com exclusividade, ao Congresso Nacional, conforme o art. 49, XV.

Sobre este tema, tramita na Câmara dos Deputados projeto de Lei n.º 4718/200 de autoria do jurista Fábio Konder Comparato, que pretende permitir que plebiscitos e referendos sejam convocados por iniciativa popular (1% do eleitorado), ou por iniciativa de um terço dos membros de uma das Casas do Congresso.

É bem verdade que antes de 1988 não existia no Brasil a possibilidade desses institutos, excetuando apenas a necessidade de plebiscito, a partir da Constituição de 37 (nunca realizado), para mutações territoriais entre Estados federados e, a partir de 67, para Municípios.

Portanto, só a partir de 88 o ordenamento jurídico pátrio passou a dar tratamento sistemático à participação popular. Inclusive, o art. 2º do ADCT previu plebiscito referente a forma e regime de governo adotados, vencendo a forma de governo republicana e sistema de governo presidencialista.

A regulamentação desses institutos só foi complementado pela Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998, tendo já sido proposto uma única consulta, por meio de referendo, previsto no Decreto Legislativo nº 780, de 7 de julho de 2005, que teve por objeto a seguinte questão: “o comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?”. Naquela oportunidade o eleitorado nacional optou pelo “não”.

De relevante, esta lei traz a definição do que seja, para o direito posto, o que seja referendo e plebiscito, ao adotar o critério temporal.

De qualquer modo, estes institutos, diferentemente de sua execução internacional, enfrentam no Brasil resistências de aplicação. De um lado, aspectos estruturais como a desigualdade social e os limites colocados pela cultura são obstáculos ao incremento da participação popular. De outro, a própria autorização legal para o seu exercício que, como visto, cria obstáculos formais, por ora, intransponíveis.

Com a onda de manifestações populares ocorridas no país em julho de 2013, o Governo brasileiro está a procurar soluções para conter a insatisfação popular, e uma das alternativas sugeridas é a realização de uma reforma política, razão pela qual a presidente Dilma Rousseff sugeriu uma consulta popular na forma de um plebiscito.

Entretanto, as oposições recusaram tal proposta e acenaram com a possibilidade de um referendo. E o debate agora entre líderes do Governo e oposição é acerca de qual a melhor forma de consulta popular para realização das reformas políticas, plebiscito ou referendo.

²⁴ Idem, ibidem.

Contudo, “não há mal algum nisso [participação popular] e a manifestação democrática constituinte será bem recebida”, ocorre que o mecanismo adotado para tal será revelado equivocado, pois não é razoável que se viva um novo momento constituinte, quando sequer concluímos o instante positivo escolhido em 1988²⁵.

3 REFERENDO CONSTITUCIONAL

Como visto, uma das formas pelas quais pode sobrevir declaração do povo numa democracia participativa é a figura do referendo.

Frise-se que para Rocha, “*referendum* significa o procedimento pelo qual o povo é provocado para sufragar proposta normativa [...]”²⁶. Sua natureza consiste em decidir se determinado ato jurídico-público deve ser aprovado ou rejeitado²⁷. E o âmbito das questões a ele submetido é avaliado em razão da relevância²⁸.

Toda interpretação, contudo, ocorre em um determinado contexto, que não pode ser desconsiderado. Em verdade, não há texto sem contexto, de modo que se torna imperioso, antes de discorrer sobre o referendo constitucional propriamente dito, tecer considerações sobre as transformações da Constituição.

A problemática de reforma constitucional se coloca porque as regulações de uma Constituição não são completas e nem perfeitas. Mas de sua incompletude resulta também sua abertura, tornando-se inevitáveis as modificações com o objetivo de se adequar à realidade.

Como lembra Konrad Hesse:

Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral. Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes²⁹.

Logo, ainda segundo o autor alemão, o desenvolvimento da força normativa da Constituição não depende apenas de seu conteúdo, mas de sua *práxis*, que se efetiva por uma interpretação adequada, “que é aquela que consegue concretizar, de forma excelentes, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”³⁰.

A negação de modificações constitucionais justificar-se-ia apenas se a Constituição fosse entendida unicamente como a reunião de forças fáticas apreendidas em um determinado momento. Como evidencia Hesse, “a Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo”³¹. Nesse sen-

25 BERCOVICI, Gilberto; CATTONI, Marcelo; LIMA, Martonio Barreto, STRECK, Lenio Luiz. Movimento Ingênuo: Defender assembleia constituinte, hoje, é golpismo e haraquiri institucional. Revista Consultor Jurídico. (26 Ago. 2014). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/defender-assembleia-constituente-hoje-golpismo-institucional>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

26 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O referendun e a representação democrática no Brasil. Revista de informação legislativa, Brasília, n. 92, out./dez. 1986, p. 13-40.

27 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 308.

28 Idem, p. 310.

29 HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 20-21.

30 Op. cit. p. 22-23.

31 Op. cit. p. 25.

tido, é indispensável aproximar o mundo fático e o mundo normativo a fim de que não haja qualquer mitigaçãõ à supremacia da Constituição, tendo em vista que o fático não pode sobrepujar o normativo.

Dito isso, trata-se o referendo constitucional de efetiva participação do eleitorado no procedimento de reforma constitucional.

É importante que não se paire dúvidas sobre a possibilidade do referendo constitucional no Brasil, eis que a lei n.º 9.709/98, assim o evidencia:

Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

Logo, segundo o objeto da consulta feito ao povo, classifica-se o *referendum* em constitucional quando se trata de matéria referente às normas fundamentais do Estado, sendo que, de maneira geral, existem três limites para reformar a Constituição: (a) limites temporais; (b) limites circunstanciais; e (c) limites materiais explícitos e implícitos³².

Os limites temporais são prazos impostos pela Constituição ao poder reformador. Assim, tal limitação pode ser entendida como maneira de dar tempo para que Constituição escrita e realidade constitucional possam se estabilizar uma a outra. Na história constitucional do Brasil, apenas a Constituição imperial previu tal limitação, sendo que a Constituição portuguesa declara que pode ser revista decorridos cinco anos sobre a data da publicação de qualquer lei de revisão (art. 284)³³.

Os limites circunstanciais dizem sobre determinado momento em que, por sua excepcionalidade, impôs a Constituição limite de reforma ao poder reformador. Na Constituição brasileira tal espécie de limitação foi assim estabelecida:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

Os limites materiais, por fim, são restrições intangíveis, impostas no âmbito de disposições valoradas como fundamentais à própria existência do Estado e da Constituição.

Na Constituição brasileira são limites materiais explícitos:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§ 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.

Segundo Nelson de Souza Sampaio, estariam implicitamente fora do alcance do poder de reforma, as seguintes vedações materiais: (1) "as concernentes ao titular do poder constituinte"; (2) "as referentes ao titular do poder constituinte; e (3) "as relativas ao processo da própria emenda"³⁴.

32 SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 65-68.

33 SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 66.

34 Apud SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 68.

Afonso³⁵, no entanto, uma tendência a ampliar as hipóteses de limitações materiais expressas que tem a consequência de não mais reconhecer-se a possibilidade de limitações implícitas. É o caso da Constituição portuguesa que arrolou como limites materiais uma enorme relação de matérias (art. 188).

Procedido, atrás, ao exame da diferença entre plebiscito e referendo, percebe-se que a doutrina majoritária optou pelo critério do objeto, bem como se viu que o critério legal adotado foi o temporal.

Qualquer que seja o critério adotado, ambos – o do objeto e o temporal – convergem para um ponto comum: no plebiscito a escolha popular não encerra o processo legislativo, permanecendo o órgão institucionalizado com considerável liberdade; enquanto que no referendo a atuação do Legislativo no processo legislativo já está encerrada, cabendo ao povo votar um texto normativo pronto e acabado.

Como a emenda constitucional é espécie normativa, tratando-se de normas constitucionais, e não apenas da aprovação de diretrizes ou programas de ação, parece mais adequado exigir-se que o referendo suceda a uma votação parlamentar³⁶. Assim, apenas por meio de referendo é que poderia haver uma consulta de âmbito constitucional.

Conveniente ou não, a verdade é que como consulta popular o referendo vem sendo largamente usado em vários países.

A Suíça, por exemplo, apresenta o maior número de referendos praticados no mundo, sendo vários os assuntos, sobretudo no âmbito cantonal, entre eles: questões fiscais e parafiscais, espaço econômico europeu, proteção dos animais, segurança nacional, tráfego, recentemente imigração, etc.

A Constituição dos Estados Unidos, ratificada pelos Estados em 1788, não continha quaisquer procedimentos democráticos diretos. A partir do final do século XIX, os Estados passaram a introduzir a iniciativa, o referendo e a revogação popular, a que se deu o nome de movimento progressivo. Porém, no âmbito federal ainda é ignorado, sendo um dos raros países que nunca realizou referendo em nível nacional³⁷.

Em outro exemplo, na Alemanha, a Constituição de Weimar de 1919 já privilegiava o instituto do referendo, o que segundo Jorge Miranda procura fazer uma “conciliação da tradição e, porventura, da necessidade de haver um Chefe de Estado forte com a aspiração, e também a necessidade de a Alemanha se dotar de um Parlamento plenamente soberano [...] e mitiga o princípio representativo através de formas de democracia directa ou semidirecta”³⁸.

O mundo também já assistiu a interação entre referendo e Constituição na América Latina. O governo da República Bolivariana da Venezuela propôs alterações substanciais na recente Constituição venezuelana de 1999, como, dentre outras, a previsão de extinção dos latifúndios e a redução da carga horária de trabalho semanal de 40 para 36 horas. Chamava atenção a possibilidade de reeleições infinitas, cujo objeto era – nitidamente – o de permitir a perpetuação de Hugo Chávez no poder.

O resultado do referendo constitucional de 2 de dezembro de 2007 foi surpreendentemente, dados os prognósticos até então feitos, com a sua rejeição. Contudo, 11 dias depois da frustração do intento reformista, Hugo Chavez apresentou a Assembleia Nacional Venezuelana um Plano de Desenvolvimento Social e Econômico, que intentava implantar, por via legislativa e infraconstitucional, tudo o que ele não conseguiu como referendo constitucional³⁹.

35 Ibidem.

36 No mesmo sentido, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit. p. 17: “[...]o momento fundamental do exercício democrático da sociedade é o da definição do ordenamento jurídico”.

37 URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. Op. cit. p. 334-335.

38 *Apud* ROSÁRIO, Pedro Trovão do. Op. cit. p. 26.

39 SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. Referendo e plebiscito: um estudo sobre os institutos de democracia semidireta e o risco de seu desvirtuamento na contemporaneidade. Estudo comparativo dos casos italiano, venezuelano e outros. Jus Navigandi. Teresina. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10757>>. Acesso em: 13 dez. 2007.

Em 2014, os uruguaios rejeitaram mediante referendo uma emenda constitucional que pretendia baixar de 18 para 16 a idade da maioria penal no país, onde 53% dos eleitores votaram contra a mudança⁴⁰.

No mesmo ano aconteceu um referendo histórico, que quase determinou a independência da Escócia, dissolvendo uma união de 307 anos com o Reino Unido.

Em breves traços, a Escócia e a Inglaterra já haviam sido parte, temporariamente, de um mesmo arranjo em 1603 sob o governo de James VI da Escócia e entre 1653-1660 sob o governo de Oliver Cromwell. Entretanto, foi apenas em 1707 que estabeleceram, por vontade conjunta, o Reino da Grã-Bretanha. A Irlanda juntar-se-ia em 1801 – e boa parte desjuntar-se-ia subsequentemente em 1922 – transformando-o em Reino Unido. O atual Reino Unido da Grã Bretanha e da Irlanda do Norte inclui também o País de Gales, incorporado pelo Reino da Inglaterra desde o século 16⁴¹.

Por meio do referendo, os jornais informaram que 84,5% dos escoceses foram às urnas para responder a seguinte questão: “Deve a Escócia ser um Estado independente?”. O “não” (pela continuidade do país na Comunidade Britânica) obteve 55% dos votos, enquanto 45% sufragaram o “sim”.

Pelo visto, a saga de William Wallace, o guerreiro escocês que liderou seus compatriotas na resistência à dominação inglesa, magistralmente transposta para o cinema por Mel Gibson, não foi devidamente considerada pelos atuais escoceses...

O importante deste referendo não foi a derrota da proposta da independência da Escócia. Segundo o historiador e colunista Manuel Loff⁴², em excelente artigo de opinião, o que demonstra o referendo escocês é que os cidadãos percebem que “a mudança está ao seu alcance”.

Recentemente na Catalunha, quarenta anos depois de restabelecida a *Generalitat* (Governo catalão) e com ela o autogoverno mais amplo de sua história, os governantes da região decidiram romper o consenso constitucional de 1978, colocar grande parte de sua população contra o Estado espanhol e levar até o fim um referendo de secessão que coloca em risco a própria ideia de Espanha e de União Européia.

O interessante que acontece na Catalunha é que a defesa da democracia é o argumento usado por ambos os lados, tanto pelo governo central de Madrid quanto pelo movimento separatista em Barcelona. Veremos o que a história nos dirá.

Por fim, o que nos importa agora é verificar como as pessoas não só se preocupam sobre questões de identidade, mas também querem que as decisões políticas, dependendo do assunto em causa, sejam tomadas a um nível de governo adequado e tão próximo delas quanto possível, seja este de âmbito de natureza local, regional ou nacional.

40 REFERENDO. Uruguai rejeita redução da maioria penal. Zero Hora Notícias. Porto Alegre (27 Out. 2014). Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/10/uruguai-rejeita-diminuicao-da-maioridade-penal-4629827.html>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

41 CALABRIA, Carina - O Reino (des)Unido da Grã Bretanha: entendendo o referendo e seus possíveis impactos constitucionais em quatro atos. Primeiro Ato: Prelúdio. Crítica Constitucional [em linha]. Brasília. Disponível em: <<http://www.criticaconstitucional.com/o-reino-desunido-da-gra-bretanha-entendendo-o-referendo-e-seus-possiveis-impactos-constitucionais-em-quatro-atos/>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

42 LOFF, Manuel - A Escócia e os “perigos” da democracia. Público. Lisboa. (27 Set. 2014). Disponível em: <<http://www.publico.pt/opiniao/jornal/a-escocia-e-os-perigos-da-democracia-28894727>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

4 CONCLUSÕES

Nas páginas anteriores, usando de elevado sintetismo para tratar de um tema complexo, e depois de termos traçado linhas sobre a Democracia, Estado Democrático, participação popular e Constitucionalismo, procuramos identificar as implicações entre consultas públicas e a Constituição, explorando as potencialidades protetivas da Carta Política através do referendo constitucional.

Analisou-se a interação entre Constituição e consultas populares como forma de abrandar os defeitos inegáveis da democracia representativa. Viu-se que afigura-se absolutamente viável a pretensão de se valer de tais instituídos pela Constituição para fortalecer a democracia.

Buscaram-se aqui, portanto, critérios para a utilização legítima de tais instrumentos, lançando-se mão do estudo da casuística internacional.

Dentre plebiscito e referendo, ao menos por dois motivos este se sobressai àquele quanto a matérias constitucionais. Primeiro, por ser, pelo critério legal-temporal, ato posterior à decisão parlamentar, dá ao povo a última palavra no processo de formação legislativo. Segundo, porque pelo critério do objeto, somente o referendo recai sobre normas.

Assim, olhando conclusivamente para o exposto pode-se dizer que o referendo é maneira mais adequada pela qual o titular deste poder constituinte reformador, o povo, tem para exercê-lo, seja por ser a emenda constitucional um texto normativo (critério do objeto), seja por ser pelo referendo que se ouve a palavra final do povo (critério legal-temporal).

Não obstante, e como conclusão absoluta, pode-se observar que as Constituições contemporâneas consagram e salvaguardam de alterações discutíveis exatamente a democracia, assegurando direitos fundamentais e afastando a possibilidade de deliberações anti-democráticas por parte dos poderes constituídos.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 2009.

BERCOVICI, Gilberto; CATTONI, Marcelo; LIMA, Martonio Barreto, STRECK, Lenio Luiz. Movimento Ingênuo: Defender assembleia constituinte, hoje, é golpismo e haraquiri institucional. *Revista Consultor Jurídico*. (26 Ago. 2014). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/defender-assembleia-constituente-hoje-golpismo-institucional>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

CALABRIA, Carina. O Reino (des)Unido da Grã Bretanha: entendendo o referendo e seus possíveis impactos constitucionais em quatro atos. Primeiro Ato: Prelúdio. *Crítica Constitucional* [em linha]. Brasília. Disponível em: <<http://www.criticaconstitucional.com/o-reino-desunido-da-gra-bretanha-entendendo-o-referendo-e-seus-possiveis-impactos-constitucionais-em-quatro-atos/>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

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

CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia: Soberania e Poder Constituinte. *Revista Direito GV*. São Paulo. v. 6, n. 1, Jan.- Jun. 2010, p. 166.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen. *Precommitment and the paradox of democracy*. **Constitutionalism and Democracy** [Em linha]. Cambridge University Press, 1988. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20532/o-mito-da-incompatibilidade-entre-democracia-e-constitucionalismo-analise-do-pensamento-de-stephen-holmes#ixzz3ImwiBTDX>>. Acesso em: 18 nov 2017.

LOFF, Manuel. A Escócia e os “perigos” da democracia. **Público**. Lisboa. (27 Set. 2014). Disponível em: <<http://www.publico.pt/opiniao/jornal/a-escocia-e-os-perigos-da-democracia-28894727>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo 7.

REFERENDO. Uruguai rejeita redução da maioria penal. Zero Hora Notícias. Porto Alegre (27 Out. 2014). Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/10/uruguai-rejeita-diminuicao-da-maioridade-penal-4629827.html>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O *referendum* e a representação democrática no Brasil. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 92, out./dez. 1986.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do. **A Democracia Semidirecta em Portugal**. Madrid: Editorial Universitat, S.A., 2013.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. Referendo e plebiscito: um estudo sobre os institutos de democracia semidireta e o risco de seu desvirtuamento na contemporaneidade. Estudo comparativo dos casos italiano, venezuelano e outros. **Jus Navigandi**. Teresina (13 Dez. 2007). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10757>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. **O Referendo: Perfil histórico-evolutivo do Instituto. Configuração Jurídica do Referendo em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.