

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS
POLÍTICOS**

ADRIANA CAMPOS SILVA

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da democracia e direitos políticos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Adriana Campos Silva, Armando Albuquerque de Oliveira, José Filomeno de Moraes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-141-8

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Democracia. 3. Direitos políticos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS

Apresentação

É com satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica o livro Teorias da Democracia e Direitos Políticos I, resultado da seleção de artigos para o Grupo de Trabalho homônimo que constou da programação do XXIV CONGRESSO DO CONPEDI, ocorrido na cidade de Belo Horizonte, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015.

A democracia como regime de governo remonta ao século V a.C. Contudo, existem muitas nuances que distinguem as suas primeiras configurações daquelas que ressurgem nas democracias modernas e, principalmente, nas contemporâneas. Destarte, a democracia se apresenta de várias formas em diferentes lugares e em momentos diversos.

Após a terceira onda de expansão global da democracia ocorrida no último quarto do século XX, os diversos processos de transição democrática tiveram um comportamento sinuoso em direção à sua consolidação. Em vários países da América Latina e do leste europeu, os processos de transição e consolidação da democracia ocorreram diversamente. Tanto nos primeiros, resultantes de um processo de esgotamento das ditaduras militares que se instauraram nos anos 60 e 70, quanto nos últimos, oriundos da débâcle comunista iniciada nos anos 80.

O Grupo de Trabalho Teorias da Democracia e Direitos Políticos I contou com a apresentação de 29 artigos que passam agora a constituir este livro. São artigos que tratam, de forma crítica, as mais variadas questões relativas à democracia bem como àquelas concernentes às garantias e expansão dos direitos políticos.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Prof. Dr Armando Albuquerque de Oliveira

Professor Dr. José Filomeno de Moraes Filho

Profa. Dra. Adriana Campos Silva

**REFERENDO: ANÁLISE COMPARATIVA PORTUGAL E BRASIL E
LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO PRÉVIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**
**REFERENDUM: COMPARATIVE ANALYSIS PORTUGAL AND BRAZIL AND
THE LEGITIMACY PREVIEW PERFORMANCE OF THE CONSTITUTIONAL
COURT**

Raquel Santana Rabelo

Resumo

A democracia é uma forma de governo na qual o poder é atribuído ao povo, que o exerce a partir da manifestação de sua vontade. O referendo é um mecanismo de participação popular direta, típico de países democráticos. O presente artigo pretende realizar uma análise comparativa da previsão e do procedimento do instituto em Portugal e no Brasil, verificando qual legislação é a mais adequada a um Estado Democrático Constitucional bem como se a previsão da análise prévia realizada pelo Tribunal Constitucional Português viola ou não o princípio da separação dos poderes. Pretende-se a compreensão da eficiência ou não do referendo como forma de soberania popular e entender o porquê da sua pouca utilização, salientando-se a necessidade de proporcionar aos cidadãos meios de participação nas tomadas de decisões do governo, imprescindível em uma democracia.

Palavras-chave: Democracia, Referendo, Participação popular

Abstract/Resumen/Résumé

Democracy is a form of government in which power is assigned to the people, who exercise it through the manifestation of his will. Referendum is a direct popular participation mechanism, typical of democratic countries. This article intends to conduct a comparative analysis of the forecast and how the institute procedure in Portugal and Brazil, checking which law is most appropriate to a constitutional democratic state and if the forecast of previous analysis conducted by the Portuguese Constitutional Court violates or not principle of separation of powers. It is intended to understand the efficiency or otherwise of the referendum as a form of popular sovereignty and understand why they make little use of it, emphasizing the need to provide citizens ways to participate in making government decisions, essential in a democracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracy, Referendum, Popular participation

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado neste artigo é o referendo, como mecanismo de participação popular direta, instrumento típico de uma democracia, por meio de um estudo comparativo do instituto entre Portugal e Brasil, investigando principalmente a legitimidade da análise prévia do Tribunal Constitucional.

Pretende-se analisar a eficiência do referendo como forma de exercício da soberania popular, realizando um estudo comparado e argumentativo entre o instituto português e brasileiro, verificando em qual país esse instrumento possui uma maior eficiência. Será dado destaque à análise da participação do Tribunal Constitucional no decorrer do processo e se essa participação consiste em violação do princípio da separação dos poderes ou apenas contribui para que o referendo seja realizado de forma mais adequada nessas democracias.

A priori, estamos diante dos seguintes questionamentos: o referendo é um mecanismo que realmente assegura a soberania popular? Em países que possuem a democracia participativa como forma de governo, a previsão de um instrumento de democracia semidireta é compatível com todo o sistema? Entre a legislação portuguesa e brasileira, qual é a mais adequada a um Estado Democrático Constitucional? Quais são os problemas e dificuldades de cada modelo? Qual o papel que este mecanismo poderá desempenhar no Estado contemporâneo? A análise prévia realizada pelo Tribunal Constitucional viola o princípio da separação dos poderes?

Importante ressaltar que o instituto do referendo não pode ser entendido da mesma maneira em um Estado unitário ou em um Estado Federal, em um sistema pluripartidário ou em um sistema de partido único, em um regime parlamentar ou em um regime presidencial. Cada país tem o seu próprio tipo de referendo.

O referendo foi colocado em pauta em Portugal, após a proposta aprovada pela Resolução n.º 6-A/2014 da Assembleia da República (PORTUGAL, 2014) que propôs a realização do mesmo para questionar a possibilidade de coadoção pelo cônjuge ou unido de fato do mesmo sexo e sobre a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo, casados ou unidos de fato. As perguntas que pretendiam serem postas à população eram: “*Concorda que o cônjuge ou unido de fato do mesmo sexo possa adotar o filho do seu cônjuge ou unido de fato?*”; “*Concorda com a adoção por casais, casados ou unidos de fato, do mesmo sexo?*”. Essa proposta foi analisada preventivamente pelo Tribunal Constitucional no acórdão 176/2014 que chumbou a realização do mesmo sobre a principal alegação que a cumulação no

mesmo referendo das perguntas propostas dificultaria o perfeito entendimento por parte dos cidadãos eleitores.

Já no Brasil, o único referendo aconteceu no dia 23 de outubro de 2005, envolvendo o Estatuto do Desarmamento (BRASIL, 2003), que já havia sido aprovado na câmara dos deputados e no senado. Entretanto, um de seus artigos previa uma consulta para que a população opinasse sobre a proibição da venda de armas. A alteração no art. 35 do Estatuto tornava proibida a comercialização de armas de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º do estatuto. Como as modificações causariam impacto sobre a indústria de armas do país e sobre a sociedade brasileira, o povo deveria concordar ou não com elas. O resultado foi contra a alteração da lei, opção escolhida por aproximadamente 63,94% dos eleitores.

2 DEMOCRACIA

2.1. Conceito

Para dar início ao estudo sobre o tema faz-se necessário entender um pouco mais sobre a democracia como forma de governo, tendo em vista que o referendo é um instituto de manifestação da vontade popular, típica de países democráticos.

Importante salientar que o termo “democracia” é amplo e sua conceituação é indeterminada, sendo objeto de muitas distorções. Em uma acepção geral, a democracia é considerada como uma forma de governo em que o poder é atribuído ao povo e é exercido em conformidade com sua vontade (MIRANDA, 1992, p. 141).

A democracia exige que o poder seja exercido pela maioria, ou por quase todos, se contrapondo a outras formas de governo, como a oligarquia e a monarquia, em que esse poder está nas mãos de poucos, ou de um só (BOBBIO, 2010, p. 7). Os cidadãos titulares de direitos políticos manifestam sua vontade de forma atual, ou seja, deve existir a concreta participação de todos, sendo seus anseios critérios de ações dos governantes (MIRANDA, 1992, p. 142).

Sua origem retoma a Grécia Antiga, mais precisamente em Atenas, onde o povo se reunia frequentemente em assembleias para resolver os assuntos mais importantes da cidade¹.

¹ Uma das críticas que se faz a democracia vivida na Grécia antiga é que na verdade o que se vivia não era uma democracia propriamente dita, e sim uma aristocracia democrática, ou, democracia minoritária, isso porque a

A participação direta, efetiva e imediata do povo é reconhecida como democracia direta. Na prática, a democracia direta funciona hoje apenas em alguns cantões suíços que ainda conservaram as suas assembleias populares (BONAVIDES, 2000, p. 346).

É inegável que a sociedade mudou, o número de cidadãos cresceu, os questionamentos e os clamores alteraram e atualmente a democracia moderna é exercida de modo diferente daquele modelo. Não é possível imaginar no momento presente a captação da vontade dos cidadãos como era consagrado na Cidade-Estado grega. O poder político permanece nas mãos do povo, esse é sempre o titular, entretanto as decisões coletivas não são mais tomadas diretamente por eles, são eleitos representantes por meio do sufrágio universal, respeitando o princípio da maioria. Esta forma de governo é denominada democracia representativa (BOBBIO, 2010, p. 32).

A democracia hoje, adequada com um Estado Constitucional de Direito é exercida da seguinte forma: a soberania, poder político, ainda reside no povo, exercida, entretanto, nos termos da Constituição.

Neste ponto é importante frisar que independentemente de ser a democracia do antigo modelo ou a democracia moderna, os principais fundamentos dessa forma de governo são a soberania popular – que consiste em que o povo seja a única fonte do poder – e a participação, direta ou indireta do povo no poder para que realmente seja efetiva sua vontade (SILVA, 2002, p. 94).

Importante trazer a concepção de Hannah Arendt *apud* Marta Nunes da Costa no texto sobre a crise da democracia:

Para estes autores, só a ação pode tornar uma democracia mais forte, conferindo-lhe sentido. É exatamente por isso que a participação é tão importante. Não se trata apenas de reconhecer que a democracia se suporta em mecanismos representativos com suas intrínsecas limitações. Trata-se de perceber que, quando confrontados com um sentimento de impotência ao mesmo tempo que se mantém o status a quo das relações de representatividade ossificadas nas instituições representativas, os indivíduos têm de ganhar poder e começar a agir. A legitimidade democrática só pode ser atingida de baixo para cima, e não de cima para baixo. As instituições devem ver a sua legitimidade reconhecida pelo povo; mas para que isso aconteça, o povo, “os muitos”, têm de se engajar na política, caso contrário ficaram resignados a uma forma de governação oligárquica que, de democracia, poderá apenas reter o nome. (ARENDR *apud* COSTA, 2013, pag. 269-294)

participação nas assembleias era apenas privilegio dos homens livres, em uma sociedade que era preponderante de homens escravos;

Destaca-se que um dos problemas que ameaça a democracia é a tirania da maioria. Assim, um regime democrático não se pode deixar de incluir a proteção da vontade das minorias, como explicita Maria Lucia Amaral:

Num Estado democrático, o poder político não é, nem pode vir a ser, pertença de indivíduos ou grupos determinados; não é, nem pode vir a ser, propriedade de certos sectores da sociedade com exclusão de todos os outros, a ideia constitucional de democracia só se cumpre se houver uma possibilidade real de alternância entre maiorias e minorias, ou seja, aqueles que em certo momento formaram o menor número, e se exprimiram em sentido contrário ao dominante, puderem aspirar em torna-se, no futuro, maioria. (AMARAL, 2012 pag. 191).

A tirania da maioria é evitada quando, sem qualquer discriminação todos os cidadãos participem das discussões políticas.

De um ponto de vista formal, distinguem-se três modalidades básicas de democracia: a democracia direta, a democracia indireta chamada de representativa e a democracia semidireta chamada de democracia participativa. Estas últimas são as formas de democracia dos tempos modernos e objetos de análise no próximo tópico (SILVA, 2002, p. 96).

2.2. Democracia Representativa

A expressão democracia representativa significa que as deliberações coletivas que dizem respeito a toda a sociedade não são tomadas diretamente pelo povo, mas por determinadas pessoas eleitas para essa finalidade. Na democracia representativa a participação popular é indireta, periódica e formal. O povo, por meio das eleições, elege seus representantes (MIRANDA, 1992, p. 142).

Rousseau, *apud*, Bobbio, critica veementemente essa forma de democracia, pois para ele o exercício do poder deveria ser realizado diretamente, sem intermédio de nenhum representante (ROUSSEAU, *apud*, BOBBIO, 2004).

Entretanto, há que se ponderar que diante de uma multiplicidade social e da magnitude do Estado moderno fica impossível o exercício de uma democracia direta.

A democracia representativa pressupõe, de acordo com Paulo Bonavides:

[...] a soberania popular, como fonte de todo o poder legítimo que traduz através de vontade geral; o sufrágio universal, com pluralidade de candidatos e partidos; a observância constitucional da separação dos poderes, com separação nítida no regime presidencial e aproximação ou colaboração mais estreita no regime parlamentar; a igualdade de todos perante a lei; a manifesta adesão ao princípio da fraternidade social; a representação como base das

instituições políticas; a limitação de prerrogativas dos governantes; o Estado de direito, com a prática e proteção das liberdades públicas por parte do Estado e da ordem jurídica, abrangendo todas as manifestações de pensamento livre: liberdade de opinião, de reunião, de associação e de fé religiosa; a temporariedade dos mandatos eletivos e, por fim, a existência plenamente garantidas das minorias políticas, com direitos e possibilidades de representação, bem como das minorias nacionais, onde essas porventura existirem. (BONAVIDES, 2000, p. 352).

Vale ressaltar que apesar de estarmos diante de um sistema em que indivíduos são eleitos para gerirem as ações do estado, essa forma de democracia demanda também que haja a participação de todos os cidadãos de forma livre e igualitária nas eleições (ZIPPELIUS, 1997, p. 237).

Noutro giro, não podemos deixar de salientar a contradição do sistema representativo, pois a partir do momento em que se tornam complexos os assuntos políticos, por conta da burocratização Estatal ocasionada pelo sistema representativo dos partidos políticos, o povo deixa de ter voz, o que constitui uma verdadeira contradição com a liberdade democrática (ZIPPELIUS, 1997, p. 239).

2.3. Democracia Semidireta ou Participativa

A democracia semidireta passou a ter uma maior repercussão após os movimentos revolucionários iniciados no fim do século XVIII e princípio do século XIX. Mas encontrou uma maior expressão após o fim da Primeira Guerra Mundial, quando as instituições democráticas estavam sendo questionadas (BONAVIDES, 2000, p. 352).

Trata-se de uma modalidade de democracia em que combinam aspectos da democracia representativa e da democracia direta. Nesta espécie existe uma colaboração entre os cidadãos e os seus representantes: o povo não apenas elege como também intervém no processo legislativo (BONAVIDES, 2000, p. 352).

Nesse sentido, destaca José Afonso da Silva que:

Na democracia participativa, o povo não decide em reunião coletiva, mas por meio de votação em algo concreto que é submetido à sua deliberação mediante voto. Por outro lado, não decide sozinho, apenas participa da decisão. Aqui ele é um colaborador no processo decisório, através do exercício do voto. (SILVA, 2002, p. 99).

Destaca-se que além das eleições, existem outros institutos da democracia semidireta quais sejam: iniciativa popular de leis, o referendo, o plebiscito, o veto popular, a revocação de mandato e a ação popular. Destes, o referendo desempenha um papel preponderante.

2.4. Democracia e Referendo

Com o passar do tempo verificou-se que em um sistema de democracia representativa, a participação popular fica reduzida a eleição dos seus representantes. O povo, pilar da existência de um sistema democrático, fica completamente passivo, com participação reduzida às escolhas dos seus representantes.

Todavia, com o desenvolvimento da sociedade, foram criados mecanismos de democracia semidireta que proporcionam uma maior participação popular, como é o caso do referendo. O povo não apenas participa das eleições como também de ações do governo, legitimando e opinando sobre questões de grande relevância. Importante ressaltar que a existência de institutos pertencentes a um sistema de democracia semidireta não elimina o sistema de democracia representativa, ambos se complementam. (MIRANDA, 1992, p. 172).

Existe quem defenda com grande fervor que o referendo é a forma mais democrática de participação dos cidadãos na tomada de decisão. O povo deixa de ser mero espectador para se tornar colaborador nos assuntos políticos (BONAVIDES, 2000, p. 360).

Entretanto, há quem sustente que a democracia representativa é inconciliável com o referendo. De acordo, com essa posição os cidadãos são incapazes de optar corretamente entre as opções possíveis, isso porque, são decisões complexas para serem rapidamente explicadas a todos os envolvidos no processo do referendo. Por outro lado, existe também grande desinteresse por parte da maioria dos cidadãos em participar das deliberações do governo (BONAVIDES, 2000, p. 360).

Um exemplo desse enorme desinteresse da população na participação das decisões políticas é a enorme taxa de abstenção de votos nas eleições dos países europeus e nos Estados Unidos (COSTA, 2013, p. 276).

Contudo, essas alegações merecem críticas, pois como é possível aceitar que os cidadãos são capazes de eleger os melhores representantes, mas incapazes de decidirem sobre alguns pontos relevantes para a sociedade? (BONAVIDES, 2000, p. 362).

O referendo é um complemento da ideia de representação e permite submeter à decisão do povo, fora das eleições, importantes questões materiais. É o reconhecimento do direito dos cidadãos de manifestarem, até mesmo em sentido contrário daquele escolhido pelos seus representantes.

3 REFERENDO

3.1. Origem Histórica

O ponto de partida na formação histórica do referendo ocorreu durante a Revolução Francesa, no momento em que era debatido o confronto entre as teses defensoras de democracia direta de Jean-Jacques Rousseau, e as teses defensoras da democracia representativa, defendidas por Montesquieu (URBANO, 1998, p. 10).

De diversas maneiras o referendo surgiu principalmente na França, nos Estados Unidos e na Suíça. A Constituição Francesa de 1793 foi a primeira aplicação concreta do referendo e também estabelecia que os projetos de lei aprovados pelo Legislativo deveriam ser submetidos à aprovação popular (PINTO, 1988, p. 38). Nos Estados Unidos e na Suíça o referendo era apenas utilizado para a decisão pelos cidadãos dos assuntos mais importantes, não possuindo a pretensão de participação direta do povo em todos os temas. Através dessa última estrutura, o referendo ganharia a formatação adotada nos futuros países democráticos.

Em uma fase posterior, porém, no começo do século XIX, entre 1802 e 1804, também na França, o instituto teve uma utilização desvirtuada de seu caráter democrático. Durante o governo de Napoleão, o referendo teve aplicação com finalidades autocráticas, com o uso da votação popular para legitimar o poder do governante, conquistado por meios não constitucionais (PINTO, 1988, p. 38).

Foi apenas na transição do século XIX para o século XX que os Estados em sua maioria passaram a adotar nas suas constituições institutos de democracia semidireta². Nesse período, iniciaram-se também os questionamentos do que seria essencialmente a figura do referendo e de sua possível compatibilização com a democracia representativa. Nessa época

² São exemplos dessas constituições a de Weimar (1918), a da Checoslovaca (1920), da Áustria (1920), Espanha (1931) e do Estado Livre da Irlanda;

ocorre a extensão do sufrágio universal e alguns desencantos com o sistema representativo (MIRANDA, 1992).

No primeiro pós-guerra, alguns países em busca de uma “racionalização do poder” adotaram o referendo, porém alguns resultados foram desastrosos. Ocorreu o uso inadequado do instrumento para legitimar a manipulação do poder e o seu uso autoritário. Já no segundo período pós-guerra, apesar das más experiências anteriores, o referendo continuou sendo adotado e difundido por diversos países (MIRANDA, 1992, p. 246).

A evolução do instituto do referendo acompanhou a evolução variada de crises institucionais do Estado e das formas que foram assumindo as estruturas democráticas. A sua legitimidade é questionada em decorrência de sucessivas crises institucionais, em face das circunstâncias da evolução da sociedade e dos seus sistemas políticos.

É extremamente importante neste ponto citar as palavras de Maria Benetida Urbano sobre apenas à previsão do referendo em alguns textos constitucionais sem sua efetiva implementação:

A simples consagração do referendo, como se disse, não implica a sua utilização efetiva, porque o referendo consagrado pode ser um <<mau referendo>> e, ainda, porque a democracia não deve ser medida ou julgada apenas pela sua quantidade, mas essencialmente pela sua qualidade e outrossim de acordo com as necessidades e exigências dos povos que por ela optaram (algum vez o povo português, reconhecidamente apático em termos de participação na vida política, globalmente considerada, exigiu o referendo?), por tudo isto não deve seguramente a ausência de técnica de democracia semidireta num determinado ordenamento jurídico ser necessariamente encarada como um *capitis deminutio* (em termos democráticos) para os cidadãos. (URBANO, 1998, p. 46).

Claro, portanto, que não basta a previsão do referendo no corpo da Constituição sem os devidos mecanismos e possibilidades para o seu uso.

3.2 Aspectos Históricos do Referendo em Portugal

A ideia de referendo de âmbito nacional teve a sua primeira menção jurídica em Portugal em 1872 na secção V do projeto de lei de reforma da Carta Constitucional. Esse referendo possuía a forma de ratificação popular das mudanças constitucionais (MIRANDA, 1992, p. 249).

Apenas em 1911 houve uma nova discussão sobre instituto do referendo. A ideia era que após o Supremo Tribunal de Justiça julgar qualquer reclamação contra

inconstitucionalidade da lei, haveria com essa decisão a existência de um recurso para Nação, que seria consultada diretamente. Trata-se de uma modalidade de referendo sobre inconstitucionalidade (MIRANDA, 1992, pag. 250).

Entretanto, nenhuma das propostas anteriores prosperou. Em 1911 apenas o referendo de âmbito local foi consagrado na Constituição (MIRANDA, 1992, pag. 250).

Com a revolução de 1926 e a formação do regime ditatorial, não existiu a convocação de uma Assembleia Constituinte para elaboração de uma nova constituição, tendo sido o próprio Governo a elaborar o projeto. Em 1932, esse projeto foi à discussão pública e em 19 de Março de 1933 foi realizado um “plebiscito nacional” para proceder à aprovação ou não do mesmo. O voto no plebiscito foi obrigatório. Após sua realização foram apurados os resultados da consulta e a maioria votou de maneira favorável. Ocorre que o resultado foi controverso, pois as abstenções que não fossem justificadas com base em um impedimento legal eram consideradas como votos favoráveis (URBANO, 1998, pag. 105).

O plebiscito de 1933 foi a primeira experiência portuguesa de consulta direta ao povo. Contudo, essa experiência foi totalmente desvirtuada de sua função democrática, vez que a contagem de votos foi realizada de uma maneira absurda e todos foram obrigados a participar e a aceitar as regras que o governo estipulara. O texto constitucional de 1933 não fazia qualquer referencia ao referendo de âmbito nacional, apenas manteve o referendo local com inúmeras restrições, reduzindo-o a referendo orgânico (MIRANDA, 1992, pag. 252).

Em 1935, foi proposta uma revisão constitucional pela lei nº 1885, que trouxe uma série de alterações constitucionais, consagrando pela primeira vez o referendo a nível nacional. Nessa alteração o Presidente da República possuía a faculdade de submeter a crivo popular assuntos que fossem de extrema importância. Entretanto, devido ao regime autoritário então vivido em Portugal, essa proposta de referendo nunca foi colocada em prática (URBANO, 1998, p. 100-107).

Após a revolução de 25 de Abril de 1974, a democracia voltou a ser restaurada aos poucos naquele País. Em 1976 foi promulgada uma nova Constituição que, entretanto, não previa nenhuma espécie de referendo. Isto se deve ao fato que pairava um grande temor de uma nova utilização desvirtuada do instituto. Foi apenas com a revisão constitucional de 1982 que o referendo a nível local foi mencionado no texto constitucional; em 1989 o referendo a nível nacional e em 1997, a nível regional (URBANO, 1998).

Hoje o instituto do referendo é previsto na Constituição Portuguesa (1976) em seu art. 115º que, por meio dos seus trezes itens, estabelece algumas regras para a convocação e realização do mesmo. A lei orgânica nº 15-A/98 determina o regime do referendo.

3.3 Aspectos Históricos do Referendo no Brasil

No Brasil o referendo apenas foi regulamentado, em termos normativos, pela Constituição de 1988. Hoje o referendo encontra-se previsto no art. 14, inciso II c/c art. 49, inciso XV e assento no art. 1º parágrafo único que estabelece que todo poder emana do povo, ou seja, a soberania popular (SGARBI, 1999).

Apesar da sua normatização tardia, existiram alguns indícios de institutos da democracia semidireta em algumas Constituições Brasileiras. A primeira constituição a estabelecer foi a de 1937 que em seu corpo previa a figura de um plebiscito de aparências, isso porque em seu art. 187³ das disposições transitórias, o mesmo previa que a constituição a ser promulgada deveria passar por um plebiscito. Entretanto a mesma já estava em vigor e o mesmo nunca ocorreu. Ainda nessa constituição, em seu art. 174, §4⁴, existia a possibilidade de convocação do plebiscito nos casos de emenda constitucional quando a iniciativa fosse do Presidente da República e houvesse rejeição do Parlamento ou quando a iniciativa fosse da Câmara dos Deputados e o Parlamento a aprovasse, apesar da oposição do Presidente. Entretanto, da mesma forma que o primeiro, jamais foi realizado um plebiscito nesse sentido (SGARBI, 1999, p. 14-15).

Já a Constituição de 1946, no seu art. 2⁵, prevê o plebiscito geopolítico. A Constituição de 1967 prevê também o plebiscito geopolítico no seu art. 14⁶. A Constituição da República Federativa do Brasil/ EC nº 1 de 1969 prevê plebiscito geopolítico no art. 14⁷ (SGARBI, 1999, p. 17-18).

Outro ponto a ser destacado na história dos institutos da democracia semidireta no Brasil é o plebiscito proposto pela Lei Complementar nº 2 de 16 de setembro de 1962, no seu

³ Art. 187: Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República. (BRASIL, 1937);

⁴ Art. 174: A Constituição pode ser emendada, modificada ou reformada por iniciativa do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados. §4º. No caso de ser rejeitado o projeto de iniciativa do Presidente da República, ou no caso em que o Parlamento aprove definitivamente apesar da oposição daquele, o projeto de iniciativa da Câmara dos Deputados, o Presidente da República poderá, dentro de trinta dias, resolver que um ou outro projeto seja submetido ao plebiscito nacional. O plebiscito realizar-se-á noventa dias depois de publicada a resolução presidencial. O projeto só se transformará em lei constitucional se lhe fôr favorável o plebiscito. (BRASIL, 1937).

⁵ Art. 2º: Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros ou formarem novos Estados, mediante voto das respectivas assembleias, plebiscitos das populações diretamente interessadas e aprovação do Congresso Nacional. (BRASIL, 1946)

⁶ Art. 14º: Lei Complementar estabelecerá os requisitos mínimos de população e renda pública e a forma de consulta prévia às populações locais, para criação de novos municípios. (BRASIL, 1967)

⁷ Art. 14º: Lei Complementar estabelecerá os requisitos mínimos de população e renda pública, bem como forma de consulta prévia às populações locais, para criação de novos municípios (BRASIL, 1967);

art. 2º⁸. Nessa época o então presidente João Goulart tinha como vice-presidente Jânio Quadros, que assumiu a presidência após João Goulart renunciar ao cargo. Entretanto, o poder do presidente foi abruptamente reduzido com a alteração do sistema presidencialista para o parlamentarismo. Diante dessa situação o então presidente convocou um plebiscito nacional para que o povo se manifestasse sobre qual sistema gostaria que o Brasil mantivesse. A maior parte da população votou através do plebiscito para que o Brasil retornasse para o presidencialismo.

3.4 Conceito e Natureza Jurídica

Oportuno salientar que a estrutura e compreensão do instituto do referendo possuem diferenças de acordo com regime que se insere. Cada tipo de Estado, cada tipo de sistema de governo, cada tipo de regime político tem seu próprio referendo (MIRANDA, 2004 p. 27).

O referendo, do latim *ad referendum*, significa a manifestação incidente sobre uma determinada declaração, para que sua eficácia seja imprescindível. Após trazer a origem da palavra referendo, a Ministra Cármen Lúcia define o referendo constitucional do seguinte modo:

[...] o procedimento pelo qual o povo é provocado para sufragar proposta normativa a ser debatida ou já discutida e votada favoravelmente pelos órgãos legislativos. Através desta situação, o titular da soberania faz-se autor da norma, influenciando diretamente em sua criação através de manifestação sancionadora, ou não, da proposta ou pronunciamento orgânico do Estado. (ROCHA, 1986, p. 25).

Na concepção do professor Jorge Miranda, o referendo é uma:

“votação popular por sufrágio direto e individual dos cidadãos, que resulta de uma deliberação política, ou, mais raramente, administrativa, ou de uma indicação aos órgãos do governo, ou porventura a outros efeitos constitucional ou legalmente previsto” (MIRANDA, 1992, p. 235).

⁸ Art. 2º: A Emenda Constitucional de nº 4, de 2 de setembro de 1961, será submetida a referendun popular no dia 6 de janeiro de 1963. § 1º Proclamado pelo Tribunal Superior Eleitoral o resultado, o Congresso organizará, dentro de 90 (noventa) dias, o sistema de governo na base de opção decorrente da consulta. § 2º. Terminado esse prazo, se não houver sido promulgada a emenda revisora do parlamentarismo ou instituidora do presidencialismo, continuará em vigor a Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, ou voltará a vigorar, em sua plenitude, a Constituição Federal de 1946, conforme resultado da consulta popular. § 3º. Terão direito a votar na consulta os eleitores inscritos até 7 de setembro de 1962, aplicando-se à sua apuração à proclamação do resultado a lei eleitoral vigente. (BRASIL, 1962)

Já o autor Adrian Sgarbi (1999, p. 111) afirma que o referendo consiste na consulta do eleitorado sobre todas ou algumas normas, estando estas em vigência ou até mesmo antes, para constituí-las, revoga-las, conservá-las ou modifica-las. É, portanto, o referendo um “sufrágio deliberativo” ao lado do “sufrágio eletivo”.

Não obstante os vários significados trazidos pelos autores sobre o referendo, consideraremos para fins deste artigo um conceito mais amplo que abarque as minúcias tanto do instituto no direito português como no brasileiro. Tem-se, pois, que o referendo é um instituto da democracia semidireta em que os cidadãos são convocados a participar, por meio sufrágio direto, em que se pretende tomar conhecimento da vontade popular sobre um assunto de extrema relevância. Desta feita, os eleitores podem concordar com revogar ou rejeitar determinada medida ou questão de caráter legislativo, político ou administrativo, propostas por órgãos representativos ou de iniciativa popular, sendo que o resultado dessa votação terá efeito vinculativo ou meramente consultivo (MIRANDA, 2013).

Nesse sentido o referendo se revela como um instrumento de participação direta do povo sobre questões ligadas ao Estado, de uma forma geral. Esse instituto se assemelha com o plebiscito, que visa à convocação da população para decidir previamente questão territorial ou político- institucional (SILVA, 2003, p. 102).

No âmbito do direito português a definição de referendo é ampla, pois abarca tanto o instituto do referendo quanto o do plebiscito. Já no Brasil existe diferenciação entre referendo e plebiscito. Enquanto o plebiscito configura consulta anterior sobre matéria que vai ser discutida no âmbito do Congresso Nacional, o referendo é uma consulta posterior sobre determinado ato ou decisão governamental, que já foram aprovados; o referendo ratifica ou rejeita o ato aprovado, atribuindo-lhe eficácia que ainda não foi reconhecida (condição suspensiva) ou para retirar a eficácia que lhe foi provisoriamente conferida (condição resolutiva).

No que tange à natureza jurídica do referendo três são as principais teorias sobre o tema. De acordo com a primeira o referendo é ato necessário de ratificação popular, sem o qual a norma é nula. Assim, caso a norma não seja ratificada, ela possui um defeito e constitui consequentemente uma norma nula. A segunda teoria afirma que o referendo é uma declaração de vontade que integra ato da assembleia legislativa, completando-a, sem a qual a norma é inexecutável. Neste caso, o referendo é um ato composto, pois há a lei que necessita de confirmação popular para se tornar executável. Por último, a terceira teoria defende que o referendo é ato próprio de vontade própria do eleitorado, configurando, na realidade, ato

convergente de vontade do eleitorado em concurso com outro ato de vontade da assembleia legislativa, sem o qual a norma é inexistente. Trata-se de um ato complexo em que a concordância do povo é indispensável para o ato existir. A terceira teoria é a mais adequada, pois o referendo é sim um ato complexo, uma vez que existe conjugação da vontade do Poder Legislativo juntamente à vontade do povo, sendo que o ato emanado pelo legislativo apenas existirá se houver a concordância do povo (SGARBI, 1999, p. 176-179).

4 REFERENDO EM PORTUGAL

O objetivo, neste ponto, é analisar os principais aspectos tais como a iniciativa, o procedimento, os seus efeitos, a matéria objeto do referendo, a análise prévia do Tribunal Constitucional e a vinculação da aprovação ou rejeição previstos no ordenamento jurídico português. Posteriormente, será feita a mesma análise do ordenamento brasileiro, assim como a comparação das legislações com o princípio da separação dos poderes. Não será realizado um estudo detalhado artigo por artigo mas tão somente dos aspectos mais importantes do referendo nacional.

O instituto do referendo está previsto na Constituição Portuguesa (1976) em seu art. 115º, que por meio dos seus treze itens estabelece algumas regras. Entretanto, é a lei nº 15-A/98 (PORTUGAL, 1998), lei orgânica do regime do referendo, que determina todo o seu procedimento. Na constituição portuguesa o referendo é o único instituto de democracia semidireta ali consagrado (AMARAL, 2012, p. 254).

O primeiro aspecto a ser analisado está relacionado com o direito de participação no referendo. Em princípio, este é limitado a todos os cidadãos eleitores recenseados no território nacional.

Ressalta-se que no direito eleitoral português o voto é facultativo, não existindo, portanto, a obrigatoriedade de participação na convocação referendaria. Diferentemente do Brasil onde existe a previsão Constitucional, no seu art. 14,§1º (BRASIL, 1988), da obrigatoriedade do voto para os maiores de 18 anos e, excepcionalmente em alguns casos o voto é facultativo. Como salienta Maria Lúcia Amaral (2012, p. 259): “os cidadãos portugueses podem ser chamados a pronunciar-se diretamente sobre determinadas questões e não devem, caracteriza o referendo português como facultativo”.

A revisão de 1997 alterou o item n. 12 e alargou o universo subjetivo do referendo incluindo a participação de cidadão residente no estrangeiro que sejam regularmente recenseados, quando a matéria sobre o que recaia o referendo também lhes disser especificamente respeito. A especificidade da matéria não é exclusivamente em relação ao cidadão português como emigrantes, mas sim, que a consulta tenha incidência jurídico-constitucional particular sobre eles, Jorge Miranda (2004, p. 324) exemplifica do seguinte modo: “num referendo sobre integração europeia só devem participar cidadãos residentes noutros Estados comunitários; já num referendo sobre segurança social, pode justificar-se que votem os portugueses em qualquer parte do mundo”.

Outra característica do referendo português é que ele não é legislativo e sim político, ou seja, não tem como finalidade a aprovação ou rejeição de uma norma já elaborada pelo Parlamento, não é um mecanismo ratificativo. O objeto do referendo é a solução do futuro projeto de lei ou tratado a ser eventualmente aprovado, atuando, pois, como auxiliar do processo legislativo no momento anterior à decisão legislativa ou à aprovação de convenção internacional. O referendo não pode ser convocado para resolver uma questão abstrata, mas, apenas questões atuais, concretas (COUTINHO, 2006, p. 95).

O referendo possui por objeto questões de relevante interesse nacional que devam ser decididas pela Assembleia da República ou pelo Governo através da aprovação de convenção internacional ou de ato legislativo. A questão do que é relevante interesse nacional é uma cláusula aberta que fica ao critério de apreciação das entidades que o propõe. O objeto da questão do relevante interesse nacional pode ser analisado pelo Tribunal Constitucional na fiscalização preventiva de constitucionalidade do procedimento do referendo. O Presidente da República pode recusar a convocação de um referendo por entendê-lo como irrelevante. Já o interesse nacional significa que o referendo não pode ser convocado para decidir questões de interesses local e regional. Para tais questões existem seus respectivos referendos (URBANO, 1998, p. 184-185).

Em relação ainda ao objeto do referendo, apenas pode ser matéria de competência da Assembleia da República ou do Governo, que possam vir a ser convertidas em lei ou em uma convenção internacional (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 103).

O referendo também possui limites materiais que excluem expressamente a convocação da consulta para alteração da Constituição, atos referendários de conteúdo orçamentário, tributário e financeiro. Estão vedados também os referendos sobre convenções internacionais sobre a paz e retificação de fronteiras (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 104).

Há a limitação da matéria que pode ser apenas uma por referendo e a quantidade de perguntas que apenas podem ser três, isso porque números maiores causariam uma dispersão capaz de confundir o eleitorado o que comprometeria o resultado da consulta (OTERO; PINHEIRO; LOMBA, 2008, p. 385). Existe também o limite temporal que proíbe a convocação de referendo e sua realização entre a data da convocação e realização das eleições gerais. Entretanto, pode ocorrer em um mesmo dia a realização de mais de um referendo desde que sejam autônomos entre si (MIRANDA, 2004, p. 312). E por último existe a limitação circunstancial: um referendo não pode ser convocado em vigência de estado de sítio ou de estado de emergência. Essa limitação se justifica porque nesse período o Estado está passando por uma situação de anormalidade, em que existem limitações de direitos, o que acarretaria um desvirtuamento da resposta (URBANO, 1998, p. 210).

Antes de começar a análise do procedimento do referendo, é importante destacar os princípios citados por J. J. Gomes Canotilho (2007) e Jorge Miranda (2004) que regem o mesmo:

- 1- *Princípio do relevante interesse nacional da questão;*
- 2- *Princípio da homogeneidade e unidade da matéria:* as perguntas ou questões devem apresentar-se tendo como objeto uma única e exclusiva matéria;
- 3- *Princípio da separação entre a iniciativa e a convocação:* nunca é o mesmo órgão ou uma fração de titulares do órgão que apresenta a iniciativa e também convoca o referendo. Esse princípio é corolário do princípio da separação dos poderes;
- 4- *Princípio da vinculatividade condicionada à participação de mais da metade dos cidadãos inscritos no recenseamento eleitoral;*
- 5- *Princípio da bipolaridade ou dilematicidade:* as perguntas são formuladas para respostas do tipo sim ou não;
- 6- *Princípio da limitação de questões ou perguntas:* não pode existir uma multiplicidade de questões, para que esta não atrapalhe a compreensão dos eleitores para as questões fundamentais que estão em jogo;
- 7- *Princípio da inteligibilidade ou compreensibilidade e clareza:* as questões devem ser formuladas com objetividade, clareza e precisão;
- 8- *Princípio da objetividade:* as questões devem ser formuladas com objetividade o que implica a proibição de juízos de valores implícitos aos quesitos, ou sugestões sobre o sentido das respostas;
- 9- *Princípio da proibição de apresentação de opção entre solução alternativa:* deve o referendo consistir em aprovação ou rejeição apenas da questão suscitada.

O procedimento do referendo português, de uma forma resumida, é composto pelas seguintes fases: a primeira é a fase da proposta de realização do referendo; a segunda é a fase de fiscalização preventiva da constitucionalidade e legalidade da proposta; a terceira fase é a da decisão presidencial sobre convocação do referendo; a quarta fase é a da implementação e votação e por último, a quinta fase envolve proclamação dos resultados e desencadeamentos dos efeitos jurídicos a eles associados (OTERO; PINHEIRO; LOMBA, 2008, p. 371).

No que tange a fase de proposta do referendo, é importante ressaltar que a revisão número 2 de 1997 aumentou a possibilidade de iniciativa do referendo, sendo que essa agora pode ser da Assembleia da República, do Governo e dos cidadãos dirigida a Assembleia da República. A Constituição pulveriza a competência para apresentação de iniciativas referendárias. Trata-se de um poder partilhado, mediante a conjugação da vontade da maioria parlamentar-governamental e do Presidente da República (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 102).

A fase de fiscalização preventiva de constitucionalidade e de legalidade pelo Tribunal Constitucional tem por objetivo verificar se a proposta de referendo está adequada às normas constitucionais e legais. Esta fiscalização consiste principalmente em verificar se a proposta foi apresentada adequadamente pelos órgãos; se foram obedecidos os requisitos legais; se foram respeitados limites materiais, temporais, circunstanciais e formais; se a matéria se enquadra ou não no núcleo de matérias que podem ser objeto de referendo; etc. Essa é uma fase necessária e obrigatória e caso não seja realizada, a mesma implicará na invalidade do referendo. Não poderá o Tribunal Constitucional realizar qualquer atitude no sentido de corrigir os quesitos da proposta com o objetivo de que o referendo se realize. A decisão proferida pelo Tribunal deve ser respeitada e não pode nenhuma decisão do parlamento superá-la e nem o Presidente da República pode convocá-lo caso seja declarada sua inconstitucionalidade (URBANO, 1998, p. 233).

Já a fase da decisão presidencial consiste que após a verificação de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional cabe ao Presidente da República a última e decisiva palavra. Não há vinculação a nenhuma decisão anterior de convocação. Trata-se de um ato discricionário. Caso se opte por não convocar o referendo, pode ser apresentada nova proposta, desde que não seja na mesma sessão legislativa (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 107-108). O Presidente da República quando opte por não convocar o referendo, deve realizar a fundamentação do ato, por meio de mensagem escrita à Assembleia da República ou ao Governo, ou comunicação da decisão para o representante do grupo de cidadão eleitores (OTERO; PINHEIRO; LOMBA, 2008, p. 374).

A fase de implementação e realização do referendo respeita as regras do direito eleitoral para a realização do procedimento. Será feito a apuração dos votos para que sejam proclamados os resultados e seus efeitos jurídicos. Para apuração do resultado é aplicado o princípio da maioria simples. Caso a resposta seja positiva há a aprovação da lei ou da convenção internacional, entretanto, caso a resposta seja negativa, fica impedida a aprovação da convenção ou lei (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 108).

Por ultimo, o referendo é vinculativo. Isto significa que independentemente do resultado da consulta os órgãos do Estado devem conformar com o seu resultado, decidindo em conformidade com ele. Essa vinculatividade, porém, fica condicionada a um mínimo de eleitores, tendo efeito vinculativo quando o número de votantes for superior à metade dos eleitores inscritos no recenseamento. Caso não haja o mínimo exigido a manifestação popular constituirá uma sugestão para atuação dos órgãos.

5 REFERENDO NO BRASIL

A atual Constituição Brasileira (1988) prevê no parágrafo único do artigo primeiro que todo poder emana do povo. Isso significa a legitimação da participação popular na vida comunitária. Depois, em seu art. 14, inciso II, acolhe o referendo como um instituto do exercício da soberania popular. E por ultimo, o art. 49, inciso XV, estabelece que é de competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar referendos e convocar plebiscitos.

Verifica-se que a constituição brasileira foi extremamente econômica na consagração do referendo. Somente dez anos mais tarde, houve a regulamentação do referendo pela Lei 9.709/98, de maneira sintética, em quinze artigos.

Diferentemente do que ocorre em Portugal, o legislador brasileiro não estabeleceu de forma exaustiva as regras e o procedimento, restringindo-se a regulamentar que o referendo é convocado posteriormente a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo retificá-lo ou rejeitá-lo.

O referendo será convocado por meio de decreto legislativo proposto por no mínimo 1/3 dos votos dos membros que compõem uma das Casas do Congresso Nacional. Aprovado o ato convocatório, o Presidente do Congresso Nacional dará ciência à Justiça Eleitoral que ficará incumbida de marcar a data da consulta, estabelecer as instruções para realização do referendo e informará a população sobre a questão que será discutida.

Todos os cidadãos eleitores são obrigados a participar da consulta, de modo que o referendo segue as regras das eleições. O referendo brasileiro é decisivo, isso significa dizer que há obrigatoriedade dos órgãos públicos em acatar a decisão dos eleitores procedendo à realização do que foi decidido, ou seja, a aprovação ou a rejeição da lei ou do ato administrativo colocados em questão (SGARBI, 1999, p. 163-174).

Os demais aspectos, tais como o objeto, o conteúdo, a análise prévia de constitucionalidade e legalidade, assim como limites materiais, temporais e circunstanciais, não foram previstos pela legislação brasileira.

Até a presente data, a única experiência de referendo no Brasil ocorreu com a Lei n. 10.826/2003 conhecida como lei do desarmamento, que previa no seu art. 35 a convocação de referendo para saber por meio da consulta popular se a população era a favor ou contra a proibição do comércio de armas de fogo. O aludido referendo foi autorizado pelo Decreto Legislativo n. 780 de 7/7/2005. Efetivado o referendo em 23/10/2005, a proibição da proposta foi rejeitada.

Em junho de 2013, ocorreram intensas manifestações populares questionando diversos setores públicos no Brasil. A Presidente da República veio a público propor referendo e plebiscito. Entretanto a proposta foi rechaçada por juristas e congressistas e até o presente momento não foi proposta nenhuma consulta pública sobre a matéria (MENDES, 2014).

6 ANÁLISE COMPARATIVA DO REFERENDO ENTRE PORTUGAL E BRASIL

Nesse ponto, será feita uma comparação entre os principais aspectos do procedimento do referendo português e brasileiro e que de alguma forma podem causar conflito com o princípio da separação de poderes. Antes, importante salientar as palavras do professor André Ramos de Tavares, sobre o objetivo da doutrina da separação de poderes:

“como uma técnica de arranjo e estrutura política do Estado, implicando a distribuição por diversos órgãos, de forma não exclusiva, das tarefas essenciais dentro de um Estado, com o que se permite controle recíproco dos mesmos, tendo em vista a manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer do desenvolvimento humano”. (TAVARES, 2003, p. 24).

O primeiro ponto a ser analisado refere-se à iniciativa para convocação. Em Portugal, existe uma separação entre a competência para iniciativa e a competência para convocação. A

iniciativa é partilhada entre a Assembleia da República, o governo e os cidadãos, sendo encargo do Presidente da República a sua convocação. Já no Brasil, não houve preocupação com a distinção entre competência para convocação e para iniciativa, apenas prevendo que a convocação é competência exclusiva do Congresso Nacional. Nesse ponto a legislação brasileira está muito aquém do desejado por não prever a possibilidade de iniciativa da proposta referendaria pelos cidadãos. A sugestão do autor Adrin Sgarbi (1999, p. 168) é o uso analógico do art. 61, §2º da Constituição da República que estabelece para iniciativa popular de projeto de lei federal, a atuação de, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído por no mínimo 5 Estados, com 0,3% dos eleitores de cada um.

Nesse aspecto a legislação portuguesa é mais adequada com o princípio da separação dos poderes, pois existe primeiramente uma separação entre a iniciativa e a convocação. Apenas ocorrerá a consulta se existir uma conjugação de vontade entre todos os órgãos, não podendo nenhum deles determinar, sozinho, a realização do referendo. É importante ressaltar que apesar de existir essa solidariedade na convocação, ainda permanece a independência de cada órgão, o que evita que o referendo se torne um foco de tensão entre eles e garante o bom funcionamento da democracia (URBANO, 1998, p. 175-176).

Quanto à matéria a ser objeto de referendo a Constituição da República Portuguesa em seu art. 115.º item 3 determina que apenas questões de “relevante interesse nacional” podem ser matéria do mesmo e no Brasil a lei 9.709/98 no seu art. 2º, caput, estabelece que o referendo deve versar sobre “matéria de acentuada relevância”, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. Entretanto, ambas as legislações não possuem um critério objetivo para saber quais as matérias podem ser objeto da consulta, acabando por ficar a critério da decisão política dos órgãos que podem realizar sua convocação.

No que tange a decisão política sobre a matéria, algumas limitações são estabelecidas com objetivo de que não haja nenhuma distorção do instituto e para que não seja realizado nenhum referendo que possa suprimir funções dos órgãos políticos o que seria uma afronta direta ao princípio da separação dos poderes.

A primeira proibição está relacionada à convocação do referendo para alteração da Constituição, como forma de coibir sua utilização com caráter autoritário, desvirtuando o seu papel original. Caso seja possível referendo para alteração da constituição, poderá ocorrer alteração da estrutura estatal, das funções dos órgãos políticos, o que por sua vez fere o princípio da separação dos poderes. A lei portuguesa proíbe expressamente em seu art. 115, item nº 4. No Brasil, não existe nenhuma proibição expressa na lei do referendo, todavia, realizando uma interpretação constitucionalmente adequada com o procedimento de emenda a

constituição, há uma serie de requisitos e proibições previstas no art. 60, sendo que tal proposta, apenas pode ser feita pelos Congressistas, pelo Presidente da República e pela Assembleia Legislativa, não existindo previsão de proposta por iniciativa popular. Há também a impossibilidade de elaboração de emendas constitucionais que tentem abolir a forma federativa do Estado e a separação de poderes. Aplicando uma interpretação extensiva não poderá o referendo tratar sobre essas matérias e sua convocação fica restrita aos legitimados (SGARBI, 1999, p. 168-169).

Uma importante exclusão sobre a matéria salientada pelo professor Jorge Miranda (2014) é que o referendo não deve incidir sobre questões inerentes a um programa de governo, ou de cuja resolução dependa da subsistência do Governo. Isso ocorre porque caso exista uma consulta popular, ficaria comprometida a separação dos poderes entre o legislativo e o povo, pois caso o Governo fosse derrotado, em votação referendária, isto acarretaria problemas à sua manutenção. O Governo precisaria se demitir e o legislativo ser dissolvido. Tanto no Brasil, quanto em Portugal, não há impedimento expressamente indicado para essa questão.

Há que ressaltar, também, a questão dos limites circunstanciais para a realização do referendo, pois em situações de anormalidade em que alguns direitos fundamentais não possam ser exercidos de maneira plena, não deve ocorrer sua convocação, por ser este um caminho fértil para que ocorra a supressão de direitos legítimos e, principalmente, alteração da estrutura do Estado, impondo um regime autoritário e manipulador da vontade popular, o que provocaria novamente uma lesão ao princípio da separação dos poderes. De acordo com Maria Benetida Urbano:

[...] no estado de sitio e no estado de defesa estamos diante de situação de crise, de calamidade, de emergência, situações de não normalidade constitucional em que a própria existência do Estado, a sua segurança, bem como a segurança e organização da comunidade, estão em perigo. (URBANO, 1998, p. 210).

Na legislação portuguesa a previsão é expressa, no art. 9 da LORR, quanto à proibição da convocação do referendo em circunstancia que seja decretado estado de defesa ou estado de sitio. Já no Brasil, novamente não há previsão expressa. Deve ser realizada uma interpretação extensiva da Constituição, quando o art. 136,§1º e o artigo 139 dizem que a liberdade pública pode ser restringida. Limita-se, portanto, a soberania popular para que sejam asseguradas manifestações legítimas (SGARBI, 1999, p. 224-225).

O limite temporal, estabelece que em determinados momentos o referendo não pode ser convocado. Em Portugal existe a limitação expressa no art. 8 da lei que prevê que o mesmo não pode ser convocado em época de eleições gerais, vez que provocaria uma distorção dos resultados o que comprometeria a democracia representativa (URBANO, 1998, p. 213). O legislador brasileiro não fez qualquer previsão nesse sentido.

Por último, devem ser analisados os efeitos jurídicos do referendo em relação aos seus resultados. O referendo, como um instrumento da democracia semidireta, tem por meta a aprovação ou rejeição de uma norma jurídica, não possui a função de criar uma norma, até porque esse é papel do Poder Legislativo. A legislação portuguesa possui a previsão de que se a resposta for positiva, a Assembleia da República ou Governo Federal ficarão obrigados a aprovar o ato. Em caso de resposta negativa, a Assembleia ou Governo Federal ficarão impedidos de aprovarem o ato ou a convenção internacional correspondente ao objeto da consulta, salvo no caso de nova eleição da Assembleia ou realização de novo referendo com resposta positiva. Entretanto, a resposta proferida no referendo apenas tem efeito vinculativo quando o número de votantes for superior à metade dos eleitores inscritos. Na legislação brasileira não existe uma previsão expressa em relação aos efeitos e resultados do referendo, apesar de ser possível interpretar de modo extensivo a Constituição, para fins de aplicação da norma do parágrafo único do art. 1º que fala que todo poder emana do povo. Em assim sendo, a decisão proferida pela população deve ser vinculativa aos órgãos públicos (SGARBI, 1999).

Diante de todo exposto, verifica-se que a legislação portuguesa está a frente em relação à legislação brasileira, que carece de uma regulamentação mais extensiva e adequada a um Estado Democrático de Direito, para que se assegure uma maior participação popular e inicie-se uma tradição brasileira de consulta ao povo.

5.1. Legitimidade da análise prévia do Tribunal Constitucional

O aspecto da legitimidade da análise prévia pelo Tribunal Constitucional é de suma importância em face do princípio da separação de poderes. Isto ocorre porque estamos diante de uma iniciativa e convocação de outros poderes autônomos que ficam submetidos a fiscalização preventiva pelo Tribunal. Entretanto, como já foi dito, o princípio da separação dos poderes permite que haja um controle recíproco entre os órgãos (TAVARES, 2003, p. 24).

Nesse sentido o professor Jorge Miranda (2004, p. 314) ressalta a importância de que exista uma fiscalização preventiva do Tribunal Constitucional, tendo em vista a gravidade das implicações do instituto e a necessidade comprovada, pela experiência histórica de outros países, de se evitar desvios. Trata-se de apurar a conformidade com as normas constitucionais e legais pertinentes ao procedimento, à pergunta ou as perguntas formuladas e ao sentido da resposta que venha a prevalecer. Quanto ao procedimento e as perguntas, o problema é de constitucionalidade e legalidade formal; quanto ao sentido, de constitucionalidade material.

Em Portugal, existiu uma preocupação com a regulamentação do controle de constitucionalidade. Cabe ao Tribunal Constitucional a fiscalização preventiva e obrigatória da constitucionalidade e da legalidade das propostas de referendo. A análise preventiva realizada pelo Tribunal Constitucional deve ser o mais ampla possível alcançando todos os possíveis vícios de fundo, de competência ou de forma, que venham macular o referendo. Também são analisados o objeto, as perguntas e as possíveis respostas, para que verifique se estão em conformidade com a Constituição (COUTINHO, 2006, p. 114).

A iniciativa de fiscalização preventiva da proposta de referendo é de obrigação do Presidente da República que está obrigado, antes de qualquer decisão sobre a convocação ou não, a submeter a proposta à apreciação do Tribunal Constitucional. Caso seja declarada sua inconstitucionalidade ou ilegalidade, o Presidente da República não poderá convocá-lo, devendo a proposta ser devolvida para o órgão responsável pela iniciativa para que seja corrigido o vício e a mesma seja reformulada. Não cabe ao Tribunal corrigir qualquer vício para que haja o referendo. Caso isto fosse permitido, o mesmo estaria adentrando no âmbito de competência de outros órgãos. Pode o Tribunal Constitucional, como fez nos acórdãos sobre os referendos da interrupção voluntária da gravidez e das regiões, dar por verificada a constitucionalidade e legalidade do referendo (COUTINHO, 2006, p. 114-115).

Infelizmente, na legislação brasileira não foi previsto qualquer possibilidade de análise prévia de constitucionalidade e legalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Não existiu esse cuidado para realização do referendo, de suma importância para afastar os desvios que podem deturpar o ideal democrático. Ademais, a análise prévia não compromete o princípio da separação de poderes mas, pelo contrário, legitima ainda mais o procedimento referendário.

6 CONCLUSÃO

Verifica-se, após o estudo proposto sobre o mecanismo do referendo que o mesmo é um instrumento de suma importância para as democracias modernas, desde que tomadas as devidas cautelas.

Hoje vivemos tanto no Brasil quanto em Portugal em uma democracia representativa, em que a população vota em representantes para decidirem as políticas do governo. Entretanto, as constituições desses países possuem a previsão do referendo, que é um instrumento de democracia semidireta, onde os cidadãos são convocados a participar diretamente de decisões de relevante interesse.

O referendo não prejudica o bom andamento de uma democracia participativa. Pelo contrário, o mesmo procura viabilizar e assegurar canais de comunicação entre o indivíduo e o Estado.

O problema do referendo é que ele é um mecanismo facilmente manipulável, sobretudo nas mãos de demagogos. Na ilusão de se acharem livres e conscientes, conclamados a participar na condução da ação governo, os cidadãos podem estar simplesmente sendo falaciosamente conduzidos a agir de um determinado modo.

Outro ponto a ser destacado, é que a simples consagração do referendo, não implica a sua utilização efetiva, porque a democracia não deve ser medida ou julgada apenas pela quantidade, mas essencialmente pela sua qualidade.

No Brasil, o referendo está muito aquém do desejado. Sua previsão está inserida em apenas um inciso da constituição e sua regulamentação em apenas 15 artigos, o que deixa muito a desejar. Já em Portugal a constituição o regulamenta de forma detalhada em uma legislação altamente estruturada em 255 artigos sobre todo o procedimento.

Verifica-se que em todo o procedimento, desde a iniciativa, passando pela fiscalização preventiva, a fase da decisão presidencial, da implementação e votação e proclamação dos resultados a legislação brasileira foi totalmente omissa, nada prevendo quanto a concretização do procedimento.

No que tange a legitimidade do Tribunal Constitucional para a análise prévia do referendo, não há violação ao princípio da separação dos poderes, pois, tendo em vista que,

historicamente, o mesmo já foi utilizado diversas vezes como um instrumento para a aprovação de constituições autoritárias, torna-se necessário que haja um maior controle por todos os órgãos. Na legislação portuguesa fica totalmente comprovada a divisão da participação de todos os poderes, inclusive com a oportunidade de apresentação de proposta do referendo pelo cidadão.

Em Portugal e no Brasil, a história mostra que a prática de consulta popular através de referendo, ainda é pouco difundida. Entretanto, fica claro que a regulamentação legal portuguesa encontra-se inquestionavelmente mais avançada que a regulamentação brasileira.

REFERÊNCIAS:

AMARAL, Maria Lúcia, **A Forma da República**, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012;

BOBBIO, Noberto, **Liberalismo e democracia**, tradução Marco Aurélio Nogueira, 8ª Reimpre., São Paulo: Brasiliense, 2004;

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 10ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2000;

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937 Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 12 de ago. de 2015

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1946 Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 12 de ago. de 2015

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 24 jan. 1967 Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 12 de ago. de 2015

BRASIL. Constituição (1967). **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969. Edita novo texto da Constituição de 1967. Brasília, DF, 17 out. 1967 Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 12 de ago. de 2015

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10 de ago. de 2015

BRASIL. Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003. **Estatuto do Desarmamento**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 23 dez. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm. Acesso em 10 de ago. de 2015

COSTA, Marta Nunes da, **Manual de Filosofia Política**, Capítulo XI – A crise da Democracia – 269-294, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2013;
CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003;

CANOTILHO, J. J. Gomes; Moreira, Vital, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 4ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007;

CARDOSO, Fernanda Lima Lopes, **Referendo: uma questão actual**, Lisboa: Publicações Dom Quixote, Ltda, 1992;

COUTINHO, Francisco Pereira, **O Referendo Político Nacional em Portugal**, Estudos de Direito Público, Âncora, Lisboa, 2006, pag. 11 a 146;

COUTINHO, Luís Pereira. **Teoria dos Regimes Políticos**. Lisboa: AAFDL, 2013;

MIRANDA, Jorge. **Ciência Política, Formas de Governo**. Lisboa, 1992;

MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. 2ª ed., Coimbra: Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010;

MIRANDA, Jorge, **Direito Constitucional e Democracia**. Jorge Miranda, Joana Fernandes Machado. Curitiba: Juruá, 2013;

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo VII- Estrutura Constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004;

MIRANDA, Jorge. BONAVIDES, Paulo. AGRA, Walber de Moura. **Comentários a Constituição Federal de 1988**, Rio de Janeiro: Forense, 2009;

MIRANDA, Jorge. Disponível em:
http://www.cjlp.org/materias/divisao_poder_partidos_politicos_e_cidadania_jm.html. Acesso em 15 de setembro de 2014;

MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito Constitucional**, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014;

MOREIRA, Vital, **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**, Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra: Coimbra Editora, 1995;

MOREIRA, Vital, **Crise e Reforma da Democracia**, V Curso Livre de História Contemporânea, Edições Colibri, 2005;

NOVAIS, Jorge Reis, **Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**, Coimbra: Coimbra Editora, 2014;

OTERO, Paulo; PINHEIRO, Alexandre Sousa; LOMBA, Pedro. **Comentários à Constituição Portuguesa**, III Volume – 1º Tomo, Coimbra: Almedina, 2008;

PINTO, Ricardo Leite. **Referendo Local e Descentralização Política (contributo para estudo do referendo local no constitucionalismo português)**, Coimbra: Almedina, 1988;

PORTUGAL. Assembleia da República. **Resolução da Assembleia da República 6-A/2014**, Disponível em:
<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626e526c654852766331396863484a76646d466b62334d764d6a41784e43395351564a664e6c3942587a49774d5451756347526d&fich=RAR_6_A_2014.pdf&Inline=true>. Acesso em 10 ago. de 2015

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa. PT. 25 de abr. 1976. Disponível em:
<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em 10 ago. de 2015.

PORTUGAL. Lei 15/A, de 03 de abril de 1998. **Lei Orgânica do Regime do Referendo**. Diário Oficial da República Portuguesa. Lisboa, PT, 03 abr. 1998. Disponível em:
<http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/legis_lorr_2005.pdf> Acesso em 10 de ago. de 2015

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, **O referendum e a representação democrática no Brasil**, Revista de Informação Legislativa, a. 23 n. 92 – outubro/ dezembro de 1986;

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros Editores, 2005;

SILVA, José Afonso da, **Comentários Contextual à Constituição**, São Paulo: Malheiros Editores, 2009;

SILVA, José Afonso da, **O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa**, Revista do Advogado, Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXII – Nº 73 – Novembro de 2002, pag. 94-108;

SGARBI, Adrin, **O referendo** – Rio Janeiro: Renovar, 1999;

TAVARES, André Ramos. **Repartição de funções estatais: fundamento, estrutura e finalidade**. Revista do Advogado. Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a Celso Ribeiro de Bastos, Ano XXII, Novembro de 2003, nº 73, pag. 21-26;

URBANO, Maria Benedita, **O Referendo – Perfil Histórico Evolutivo do Instituto. Configuração Jurídica do Referendo em Portugal**, Coimbra: Coimbra Editora, 1998;

ZIPPELIUS, Reinhold, **Teoria do Estado**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 1997.