
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
Alice Gonzáles Borges	(<i>in memoriam</i>)
Carlos Ari Sundfeld	Marçal Justen Filho
Carlos Ayres Britto	Marcelo Figueiredo
Carlos Delpiazzi	Márcio Cammarosano
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Maria Cristina Cesar de Oliveira
Celso Antônio Bandeira de Mello	Nelson Figueiredo
Clèmerson Merlin Clève	Odilón Borges Junior
Enrique Silva Cimma	Pascual Caiella
Eros Roberto Grau	Paulo Eduardo Garrido Modesto
Fabrcio Motta	Paulo Henrique Blasi
Guilherme Andrés Muñoz	Paulo Ricardo Schier
Jorge Luís Salomoni	Pedro Paulo de Almeida Dutra
José Carlos Abraão	Regina Maria Macedo Nery Ferrari
José Eduardo Martins Cardoso	Rogério Gesta Leal
José Luís Said	Rolando Pantoja Bauzá
José Mario Serrate Paz	Sérgio Ferraz
Juan Pablo Cajarville Peruffo	Valmir Pontes Filho
Juarez Freitas	Yara Stropa
Julio Rodolfo Comadira	Weida Zancanner
Luís Enrique Chase Plate	

Lúcia Valle Figueiredo

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião. e-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros - CRB 1545/MG - 6ª região
© Editora Fórum Ltda., 2003.
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.
Distribuída em todo o território nacional
Assinaturas e comercialização:
Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15-16 andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG
Tel.: (31) 2121-4900 – 0800 704-3737
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br
site: www.editoraforum.com.br

O Referendo como Fase Legislativa das Emendas Constitucionais

Eneida Desiree Salgado

Professora de Direito Eleitoral da Unicenp e da UniBrasil. Mestranda em Direito do Estado na UFPR

Se a Constituição é utopia, nós somos utopistas, se a liberdade é sonho ou quimera, nós somos sonhadores, se o Direito é falácia, nós somos palradores ingênuos, se a verdade é demagogia, nós somos insensatos, se o contrato social é ficção e engodo, nós somos seus derradeiros abencerragens, se a separação de poderes é arcaísmo ou velharia, nós somos os guardas desse museu.

*Paulo Bonavides**

Sumário: 1 Introdução - 2 Conceito jurídico e conceito político de Constituição - 3 O poder “constituente” reformador - 4 As emendas constitucionais e a exigência de referendo - 5 Conclusão

1 Introdução

A atual situação brasileira reflete um descrédito absoluto nas instâncias representativas. O comportamento político, notadamente no Poder Legislativo, leva o cidadão a não ver o parlamentar como o seu representante, como defensor de seus interesses e, principalmente, do interesse comum.

Isto demonstra um verdadeiro déficit democrático, a macular fundamentalmente a democracia brasileira. Efeito deste cenário é a completa apatia política, e a crença de que política é algo ruim, quase pejorativo.¹

Uma das causas desta crise é a infidelidade partidária. No Brasil, os partidos políticos não possuem de forma alguma uma identidade ideológica,² e isto se revela na “dança” dos parlamentares (e até de alguns detentores de mandato no Poder Executivo) entre partidos que, ao menos por sua denominação, deveriam encontrar-se em extremos opostos no cenário político.

* A Democracia Participativa como Alternativa Constitucional ao Presidencialismo e ao Parlamentarismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 3, p. 481.

¹ Assim, por exemplo, agem as pessoas se orgulham de afirmar que não se interessam por política, como para deixar claro que não são pessoas “do mal”.

² Salvo, pelo menos até assumir o governo federal, o Partido dos Trabalhadores, e os pequenos partidos de esquerda.

Esta realidade impede que o cidadão/eleitor se identifique com determinada proposta política. Somado à infidelidade partidária, o sistema eleitoral proporcional, com listas abertas, revela-se porque não há, de fato, na grande maioria do eleitorado brasileiro, uma identificação político-ideológica.

A inflação legislativa é outra causa deste fenômeno. Torna-se impossível defender seriamente a idéia de autolegislação em um Estado onde as leis são promulgadas em profusão e sem qualquer notícia do fato à sociedade. Que a motivação seja a invasão da técnica no âmbito da política, que não é mais possível que o cidadão comum entenda de todos os complexos assuntos e decisões que um Estado exige, isto até é aceitável. Mas a sociedade, ainda que não esteja preparada para fazer a melhor escolha em determinado assunto, precisa, ao menos, saber do que se trata.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, não apenas as leis se multiplicam assustadoramente. O próprio texto constitucional sofre alterações rotineiras, por um “poder constituinte permanente”, cotidiano mesmo, que se instalou no solo pátrio, principalmente a partir de 1994, com o primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso.

As mudanças constitucionais, por vezes absolutamente determinantes, são feitas ao arrepio da concordância (e até, porque não dizer, da consciência) da sociedade. A soberania popular, princípio constitucional absoluto e fundamental de qualquer Estado que se afirme democrático, é solenemente ignorada por aqueles que deveriam ser exatamente os representantes do povo.

O peso da Constituição, o seu lugar de ápice ou centro do ordenamento jurídico, a sua força normativa, não representa mais nada no cenário brasileiro de hoje. Desprezada e transformada, a Constituição brasileira não representa mais os anseios de seu povo.³

Este artigo apresenta uma possibilidade de resgatar a participação da sociedade na defesa e na determinação do texto constitucional. Ao apresentar o referendo como fase legislativa das emendas constitucionais,⁴ faz-se um movimento no sentido de trazer a discussão constitucional para o seio da sociedade.

A intenção não é impedir a mudança na Constituição. Mas defende-se a impossibilidade de sua alteração freqüente, que leva à perda da

³ O centro das discussões no V Simpósio Nacional de Direito Constitucional (realizado em outubro de 2003 em Curitiba) foi, exatamente, a defesa da Constituição. Este artigo pode ser enquadrado nesta luta.

⁴ Sugestão feita por Paulo Bonavides em palestra proferida no IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional, em outubro de 2002.

dignidade constitucional e à alienação política dos cidadãos.

Para a defesa desta proposta será apresentado um conceito de Constituição que a identifica com a idéia de Direito de uma determinada sociedade em dado momento. Será trazida a idéia de força normativa da Constituição, de vontade de Constituição. A conformação histórica da Assembléia Constituinte brasileira de 1987, sua inserção na sociedade e a participação popular serão objetos de análise, ainda que breve.

Em seguida será trazida a idéia de poder constituinte. A imprecisão terminológica de “poder constituinte reformador” e sua legitimidade, seus limites e sua relação com a soberania popular serão objetos de considerações.

Com fundamentos nestes dois pilares, será então colocada a proposta da exigência de referendo para a aprovação das emendas constitucionais, como imposição de um regime efetivamente democrático.

2 Conceito jurídico e conceito político de Constituição

Para o desenvolvimento da proposta aqui apresentada, faz-se necessário fazer referência a um conceito de Constituição, que alcance sua dimensão jurídica — identificada com a sua força normativa — e sua dimensão política — que a vê como decisão política fundamental de uma sociedade. Com a articulação entre estas duas visões, será possível construir a proposta aqui apresentada.

2.1 A dimensão jurídica: a força normativa

Como idéia básica, facilmente compartilhada por todos, a Constituição é a lei mais importante em uma sociedade. Anteriormente referida como o ápice da pirâmide normativa e atualmente vista como o centro do ordenamento jurídico, de onde irradiam efeitos para todas as demais normas, a Constituição é juridicamente a lei fundamental de um Estado.

Como lei que é, a Constituição possui uma força normativa. As considerações a respeito da força normativa da Constituição partirão, principalmente, da obra de mesmo nome de Konrad Hesse, base de sua aula inaugural na Universidade de Freiburg em 1959. Também serão utilizados os ensinamentos de Gomes Canotilho⁵ e Luís Roberto Barroso.⁶

Hesse contrapõe-se às colocações de Ferdinand Lassale (A essência

⁵ De sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

⁶ De sua obra *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*.

da Constituição) que afirma que as questões constitucionais são políticas e não jurídicas. Lassale vê a Constituição jurídica como uma folha de papel que apenas reproduz as relações reais de força, de poder — e, desta forma, o pedaço de papel sucumbe diante dos fatores reais de poder. Hesse assinala que esta concepção de Constituição nega o Direito Constitucional e nega o seu valor enquanto ciência jurídica. E, conseqüentemente, leva à negação da ciência da Teoria Geral do Estado. Frente à concepção de Lassale, o Direito Constitucional teria apenas a função de justificar as relações de poder dominantes.⁷

Hesse afirma que a Constituição tem uma força normativa, que, ainda que limitadamente, motiva e ordena a vida do Estado. Para Canotilho, afirmar sua força normativa significa compreender que a Constituição é uma lei vinculativa dotada de efetividade e aplicabilidade. Barroso parte da Constituição como um sistema de normas jurídicas, e portanto dotadas de seus atributos, principalmente a imperatividade.⁸

Enquanto Hesse ressalta que inexistente no âmbito do Direito Constitucional uma garantia externa para a execução de seus preceitos, Barroso afirma que a Constituição deve encontrar em si mesma a própria tutela e garantia, por meio de sanção de responsabilização política.⁹ Canotilho, neste ponto, afirma que o Estado constitucional democrático exige um mínimo de garantia da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais e sanção ao seu descumprimento.

Em seus argumentos em defesa de uma força normativa da Constituição, Hesse parte de três pontos: o condicionamento recíproco entre Constituição e realidade; os limites e as possibilidades de atuação da Constituição; e os pressupostos de eficácia da Constituição.¹⁰

Faz-se necessário superar o pensamento constitucional que isola norma e realidade, que atribui força determinante apenas às relações fáticas, que leva a uma concepção de realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. Argumenta Hesse¹¹ que a norma constitucional não tem existência autônoma face à realidade, sua essência está na sua vigência — a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. É uma pretensão de eficácia, ligada às condições históricas da sua realização e dependente delas. Ressalta que a pretensão de eficácia não se confunde

⁷ *A Força Normativa da Constituição*, p. 11.

⁸ *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 77-78.

⁹ *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 87.

¹⁰ *A Força Normativa da Constituição*, p. 13.

¹¹ *A Força Normativa da Constituição*, p. 14 et seq.

com as condições de sua realização, mas associa-se a elas como elemento autônomo. Isto significa que a Constituição não apenas reflete um ser, mas expressa também um dever ser — a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. A Constituição determina e é determinada pela realidade social.

Canotilho acompanha Hesse nestes argumentos, ao afirmar que a condicionalidade recíproca entre constituição escrita e constituição material, a explicitação na constituição escrita ou formal do complexo de fins e valores agitados pelas constelações políticas e materiais, é pressuposto para a força normativa da Constituição. E afirma que o conceito de Constituição normativa refere-se a um conteúdo, a um corpo de regras jurídicas vinculativas do “corpo político” e estabelecedoras de limites jurídicos ao poder, informado por princípios materiais fundamentais. Constituição normativa é, também para Canotilho, um conceito de dever ser.

Em Hesse, a Constituição adquire força normativa na medida em que realiza sua pretensão de eficácia. As possibilidades e os limites de sua realização resultam da relação entre Constituição e realidade. A vinculação da Constituição à situação concreta e seus condicionantes é a medida de suas possibilidades e limites. A Constituição não pode produzir substâncias novas, mas pode dar-lhes forma. A Constituição deve encontrar um germe material da sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional.

Utilizando Humboldt, Hesse afirma que a Constituição não pode querer construir o Estado de forma teórica ou abstrata, sob pena de permanecer eternamente estéril — devem ser consideradas as leis culturais, sociais, políticas e econômicas. A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. Mas vai além, insere-se como força ativa na natureza singular do presente, impondo tarefas — que exigem, por sua vez, uma vontade geral de realizar esta tarefa. Isto é o que Hesse denomina vontade de Constituição:¹² compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio; compreensão de que esta ordem é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e necessita de um constante processo de legitimação; consciência da necessidade da vontade humana para a realização desta ordem.

Os pressupostos de eficácia da Constituição, que permitem o desenvolvimento de sua força normativa, referem-se ao conteúdo da Constituição

¹² *A Força Normativa da Constituição*, p. 19.

e à sua práxis. Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, mais será possível o desenvolvimento de sua força normativa. É necessário que a Constituição incorpore o estado espiritual de seu tempo, para que lhe sejam assegurados o apoio e a defesa da consciência geral. Ainda é necessário conseguir se adaptar a mudanças dos condicionantes, para evitar revisões constitucionais que desvalorizam sua força normativa. A Constituição não pode assentar-se, ainda, em uma estrutura unilateral, mas deve incorporar, ponderadamente, parte da estrutura contrária.

Barroso entende efetividade como eficácia social da norma, como cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, como reconhecimento do Direito pela comunidade. E apresenta quatro pressupostos para a concretização do comando normativo constitucional: 1) a Constituição, ainda que prospectiva e transformadora, deve conter-se em limites de razoabilidade, sob pena de comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social; 2) as normas constitucionais devem ter sua eficácia jurídica plenamente reconhecida, sendo tomadas como imperativas e ensejando aplicação coativa em caso de inobservância; 3) as normas constitucionais devem possibilitar a identificação imediata da posição jurídica em que investem os jurisdicionados; e 4) estas posições jurídicas devem garantidas por instrumentos de tutela que possibilitem sua realização prática.¹³

A efetivação da força normativa, para Hesse, exige também uma práxis constitucional — todos os partícipes da vida constitucional devem partilhar a vontade de Constituição, defender a preservação da Constituição frente a interesses particulares, para fortalecer o respeito à ordem constitucional e a essência do Estado democrático. O controle judicial da Constituição, para Canotilho, assegura sua força normativa, impedindo alteração de seu sentido e desvirtuamento de seus mandamentos.

A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, sua pretensão de eficácia só pode se realizar levando em conta esta realidade, mas também ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades e os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser e dever ser.

A força da Constituição, que se incorpora à realidade e a determina, impõe-se de forma mais efetiva quanto maior for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto maior for a vontade de Constituição.

¹³ *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 89.

Ressalta Hesse, porém, que a vontade de Constituição não pode alterar as condicionantes naturais. A Constituição é posta em prova nos momentos de necessidade, nos tempos difíceis. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se a Constituição lograr preservar a sua força normativa também em tempos difíceis, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio.¹⁴

Em eventual conflito entre a Constituição e a realidade, aquela não deve ser considerada necessariamente a parte mais fraca. Existem pressupostos realizáveis que permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando estes pressupostos não puderem ser satisfeitos, as questões constitucionais convertem-se em questões de poder — e a Constituição jurídica sucumbe face à realidade.

Neste contexto o Direito Constitucional apresenta-se como uma ciência normativa, mas não meramente normativa, caracterizando-se por seu condicionamento à realidade e pela falta de garantia externa para a observância de suas normas (para Hesse). O Direito Constitucional deve preservar, modestamente, a consciência de seus limites. Sua meta é a concretização plena da força normativa da Constituição e a realiza ao evitar que as questões constitucionais se transformem em questões de poder. Compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição, a maior garantia de sua força normativa. Configura-se imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional.

A política interna se encontra juridicizada, os princípios basilares não podem ser alterados por revisão constitucional, as cortes constitucionais têm competência plena sobre os conflitos constitucionais — estes elementos ressaltam o peculiar significado atribuído à Constituição jurídica na vida do Estado moderno. A vontade de Constituição é decisiva para a práxis constitucional.

Termina Hesse afirmando que “a resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós.”¹⁵

¹⁴ *A Força Normativa da Constituição*, p. 24-25.
¹⁵ *A Força Normativa da Constituição*, p. 32.

Além dessa dimensão jurídica, a Constituição pode ser vista por seu viés político. José Afonso da Silva mostra que as concepções parciais do conceito de Constituição são insuficientes, e apresenta o seguinte entendimento:

A constituição é algo que tem, *como forma*, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); *como conteúdo*, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); *como fim*, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, *como causa criadora e recriadora*, o poder que emana do povo.¹⁶

Para a construção da proposta trazida por este artigo, importa, além da dimensão jurídica, a dimensão política da Constituição.

Ao fazer a distinção entre concepção jurídica e concepção política da Constituição, Burdeau identifica esta com a garantia das liberdades individuais que limita a atividade dos governantes.¹⁷ E trata da estrutura interna da Constituição, de similar conteúdo em todos os Estados.

Como objeto da Constituição, apresenta a organização do exercício do poder, que se manifesta em duas vertentes: (i) na designação das pessoas ou conselhos que decidem pelo Estado, fixação de sua competência e modo de exercício e (ii) na indicação da doutrina de organização social e política, identificando a idéia de Direito fundamento do Estado.¹⁸

A primeira, ao fazer a designação da competência, estabelece a legitimidade e institui a autoridade dos governantes. Isto constitui os limites de sua ação, “pois ainda que sua competência seja muito ampla, seu exercício fica subordinado ao fim em vista do qual lhes é concedida, ou seja, a serviço do interesse comum”.¹⁹

A Constituição também indica a idéia de Direito que anima a instituição estatal, o fim que deve buscar o Estado. A idéia de Direito, para Burdeau, é a representação dominante da ordem social desejável que existe em toda sociedade política suficientemente unificada. Ela representa as exigências a serem obrigatoriamente cumpridas pelo poder. A idéia de Direito cria o poder e este altera o seu título, perde sua legitimidade, se a trai.²⁰

Burdeau afirma que a idéia de Direito como conteúdo da Constituição

¹⁶ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 41.

¹⁷ *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, p. 79.

¹⁸ *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, p. 90.

¹⁹ *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, p. 91, tradução livre. No original: “*pues aunque su competencia sea muy amplia, su ejercicio queda subordinado al fin en vista del cual les es concedida, es decir, al servicio del interés común*”

²⁰ *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, p. 39.

é usualmente subestimada porque raramente está explícita no texto constitucional. No Brasil, no entanto, a Constituição de 1988 expressa claramente a idéia de Direito no preâmbulo²¹ e no artigo terceiro.²² Assim, seu reconhecimento e sua força vinculativa (ao menos negativa, impondo a invalidade de atos legislativos, executivos ou judiciais contrários a ela) são inafastáveis.

Gomes Canotilho, ao trazer as dimensões atuais da Teoria da Constituição²³, parte das concepções de Constituição como ordem jurídica fundamental do Estado e como estatuto jurídico do político e apresenta a Constituição como ordem-aberta e como ordem-quadro.

Ao lado das funções clássicas da Constituição, como legitimação da ordem política, garantia e proteção, organização do poder político e ordem e ordenação, ressalta a função de revelação de consensos fundamentais. E é esta que interessa neste artigo.

Segundo Canotilho, “uma das principais funções de uma lei constitucional continua a ser a da *revelação normativa do consenso fundamental* de uma comunidade política relativamente a princípios, valores e ideias directrizes que servem de padrões de conduta política e jurídica nessa comunidade”.²⁴ Os princípios ali determinados representam um padrão de conduta política e jurídica que deve ser observada.

Mais adiante Canotilho apresenta a função de autovinculação da Constituição, que assegura o compromisso estabelecido no texto constitucional. As escolhas positivadas constitucionalmente apontam as preferências e assim afastam as posturas que delas destoam.

Ana Paula de Barcellos trata da idéia de Constituição e seu papel e ressalta a crescente ampliação das tarefas da Constituição:

Além de estruturar o Estado, como tradicionalmente lhe cabia, passou-se a reconhecer à Constituição o poder de tomar decisões políticas fundamentais e estabelecer prioridades, fins materiais, objetivos públicos — a chamada *constituição dirigente*, na consagrada expressão de Canotilho — que têm o efeito de

²¹ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

²² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²³ Em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Título 4, p. 1327 et seq.

²⁴ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1334.

determinar em boa medida o comportamento futuro do Estado que se organiza, independentemente do grupo que esteja no poder em cada momento.²⁵

Assim, não é apenas em Burdeau que se encontra a noção de Constituição como idéia de Direito, como conjunto de valores, preferências e fins a serem levados em consideração pelos agentes estatais.

Toda essa digressão a respeito da idéia de Direito faz-se necessária para apresentar a Constituição como o resultado das aspirações de uma sociedade em determinado momento histórico. Tal é o caso da Constituição brasileira de 1988, que corresponde aos anseios da sociedade naquele momento de abertura democrática.

A idéia de Constituição da sociedade brasileira contemporânea é a positivada pelo constituinte de 1987. Resta discutir se o poder constituído, com competência de reforma, pode atingir e modificar esta idéia de Direito sem perder a sua legitimidade.

3 O poder “constituente” reformador

As Constituições, como representam a idéia de Direito de uma sociedade em determinado momento histórico, não podem ser imutáveis. Ainda que seja possível a alteração de significado de suas normas por força de interpretação jurisprudencial, esta sempre encontrará os limites do texto constitucional — que, a partir de um certo grau de mudanças conjunturais, serão insuficientes para dar conta da nova realidade.²⁶

A própria Constituição prevê a possibilidade de sua alteração, instituindo a competência do Poder Legislativo para a reforma da Constituição, mediante limites materiais e formais.

Este poder de reforma é poder instituído pelo poder constituinte, com limitações. É chamado também de poder constituinte derivado, pois deriva do poder constituinte originário. A utilização do adjetivo “constituente”, no entanto, não revela uma precisão terminológica, pois poder constituinte é inicial, ilimitado e autônomo.

Ainda que se apresentem limites ao poder constituinte derivado — transcendentais (direito natural), imanentes (organização do Estado) e heterônomos (tratados internacionais) — é inegável a sua força para instituir um Estado com uma nova idéia de Direito, reflexo das aspirações sociais.

²⁵ *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 15.

²⁶ Grande parte das considerações deste item são resultado de anotações das aulas do Prof. Alvacir Alfredo Nicz no curso Teoria Geral do Direito Constitucional, no segundo semestre de 2003, no Mestrado em Direito da UFPR.

O poder de reforma, no entanto, não parece possuir esta força. Não pode ser capaz de alterar completamente a organização social, mudando os valores e as opções políticas feitas pelo poder constituinte. Tanto é assim que são inquestionáveis os limites ao poder de reforma.

3.1 Os limites da reforma

Os limites expressos ao poder de reforma são temporais, circunstâncias, materiais e formais.

A Constituição pode ter em seu texto uma norma que impeça sua alteração por determinado prazo. É o que constava da Constituição Portuguesa de 1911, e também na Constituição Imperial brasileira:

Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles.

O limite temporal não consta da atual Constituição brasileira. As primeiras emendas ao texto original datam de 1992, menos de 4 anos da promulgação da Carta. A primeira alterou dois artigos relativos à remuneração dos Deputados Estaduais e Vereadores. A segunda antecipou o plebiscito previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Os limites circunstanciais referem-se à impossibilidade de alteração da Constituição em momentos de instabilidade política. Assim, a Constituição não pode ser modificada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa e estado de sítio. A Constituição brasileira impõe estes limites no parágrafo 1º do seu artigo 60. Alguns Estados incluem a invasão estrangeira.

Os limites materiais são os referentes às decisões políticas mais importantes do poder constituinte. São definições que não podem ser alcançadas por um poder que não é originário, ilimitado, autônomo e incondicionado.

A Constituição do Império previa a impossibilidade de emenda alterar a igualdade de representantes dos Estados no Senado. A primeira Constituição republicana não admitia projetos de reforma tendentes a abolir a forma republicano-federativa (o que revela que a opção pela República — e o eventual retorno à Monarquia — só poderia ser feita por um poder constituinte originário, a partir de uma revolução ou de uma mudança radical da idéia de Direito da sociedade), ou a igualdade da representação

dos Estados no Senado.

A Constituição atual dispõe em seu artigo 60:

§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.

Os limites formais são aqueles que impõem um rito diferenciado para a alteração da Constituição, diferenciando-a dos demais processos legislativos. Decorrem da rigidez constitucional.

Novamente trazendo a Constituição do Império, ressalta-se que havia a distinção entre as disposições materialmente constitucionais e as que o eram apenas formalmente e que a reforma dos dispositivos decorria desta natureza:

Art. 178. E' só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.

A Constituição atual não faz esta distinção. Todas as suas disposições somente podem ser alteradas seguindo o rito e respeitando as ressalvas do artigo 60:

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 Assembléias 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.

Ainda podem ser reconhecidos limites implícitos ao poder de reforma. Jorge Miranda apresenta o postulado lógico da submissão do poder constituído ao poder constituinte — daí decorre a impossibilidade de alteração ampla da Constituição que represente um novo texto. Os limites materiais e formais explícitos não podem ser alterados pelo poder de reforma, para não invalidar o comando de rigidez constitucional e as mais importantes decisões políticas.

Demonstrado que o poder de reforma, posto que derivado do poder constituinte e sujeito a limites, é incapaz de legitimamente alterar a idéia de Direito de uma sociedade, é impossível aceitar as constantes mudanças constitucionais no Brasil. Se não por argumentos jurídicos, pelos argumentos políticos apresentados a seguir.

3.2 A Constituinte de 1987

A Emenda Constitucional 26/85 dá ao Congresso que seria eleito poderes constituintes. A ausência de uma ruptura institucional e a inexistência de uma Assembléia Constituinte autêntica leva doutrinadores a questionar a legitimidade para a elaboração de uma Constituição.

O Congresso é eleito para elaborar a Constituição. Assim a escolha do representante pelo cidadão é consciente e lhe delega poderes constituintes. A alegação de ausência de ruptura institucional ignora a silenciosa revolução que ocorreu no país desde o movimento de 1964, que expressou o seu grito durante as Diretas Já e culminou com a abertura democrática a partir de 1985. Se o derramamento de sangue foi pouco, isto não significa que não houve batalhas pela democracia.

A participação popular no processo constituinte é considerável. A imprensa leva aos brasileiros as discussões da Assembléia. Os eleitores se organizam para influenciar nas decisões. Há uma construção coletiva da idéia de Direito que será constitucionalizada.²⁷

José Afonso da Silva faz uma análise dos trabalhos da Constituinte

²⁷ Daí, talvez, a peculiaridade da Constituição brasileira. Muitas mãos a escreveram — assim não pode surpreender o número de artigos e de temas que fazem parte de seu texto.

que revelam a inclusão do cidadão nas discussões:

A metodologia adotada incluiu duas técnicas importantes: *audiências públicas* e *participação popular* no processo de elaboração constitucional. Foram apresentadas cento e vinte e duas emendas populares num total de doze milhões de assinaturas. A proposta sobre os direitos da criança foi apoiada por um milhão e duzentos mil eleitores. Outra sobre a educação obteve o apoio de setecentos e cinquenta mil e setenta e sete eleitores. Outra pleiteando a introdução na constituição de institutos de participação popular conseguiu o apoio de trezentas e trinta e seis mil e quarenta e sete assinaturas. Esses exemplos mostram o quanto o processo foi bem recebido pelo povo, que procurou estar presente e discutir seus interesses e direitos, o que certamente influenciou nos Constituintes na construção de uma democracia de conteúdo social.²⁸

Esta legitimidade popular obtida pela Constituição de 1988 é algo que destoia da experiência histórica brasileira. Desta forma, deveria ser protegido pelos representantes do povo, que exercem — e apenas parcialmente — a soberania, mas não são seus titulares.

A alteração constante da Constituição parece deslocar a origem do poder no Estado brasileiro. Os parlamentares, que constroem uma nova Constituição vilipendiando o texto original, colocam suas idéias, seus valores, no lugar da idéia de Direito coletivamente construída durante os trabalhos da Assembléia. E isso ocorre sem qualquer participação do cidadão, em flagrante ofensa à soberania popular.

Isto será desenvolvido a seguir.

4 As emendas constitucionais e a exigência de referendo

Uma mudança na Constituição deveria ser algo excepcional e até cercado de um certo rito, pois altera a “idéia de Direito” de uma comunidade, seja integralmente, seja com relação a decisões menores.²⁹

Assim não é no Brasil. A profusão de emendas constitucionais, algumas de grande extensão, outras que alteram dispositivos já alterados, mostra um desrespeito ao texto constitucional, sua banalização. Uma Constituição de 15 anos, com 46 emendas³⁰ — sendo seis emendas de revisão, espelha um cenário lamentável do constitucionalismo brasileiro, de todo o ordenamento jurídico, das instituições políticas e jurídicas e da cidadania.

²⁸ Em *Poder Constituinte e Poder Popular*, p. 109-110. Gisele Cittadino faz breve análise do processo constituinte em sua obra *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*.

²⁹ Ainda que atinja apenas dispositivos formalmente constitucionais, pois também estes são fruto de uma escolha, e foram julgados importantes no processo constituinte.

³⁰ Dado atualizado em 26 de novembro de 2003, sujeito a alteração a qualquer momento e por qualquer motivo.

A revisão constitucional deve ser evitada, pois representa a supremacia das relações de fato sobre a ordem normativa, e abala a estabilidade constitucional, indispensável à força normativa da Constituição. A interpretação constitucional, decisiva para a consolidação e a preservação da força normativa da Constituição, está submetida ao princípio da ótima concretização da norma — à concretização, de forma excelente, do sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.³¹

Da forma como isto ocorre no parlamento brasileiro isto fica ainda mais grave. As discussões ocorrem no âmbito das casas legislativas (na melhor das hipóteses — na pior delas, em corredores escuros e às escondidas), sem escapar de seus limites. Ainda que os meios de comunicação façam referência a possíveis propostas de mudança na Constituição, as informações são escassas, muitas vezes (propositalmente ou não) parciais e incompreensíveis para a maioria da população.

O cidadão, titular do poder constituinte segundo disposição expressa na Constituição e não passível de emenda, fica alheio à discussão. Não há preocupação de trazê-lo para o debate. Aliás, a forma como os temas são colocados parece afastá-lo de vez, impondo-lhe uma distância justificada pelo grau de “tecnicidade” de determinadas matérias, sobre as quais o “cidadão comum” não tem condições de opinar.

A idéia de autolegislação é relativizada nos Estados contemporâneos, com todos os argumentos dos defensores da democracia representativa como a única possível atualmente, mas não pode ser aniquilada, esvaziada por completo, com o deslocamento da titularidade do poder em um Estado Democrático de Direito.

A adoção do referendo como fase legislativa final das emendas constitucionais é uma forma de resgatar a idéia de democracia, como processo de participação dos governados na vontade governativa.³²

4.1 A democracia participativa

A democracia semidireta ou participativa tempera a democracia representativa com algumas formas de participação direta, na tentativa de aproximar o povo do poder, realização do ideal democrático.

A adoção do modelo de democracia participativa revela uma opção política de aproximar o cidadão do efetivo exercício do poder. Assim se

³¹ Assim manifesta-se Konrad Hesse em *A Força Normativa da Constituição*, p. 22.

³² BONAVIDES. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, p. 57.

manifesta Striquer Soares:

Tendo encontrado as limitações e inviabilidades da democracia direta, tendo encontrado as limitações da representação popular, como mantendo um círculo onde há somente atividade política, intangível ao controle jurídico, a democracia semidireta aparece como mecanismo para aproximar o povo do poder e como meio para atingir aquele conteúdo político, não por normas do Direito, mas pelo próprio titular do poder.³³

A democracia semidireta apresenta-se assim como uma maneira de mitigar os desvios da democracia representativa, face à impossibilidade (ao menos de acordo com o consenso geral) da democracia direta nos Estados contemporâneos.

O constituinte brasileiro adotou expressamente a democracia participativa. Dispõe o parágrafo primeiro do artigo primeiro, abrindo a carta constitucional:

Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O poder do povo — a soberania popular — é exercido por meio de representantes (democracia representativa) ou diretamente (democracia direta). Com a combinação dos dois modelos de democracia, chega-se à configuração de uma democracia participativa.

Paulo Bonavides faz uma defesa apaixonada da democracia participativa, indicando que:

A chave constitucional do futuro entre nós reside, pois, na democracia participativa, que faz soberano o cidadão-povo, o cidadão-governante, o cidadão-nação, o cidadão titular efetivo de um poder invariavelmente superior e, não raro, supremo e decisivo.³⁴

A Constituição traz em seu artigo 14 os instrumentos de democracia direta que define a democracia brasileira, elencando o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

4.2 Iniciativa popular: a farsa

A iniciativa popular de lei apresenta, na própria Constituição, uma configuração que dificulta a realização de seu ideal democrático.

³³ *O Plebiscito, o Referendo e o Exercício do Poder*, p. 53. Esta obra é a publicação de sua dissertação de mestrado, defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

³⁴ *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, p. 34. Este é apenas uma das muitas eloqüentes defesas que Paulo Bonavides faz da democracia participativa nessa obra e em vários pronunciamentos. Mais adiante, Bonavides trata dos bloqueios da classe dominante à democracia participativa.

Instrumento que busca dar vazão mais plena ao ideal da autolegislação, a iniciativa popular brasileira exige um número absurdo de assinaturas para a propositura de um projeto de lei que seguirá os mesmos trâmites de qualquer outro.

Os requisitos da iniciativa popular de leis previstos na Constituição praticamente impedem o seu exercício. Dispõe o parágrafo 2 do artigo 61:

A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

A iniciativa popular é limitada às leis ordinárias e complementares (conforme o *caput* do artigo 61) e segue o mesmo procedimento dos demais projetos de lei (com uma única concessão prevista na Lei nº 9709/98: não poderá ser rejeitado por vício de forma). Assim, não tem tratamento privilegiado em relação aos demais projetos que possa justificar seus requisitos.

O número de assinaturas exigido para a apresentação de um projeto de lei pelos cidadãos é absurdamente elevado. De acordo com os dados referentes à eleição geral de 2002, o eleitorado nacional corresponde a 115.184.176 pessoas. Assim, para que um projeto de lei de iniciativa popular seja recebido pela Câmara de Deputados ele necessita de 1.151.842 assinaturas — e distribuídas pelo menos por cinco Estados e com o mínimo de 0,3% dos eleitores de cada um deles.

Para ilustrar a irrazoabilidade desta exigência, ressalte-se a possibilidade de qualquer membro da Câmara dos Deputados apresentar um projeto de lei (*caput* do artigo 61 da Constituição) que seguirá os mesmos trâmites do projeto popular. Segundo os mesmos dados da eleição de 2002 (todos oficiais, fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral e disponíveis em sua página na Internet — www.tse.gov.br), um deputado federal eleito por São Paulo (maior colégio eleitoral do país) representa 280.165 votos.³⁵ Assim, um projeto de lei apresentado por um deputado federal paulista levaria a concordância (virtual, é claro) de seus 280.165 eleitores — 24,32% do total de assinaturas necessárias para que os eleitores, por iniciativa própria, apresentem o projeto.

Deputados de outros Estados da federação, de igual forma, podem apresentar individualmente um projeto de lei. O menor colégio eleitoral

³⁵ Para a obtenção deste cálculo divide-se o número de votos válidos para o cargo de deputado federal — votos nominais e votos de legenda — e divide-se pelo número de deputados a serem eleitos: assim se obtém o quociente eleitoral.

do país, Roraima, elegeu 8 deputados na eleição de 2002 e apresentou um total de 168.972 votos válidos para o cargo. Assim, cada deputado federal de Roraima representa 21.122 cidadãos daquele Estado. Este deputado pode, sozinho, em nome (ao menos potencialmente) de seus 21.122 eleitores, apresentar um projeto de lei. Isto representa apenas 1,83% das assinaturas necessárias para a apresentação de um projeto de iniciativa popular.

Colocado de outra forma, seria necessário reunir o número de assinaturas equivalente aos votos de um deputado de São Paulo (280.165 votos), um do Rio Grande do Sul (191.720 votos), um de Minas Gerais (181.242 votos), um do Rio de Janeiro (175.243 votos), um do Paraná (171.558 votos) e um da Bahia (152.721 votos) para apresentar um projeto de lei de iniciativa popular e “sobrariam” apenas 807 assinaturas.³⁶ E um projeto que seguirá os mesmos trâmites de qualquer outro!!!³⁷

Esta absurda exigência, o número elevado de assinaturas e a necessidade de sua distribuição em pelo menos cinco Estados, impõe uma quase absoluta impossibilidade de utilização da iniciativa popular, instrumento de soberania e de democracia participativa reconhecido pela Constituição. A mobilização da sociedade para levar à discussão (simplesmente levar à discussão, deve-se ressaltar) um tema que lhe é caro deve ser grandiosa. Em contrapartida qualquer membro da Câmara de Deputados pode apresentar um projeto que eventualmente representa apenas seu próprio interesse.

Em cada eleição geral o Tribunal Superior Eleitoral calcula o número de votos válidos dados a cada cargo. Resolução do mesmo Tribunal, anterior à eleição, apresenta o número de vagas a serem preenchidas na Câmara de Deputados. Com estes dois dados, oficiais, a cada eleição pode ser calculado o quociente eleitoral médio de deputado federal (dividindo-se o número total de votos válidos dados no país pelo número de cadeiras na Câmara). Em 2002 foram computados 87.532.485 votos válidos para deputado federal que se destinaram ao preenchimento de 513 vagas. Assim, o quociente eleitoral médio do país foi de 170.629 votos por deputado federal.³⁸

Mas não é esta a questão central deste trabalho. Este foi apenas um paralelo para a análise da efetiva realização dos instrumentos de democracia

³⁶ Ou, desprezando o requisito da distribuição de assinaturas por pelos menos 5 estados, o equivalente a mais de 54 (54, 53) deputados federais eleitos por Roraima (ou quase 7 — 6,75 — eleitos por São Paulo).

³⁷ Nem a Lei nº 9.840/99, que inseriu o crime de captação de sufrágio na Lei das Eleições e mobilizou grande parcela da sociedade (e dos meios de comunicação), conseguiu ser apresentada à Câmara dos Deputados como um projeto de iniciativa popular. Mesmo com uma campanha de um ano e meio para a obtenção das assinaturas, o número não foi atingido. O projeto foi apresentado por parlamentares.

³⁸ Este número seria alterado a cada eleição para o cargo, e valeria para os projetos apresentados durante aquela legislatura. 170.629 votos. 14,81% do total de assinaturas exigidas. Nem um sexto. Este montante deveria ser número necessário de assinaturas para a apresentação de projeto de lei de iniciativa popular.

direta.

4.3 Plebiscito: o exemplo singular e as oportunidades frustradas

O plebiscito é “decisão soberana do povo”. Striquer Soares o define como “manifestação popular que toma uma decisão política ‘a priori’ sobre determinada medida, delimitando a competência da criação normativa”.³⁹

O referendo distingue-se do plebiscito pelo momento de sua realização e pelos seus efeitos.⁴⁰ Enquanto o plebiscito antecede a elaboração da lei ou a execução de um ato, o referendo decide sobre um texto já pronto. O plebiscito é como uma autorização para a discussão e promulgação de uma lei e permite a escolha entre alternativas, enquanto o referendo é um requisito para a entrada em vigor da lei e limita-se a aceitar ou rejeitar o já estabelecido.

Além disso o resultado do referendo vincula o legislador. O plebiscito, segundo a maioria da doutrina, apresenta apenas um elemento a mais para a escolha do administrador ou do legislador.

O plebiscito é exigido constitucionalmente para a incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados e Municípios, por força do artigo 18. Estas consultas, no entanto, envolvem interesses locais e a participação dos cidadãos residentes naqueles territórios.

Em âmbito nacional, o plebiscito (assim como o referendo) é convocado exclusivamente pelo Congresso Nacional (artigo 49, inciso XV da Constituição), por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõe qualquer das Casas do Congresso (artigo 3 da Lei nº 9.709/98). Ou seja, a participação popular está condicionada à vontade de seus representantes.

A utilização do plebiscito nacionalmente ocorreu apenas para a escolha da forma e do sistema de governo (ADCT, artigo 2) em 1993.⁴¹

Durante as discussões sobre a possibilidade de reeleição — medida contrária à opção constituinte e à experiência histórica do país — questionou-se sobre a consulta popular.

O editorial da Folha de São Paulo de 22 de dezembro de 1996

³⁹ *O Plebiscito, o Referendo e o Exercício do Poder*, p. 74.

⁴⁰ Adrian Sgarbi apresenta estes critérios na página 140 e seguintes da sua obra *O Referendo*.

⁴¹ Cabe um elogio à cidade de Londrina que realizou de um plebiscito para decidir sobre a privatização da companhia telefônica da cidade — Sercomtel — em agosto de 2001. Embora tenham participado apenas 10,57% dos eleitores no município, a decisão da maioria dos votantes (52,2%) foi levada em consideração e a companhia não foi vendida. Um exemplo de democracia participativa que deveria ser seguido. Em 07 de dezembro de 2001 foi aprovada uma lei no Ceará para a realização de plebiscito e referendo. A Lei nº 4.428/90 do Espírito Santo dispõe sobre a realização de plebiscito e referendo.

afirmava que o plebiscito era a melhor opção para esta decisão, que envolvia uma opção política crucial e, mais grave, beneficiava os que então estavam no exercício do mandato eletivo.⁴² E dizia textualmente:

Basta de um processo que submerge no pântano das postulações inconfessáveis, de uma negociação sem princípios e sem fim. Que o direito dos ocupantes de cargos do Executivo de concorrer à reeleição seja decidido de forma direta e democrática no plebiscito. É dos cidadãos que emana o poder político. Que estes agora se manifestem.

Mas a Câmara rejeitou em 29 de janeiro de 1997 a consulta popular sobre o tema. Na proposta de plebiscito foram 135 votos a favor, 248 votos contra e 1 abstenção. O referendo foi afastado por 169 votos a favor, 239 votos contra e 4 abstenções.

O plebiscito apresenta-se como um instituto de democracia participativa que agrega legitimidade ao princípio da representação, mas que, por sua quase inexistente utilização, não passa de retórica constitucional.

4.4 Referendo: a base da proposta

O referendo passa a ter sede constitucional a partir de 1988. Na Assembleia Constituinte a disputa concentrava-se entre aqueles que defendiam “tornar presente o povo” e os que viam nos institutos de democracia participativa um desrespeito aos representantes da nação.⁴³

A proposta inicial que incluía o veto popular entre os instrumentos de participação foi alterada, mas a previsão de plebiscito, referendo e iniciativa popular inserem no ordenamento jurídico os contornos do modelo de democracia correspondente aos anseios da população.

Referendo é uma consulta popular sobre um ato legislativo já votado pelos parlamentares. Etimologicamente, a palavra refere-se à ratificação (*ad referendum*). Adrian Sgarbi apresenta a seguinte definição:

O referendo consiste na submissão ao eleitorado de todas ou algumas normas, após terem vigência, ou mesmo antes, para constituí-las, revogá-las, conservá-las ou modificá-las. É, portanto, o referendo um *sufrágio deliberativo*, ao lado do *sufrágio eletivo*. Sua maior característica situa-se no próprio objeto do instituto, que deve versar

⁴² Franco Montoro, em opinião publicada no mesmo jornal em 15 de janeiro de 1997, defendia a realização de um referendo sobre a reeleição. E afirmava: “Essa consulta fortalecerá o caráter democrático da mudança constitucional e representará para o povo brasileiro o exercício efetivo da democracia participativa, prevista em nossa Constituição. Essa é a marcha histórica das democracias modernas: cada vez mais participativas e não apenas representativas”. A marcha histórica de nossa democracia parece esvaziar-se na previsão constitucional.

⁴³ Esta importantíssima análise é feita por Adrian Sgarbi, em *O Referendo*, inclusive com a indicação dos parlamentares que compunham cada facção.

sobre matéria normativa.⁴⁴

O referendo é instituto de participação popular, previsto constitucionalmente, mas jamais foi utilizado. A Constituição de 1988 não teve um referendo para a sua aprovação, embora fosse uma proposta apresentada. Não há referendo para a mudança da Constituição. Não há referendo para a entrada em vigor de lei.⁴⁵

A proposta aqui trazida é a exigência de referendo para a aprovação das emendas constitucionais. É a utilização de um instrumento constitucional para aproximar a prática brasileira do ideal democrático e do princípio da soberania popular. É incluir o cidadão nas discussões constitucionais. Não é, de forma alguma, retirar a competência de reforma dos parlamentares. É apenas um aceno ao verdadeiro titular do poder do Estado.

A Comissão Andina de Juristas⁴⁶ apresenta um estudo sobre a mudança da Constituição em alguns países. Aponta que no Chile deve haver consulta popular se houver discordância entre o Parlamento e o Executivo sobre a reforma. A Colômbia prevê que a mudança da Constituição pode ser proposta por 5% do eleitorado nacional e que a modificação de determinadas matérias exige referendo. De igual forma o Equador, mas que impõe 1% do eleitoral para propor alteração na Constituição. No Peru toda a reforma na Constituição deve ser ratificada por referendo.

Em Cuba a Constituição prevê referendo para mudança constitucional em determinadas matérias. A Constituição do Uruguai prevê proposta popular de mudança da Constituição apresentada por 10% do eleitorado e as emendas constitucionais exigem consulta ao eleitorado.

Os exemplos aqui trazidos valem para ilustrar que a proposta é viável e até adequada. Países com menor (ou nenhuma) tradição democrática fazem uso deste instrumento de participação que legitima a alteração da Constituição.

Para evitar alegações quanto ao custo deste procedimento, pode-se fazer a consulta popular juntamente com as eleições. Como no Brasil

⁴⁴ *O Referendo*, p. 111.

⁴⁵ O Projeto de lei nº 1555/2003 — Estatuto do Desarmamento — previa em sua redação original referendo popular para a aprovação do seu artigo 28: “É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei”, a ser realizado em outubro de 2005. A data foi retirada pela Comissão de Segurança Pública, mas depois recolocada. A Lei nº 10.826/2003, decorrente deste projeto, prevê referendo em outubro de 2005 para a entrada em vigor do artigo 35, que tem a mesma redação do artigo 28 do projeto.

⁴⁶ Esta Comissão traz estudos interessantes sobre a democracia e a jurisdição constitucional em alguns países da América Latina. Suas contribuições podem ser acessadas no endereço eletrônico www.cajpe.org.pe.

as eleições ocorrem a cada dois anos, as mudanças constitucionais seriam concentradas,⁴⁷ ampliaria o exercício democrático e evitaria mudanças extremamente casuísticas.

A inclusão do referendo como fase legislativa das emendas constitucionais contribui para a formação de um espaço público de deliberação coletiva e para a construção da democracia. Só basta uma mudança na Constituição.

5 Conclusão

A defesa do referendo como fase legislativa das emendas constitucionais parece ser relativamente tranqüila. Embora possam se levantar vozes contra o “deslocamento de competência do Poder Legislativo”, há certo consenso quanto à necessidade de incluir o cidadão no processo de mudanças do texto constitucional.

A Constituição, no entanto, em seu texto originalmente votado pelo Poder Constituinte Originário, no âmbito de suas atribuições, estabelece o procedimento e as limitações das emendas constitucionais sem fazer referência alguma à participação popular direta. Aponta os limites expressos, temporais e materiais, os capazes de iniciativa e o quórum qualificado. Não há uma opção política fundamental que inclua o cidadão neste procedimento.

A proposta aqui apresentada, assim, exige uma mudança na Constituição. Isto parece contraditório com a sustentação de força normativa e de legitimidade do poder de reforma, e até colide com as críticas feitas às constantes mudanças do texto constitucional. Mas assim não o é. Explica-se.

Os argumentos estritamente jurídicos de fato são questionáveis, admite-se. Juridicamente não há como se impor esta mudança. Os argumentos que a sustentam são filosóficos e políticos, sem que isto implique em sua fragilidade ou menor importância.

O princípio da soberania popular e o princípio democrático, filosoficamente considerados, impõem a participação do cidadão nas decisões políticas de sua comunidade. Não há decisão política mais relevante do que a alteração da lei fundamental — e idéia de Direito — de determinada sociedade.

Os argumentos políticos se constroem a partir da realidade brasileira, a partir de elementos fáticos. O número de emendas constitucionais que se

⁴⁷ Mudanças constitucionais apenas a cada dois anos beneficiariam os operadores do Direito e todos os cidadãos, aproximando-se da segurança jurídica, pilar de um Estado Democrático de Direito.

apresentam no Brasil, tratando dos mais variados temas e sem um cuidado mais apurado com relação à sua adequação a todo o sistema, somado à crise de representatividade que assola o poder legislativo, já totalmente afastado dos ideais clássicos de mandato representativo, exigem que a forma de aprovação das emendas constitucionais seja repensada.

Esta opção política, que exige talvez a última emenda constitucional ao arrepio do cidadão, não contraria os princípios constitucionais eleitos pelos constituintes. Ao contrário, desenvolve-os, concretiza-os.

Referências

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BURDEAU, Georges. *Derecho Constitucional e Instituciones Politicas*. Madrid: Editora Nacional, 1981.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Constituinte: Assembléia, Processo, Poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SGARBI, Adrian. *O Referendo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O Plebiscito, o Referendo e o Exercício do Poder*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.