

PUCRS

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

LEONARDO TRICOT SALDANHA

**O REFERENDO LOCAL E A LEGITIMAÇÃO POR PROXIMIDADE: VALORES
DEMOCRÁTICOS E SUAS MÚLTIPLAS INSTITUCIONALIZAÇÕES**

Porto Alegre
2018

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUC/RS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO – DOUTORADO

LEONARDO TRICOT SALDANHA

O REFERENDO LOCAL E A LEGITIMAÇÃO POR PROXIMIDADE
VALORES DEMOCRÁTICOS E SUAS MÚLTIPLAS INSTITUCIONALIZAÇÕES

PORTO ALEGRE

2018

LEONARDO TRICOT SALDANHA

**O REFERENDO LOCAL E A LEGITIMAÇÃO POR PROXIMIDADE
VALORES DEMOCRÁTICOS E SUAS MÚLTIPLAS INSTITUCIONALIZAÇÕES**

Texto apresentado para a realização de pré-banca, objetivando a futura postulação do grau de Doutor pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Porto Alegre

2018

LEONARDO TRICOT SALDANHA

**O REFERENDO LOCAL E A LEGITIMAÇÃO POR PROXIMIDADE
VALORES DEMOCRÁTICOS E SUAS MÚLTIPLAS INSTITUCIONALIZAÇÕES**

Tese apresentada como requisito para a obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 20 de novembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet - PUCRS

Prof. Dr. Alexandre Viala – Universidade de Montpellier

Prof. Dr. Gerson Neves Pinto - UniSinos

Prof. Dr. Jayme Weingartner Neto - UniLaSalle

Prof. Dr. Rodrigo Valin de Oliveira – UFRGS

Prof. Dr. Thadeu Weber – PUCRS

Porto Alegre

2018

Para minha amada Marília, coragem imensa.
Para Lourenço e Luísa, renovada esperança humana de futuro.
Para meus pais, Luiz e Neuza, que me ensinaram o amor.

AGRADECIMENTOS

Uma tese sempre é fruto de centenas de auxílios. Agradecer, então, sempre traz uma pitada de injustiça. Ao mesmo tempo, é imprescindível.

Começemos pelos professores do PPGD da PUCRS, fiéis mantenedores da qualidade deste programa e guardiões do conhecimento civilizatório que o direito encerra. Dentre eles, meu orientador, prof. Dr. Ingo Sarlet, responsável por aprofundar a discussão a respeito dos direitos fundamentais entre nós e por me instar a fazer esse doutorado tardio (sim, leciono em faculdade de direito há 22 anos). Sua generosidade e apreço ao conhecimento qualificaram imensamente minha vida e, por isso, sempre serei grato. Da mesma maneira, a todo o corpo funcional da casa, sobretudo à senhora Caren Andrea Klinger que mantém afetuosamente a ordem administrativa de tantas e tão diversas atividades.

Aos professores e funcionários da Universidade de Montpellier 1, em que fiz estágio doutoral (doutorado sanduíche) durante um ano. Em especial, agradeço ao prof. Dr. Alexandre Viala que tão vividamente me acolheu naquela universidade e que, agora, honra-me com a sua presença em minha banca e à senhora Habiba Abbassi, secretária do Centro de Estudos e de Pesquisas Comparativas Constitucionais e Políticas (CERCOP), do qual orgulhosamente participei. Da mesma forma aos funcionários da Biblioteca Richter daquela Universidade, onde a maior parte desta tese foi escrita.

À CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) que financiou grande parte do meu curso de doutoramento e quatro meses do meu doutorado sanduíche (Processo PDSE20161542487). Um país desenvolvido e justo é feito a partir de pesquisa qualificada, e a CAPES possui um largo histórico de realizações. Oxalá sua missão perdure e que a dotação orçamentária a ela atribuída seja cada vez mais relevante.

À senhora Carla Evelise Justino Hendges, colega de doutorado e amiga que leu, corrigiu e discutiu comigo toda a tese, sem medir qualquer esforço. À senhora Daiane Mello Piccoli, antiga aluna, estimada amiga que muito auxiliou na pesquisa utilizada no quarto capítulo da tese. Às duas, cuja capacidade de trabalho é absolutamente imensa, minhas mais agradecidas homenagens.

Aos companheiros de caminhada que comigo construíram suas identidades como professores – Aloísio Zimmer Jr., Rodrigo Valin de Oliveira, Cláudio Maraschin, André Bencke, Diego Leite, Rogério Barcelos Alves, José Francisco Fischinger Moura de Souza, Alexandre Mello e Cássio Cavalli – sempre dedicando aos alunos e ao ensino do direito seus maiores esforços e, a mim, devotada amizade e convincente exemplo.

À minha família que me suportou emocionalmente durante o processo de redação desta tese e que não titubeou ante a proposta de se afastar de casa por um ano para que a pesquisa evoluísse.

A tantos outros professores, alunos, orientandos, colegas e amigos não diretamente citados mas que, como antes disse, foram fundamentais no processo de construção do presente texto.

A todos, meu muito obrigado.

Grândola, vila morena
Terra da fraternidade
O povo é quem mais ordena
Dentro de ti, ó cidade
...
Em cada esquina, um amigo
Em cada rosto, igualdade
Grândola, vila morena
Terra da fraternidade
...
À sombra duma azinheira
Que já não se via a idade
Jurei ter por companheira
Grândola, a tua vontade

Estrofes ímpares de Grândola, vila morena, de Zeca Afonso

RESUMO

O presente trabalho tem por tese a possibilidade do uso do referendo local como um meio de instrumentalizar um determinado tipo de legitimidade democrática, qual seja, a por proximidade, como delineada por Pierre Rosanvallon. Para tanto, apresenta os valores típicos do regime democrático – igualitarismo político, concepção relativista a respeito da verdade, salvaguarda dos direitos fundamentais e autonomia política dos cidadãos. Argumenta que tais valores tradicionalmente são encarnados institutos de democracia representativa, tais como os parlamentos. Mas que outras instituições surgem, na história, para afirmar esses mesmos valores, de acordo com um certo “espírito do tempo”. Atualmente, as características do trabalhador contemporâneo apontam para a relevância da legitimação por proximidade, que pode vir a ser instrumentalizada pelos referendos locais. O trabalho analisa tipos, procedimentos e funções sistêmicas dos referendos locais, bem como discute os perigos e as oportunidades de sua adoção. Por fim, apresenta o quadro legislativo, regulamentar e jurisprudencial do instituto no Brasil, discutindo motivos para sua pouca utilização no país.

Palavras-chave: Democracia. Referendos locais. Legitimidade democrática. Direitos fundamentais.

RÉSUMÉ

La présente thèse envisage la possibilité d'utiliser le référendum local comme moyen d'instrumentaliser un certain type de légitimité démocratique ; c'est-à-dire celle de proximité, comme l'a définie Pierre Rosanvallon. Pour ce faire, il présente des valeurs typiques au régime démocratique - l'égalitarisme politique, la conception relativiste à propos de la vérité, la sauvegarde des droits fondamentaux et l'autonomie politique des citoyens. Il fait valoir que telles valeurs sont traditionnellement incarnées dans les institutions de la démocratie représentative, comme les parlements. Cependant, d'autres institutions émergent dans l'histoire pour affirmer ces mêmes valeurs, selon un certain « esprit du temps ». De nos jours, les caractéristiques du travailleur contemporain soulignent la relevance de la légitimation pour proximité pouvant être mise en œuvre par des référendums locaux. L'étude analyse les types, procédures et fonctions systémiques des référendums locaux, ainsi que les dangers et les opportunités de leur adoption. Enfin, cette étude présente le cadre législatif, réglementaire et jurisprudentiel de l'institution au Brésil, tout en examinant les raisons de sa faible utilisation dans le pays.

Mots-clés: Démocratie. Référendums locaux. Légitimité démocratique. Droits fondamentaux. Processus législatif.

ABSTRACT

The present work affirms the possibility of using the local referendum as a mean to instrumentalize a certain type of democratic legitimacy, that one by proximity, as outlined by Pierre Rosanvallon. For that, it presents the typical values of a democratic regime - political egalitarianism, relativistic conception about the truth, safeguard of the fundamental rights and political autonomy of the citizens. It asserts that such values are traditionally embodied in institutes of representative democracy, such as parliaments. But that other institutions emerge in history to affirm these values, according to a certain "spirit of the time". Nowadays, the characteristics of the contemporary worker points to the relevance of legitimacy by proximity, which might be exploited by local referendums. The work analyzes types, procedures and systemic functions of local referendums, as well as discusses the dangers and opportunities of their adoption. Finally, it presents the legislative, regulatory and jurisprudential situation of the institute in Brazil, discussing reasons for its poor use in the country.

Keywords: Democracy. Local referendum. Democratic legitimacy. Fundamental rights. Legislative process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 O MODELO CIVILIZATÓRIO DEMOCRÁTICO, A UTOPIA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA	19
1.1 O igualitarismo político na sociedade democrática	23
1.2 A democracia possui uma concepção relativista a respeito da verdade política	35
1.3 Os direitos fundamentais prevalecem em face da relatividade da verdade, como valores democráticos	41
1.4 A autonomia política dos cidadãos	54
2 A REALIZAÇÃO DOS VALORES DEMOCRÁTICOS.....	67
2.1 A “crise” contínua da institucionalização democrática, especialmente (mas não apenas) da democracia representativa.	71
2.2 Novos tipos de legitimação democrática decorrentes da diferenciação individual. A proximidade e as possibilidades do referendo local como instrumento legitimador da ordem democrática.....	94
3 REFERENDOS - GENERALIDADES E ADEQUAÇÃO ÀS REALIDADES LOCAIS.....	114
3.1 Os referendos em geral	116
3.1.1 Questões terminológicas, mas não meramente terminológicas.....	117
3.1.2 Tipologia dos referendos e procedimentos	120
3.1.3 As funções desempenhadas pelos referendos de acordo com os procedimentos adotados e os atores mais relevantes	130
3.1.4 Os perigos do uso do referendo	142
3.2 Os referendos locais – discussões específicas	153
3.2.1 As origens dos referendos locais.....	156
3.2.2 Funções dos referendos locais e notas procedimentais	159
3.2.3 O referendo local como instrumento de integração do cidadão e de legitimidade por proximidade – outros argumentos	170
3.2.4 Os desafios e os perigos do uso do referendo local	174

4 REFERENDOS LOCAIS NO BRASIL: DIREITOS FUNDAMENTAIS E OPORTUNIDADE DEMOCRÁTICA.....	179
4.1 Os direitos políticos como direitos fundamentais	180
4.2 A situação normativa dos referendos locais no Brasil	186
4.3 Casuística dos referendos locais no Brasil	195
4.4 O futuro do referendo local entre nós	200
CONCLUSÃO.....	206
REFERÊNCIAS.....	210

INTRODUÇÃO

Esta tese de doutoramento trata da democracia, seus valores, suas várias formas de expressão e de concretização institucional. Em uma sociedade complexa, que se pretenda democrática, é natural e desejável que os valores democráticos se expressem tanto na sociedade quanto nas instituições – cabe ao direito dar forma aos institutos que bem possam instrumentalizar a vida democrática das pessoas na sociedade, aumentando a legitimidade e o pertencimento.

O trabalho aproxima-se e discute vários temas acerca da democracia, temas auxiliares e importantes, mas tem o seu foco em uma ideia que constitui, a rigor, a Tese. Ei-la: a série de mudanças na vida econômica, laboral e social experimentada marcadamente a partir dos anos 1970 tem efeitos sobre o sentimento de legitimidade do regime político. O cidadão, que possuía clara sua posição e seus interesses no período da indústria pesada e dos sindicatos fortes, passa a ter uma outra formação profissional e ideológica a partir do momento em que os empregos exigem adaptabilidade a meios de produção que se sucedem com muita rapidez. Dele é exigido criatividade, capacidade de aprendizagem, transformar-se e vender-se como um produto. Esse maior individualismo abala a confiança dos novos cidadãos nos parlamentos. Por outro lado, faz com que uma nova espécie de política se torne possível, uma política de causas, em que as semelhanças não se dão por classes sociais, mas por crenças e narrativas de vida.

Um instituto jurídico tradicional ganha, paralelamente, força em vários países das democracias centrais (Estados Unidos, França, Alemanha, entre outros). Trata-se do referendo (ou plebiscito) em seu viés local, ou seja, realizado nos níveis estadual ou municipal (como exemplos, que exploraremos oportunamente, a França realizou pouco mais de 750 referendos locais no período de 1975 a 2005, enquanto a Alemanha, levando em conta os referendos “estaduais” e “comunais”, 3004 referendos, no mesmo período; na Suíça, apenas a cidade de Berna submeteu 130 assuntos a referendo no período de 1980 a 1990). O que se argumenta é que esse aumento de referendos locais não é obra do acaso, mas a percepção havida de que tais referendos locais são adequados a essa nova espécie de cidadão. Muitos são os motivos para isso, mas, agora, destacamos a possibilidade de atuação do

cidadão desde o momento da escritura do projeto de lei, de negociação. Ao que se soma a característica de proximidade do referendo local, que trata de algo diretamente relacionado à vida do cidadão hiperindividualista, criativo, flexível e auto-interessado. Essencialmente, eis a tese: há uma nova espécie de cidadão que identifica outros elementos como geradores de legitimidade democrática, e esses elementos podem ser institucionalizados juridicamente pelo referendo local. Esse seria o principal motivo para percebermos o aumento no uso de tal instituto em outros países.

O problema central de pesquisa questiona se o uso do referendo local pode ser instrumento relevante de concretização dos valores democráticos em uma sociedade com cidadãos remodelados pela mudança na ideologia¹ de produção econômica. Para instrumentalizar as possíveis respostas, questionou-se quais os valores típicos de uma sociedade que se defina como democrática; se a legitimidade democrática é, apenas, a eleitoral, ou se também são democráticas outras instituições que representam vários outros tipos de legitimações, desenvolvidas no correr da história; quais as características dos referendos, e se há uma especificidade dos referendos locais; e, por fim, se é sistematicamente possível e politicamente desejável propor a utilização massiva dos referendos locais no Brasil, discutindo a questão de eventuais mudanças legislativas necessárias.

Em termos metodológicos, as afirmações provisórias que são feitas baseiam-se em pesquisa bibliográfico-documental. Em vários momentos, talvez a maioria, trata-se de mera exposição do resultado de pesquisa. Nos momentos fundamentais, porém, busca-se a falseação da afirmação defendida, o que significa dizer que, para verificar a consistência da proposição, discute-se seu inverso completo. O marco referencial teórico é a obra de Pierre Rosanvallon, em diferentes momentos de sua produção mas, sobretudo, naqueles em que defende a existência de várias fontes de legitimidade democrática, não só a eleitoral. Ainda, em sua profícua discussão a respeito do igualitarismo. Destaca-se, ainda, a

¹ O termo ideologia será utilizado na tese em sua acepção mais simples, qual seja, de conjunto de ideias que possuam alguma relação – e que, no extremo, formem sistema. Não a utilizaremos no sentido desabonador, como conjunto de ideias falsas, voltadas ao engano. Agradecemos ao professor Thadeu Weber esse esclarecimento.

² Ver, a respeito, entre tantos outros, MENDONÇA, Heloísa. **Câmara aprova terceirização para todas as atividades**. El País Brasil Digital de 23 de março de 2017. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490127891_298981.html. Acesso em: 28

presença da filosofia política e institucional de John Rawls e de Jürgen Habermas, haja vista a produção anterior do autor da tese.

O texto que se segue é uma escolha discricionária para que os problemas de pesquisa pudessem ter respostas satisfatórias. Assim, dividimos a exposição em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, buscamos apresentar quais os valores fundamentais que devem estar presentes no ordenamento jurídico de uma sociedade que se deseje democrática. Ainda que esses valores não sejam plenamente observados na vida social, eles devem ser defendidos pelo direito. O direito não é uma ciência descritiva, mas prescritiva – ele busca formatar a realidade a partir de valores políticos episodicamente vitoriosos. O primeiro deles é a igualdade política dentre os cidadãos - sabemos que a igualdade não se realiza em todas as dimensões no mundo, mas há um lugar em que ela pode se realizar plenamente – o da igualdade política. O segundo valor é o combate a qualquer dogmatismo, que resulta da concepção relativista a respeito da verdade – esta só existe como uma construção coletiva, o que se inspira no método crítico de Kant. O terceiro é defesa da prevalência dos direitos fundamentais ante as decisões majoritárias – nem a regra da maioria pode ser usada para afastar direitos fundamentais – bem como a necessidade da implementação de direitos sociais, ecológicos e culturais para que cada indivíduo possa desenvolver uma existência plena, capaz de gerar contribuição política enriquecedora. Eis algo belo de se afirmar, mas difícilimo de se realizar, apesar de se constituir em uma das mais importantes bases da ideia de Estado Democrático de Direito. Por fim, veremos a importância da ideia de autonomia do cidadão, de um cidadão que pense por si. Disso decorre a imensa importância de se garantir a autenticidade das experiências de cada cidadão, que não pode ser manipulado por qualquer meio. Ainda, apresentaremos as diferenças entre virtudes republicanas e virtudes democráticas que, ao contrário senso do que se poderia supor, são díspares em vários momentos.

O segundo capítulo trata da identificação e da análise de institutos que foram, ao longo do tempo, sendo construídos para concretizar os valores democráticos. Da qualidade desses institutos jurídicos depende a realização concreta da democracia, e eles são muitos, cada um adequado a realizar o sentimento de legitimidade próprio de uma época, ou de um grupo de cidadãos.

Em outras palavras, não é apenas o sufrágio que realiza valores democráticos. É certo que os parlamentos são a concretização de maiores sucesso e visibilidade desses valores, ainda que sempre tenha havido déficits de representação. Mas também estudaremos a administração pública imparcial, interessada no desinteresse, e o controle de constitucionalidade, cujo objetivo é o de preservar os consensos políticos fundamentais, mantendo a memória da comunidade política; ambos também realizam os valores da democracia. Por fim, veremos que mudanças nos meios produtivos, que passaram a demandar trabalhadores com outras características diferentes daquelas demandadas no passado, fizeram surgir um novo tipo de legitimidade, adequado a um novo discurso econômico. Vários institutos da chamada democracia participativa ganham força. Argumentaremos que o referendo (ou plebiscito) local possui elementos adequados a esse novo cidadão, e que o seu uso é, por isso, uma oportunidade.

Aqui, cabe fazer um esclarecimento a respeito do termo utilizado para referir-nos à consulta local, universal, vinculante e voltada à escolha de uma ideia, não de um candidato. Referendo é o termo genérico que encontramos na literatura estrangeira para definir tal consulta. Pouco importa se o povo é chamado a votar em uma ideia, com elaboração parlamentar posterior (o que a lei brasileira chama de plebiscito) ou se o que se faz é colocar ou retirar uma norma da vigência (o que chamamos, aí sim, de referendo). Para não precisarmos tratar, sempre, dos dois institutos - tão semelhantes - do direito brasileiro, usaremos a expressão referendo. Mas ela abrange as duas hipóteses de uso apresentadas.

O terceiro capítulo inicia apresentando o referendo, seus usos em vários países, a partir de diferenças procedimentais, que resultam em funções também díspares do instituto. Apresenta, ainda, os aprimoramentos trazidos no processo legislativo do referendo por sua prática histórica que, em muitos casos, estabelece um claro diálogo entre o parlamento e a população organizada. Por exemplo, as legislações alemã e suíça a respeito de referendos locais permitem que os cidadãos se engajem no processo legislativo com intensidades diversas - se a causa é emocionalmente relevante, o cidadão criativo, flexível, contemporâneo pode escrever o projeto de lei a ser objeto de referendo, colher assinaturas para o submeter ao parlamento, negociar com o parlamento a aceitação da proposição sem precisar ir a referendo e, caso não consiga, pode colher novas assinaturas

(agora em maior número) para submeter o texto a referendo. Ainda, pode envolver-se na campanha e votar. Por outro lado, o cidadão que não seja tocado pela causa poderá votar, apenas – isso se a legislação eleitoral obrigar. O capítulo apresenta este e outros exemplos para defender a flexibilidade do instituto nas legislações estrangeiras, tentando mostrar sua utilidade à realização da legitimidade por proximidade.

Por fim, no quarto capítulo, apresentaremos o referendo no Brasil, previsto constitucional e legalmente. Veremos seu status de direito político expressamente previsto na Constituição (direito fundamental, portanto) e o que disso decorre. Logo após, a regulamentação constitucional, legal e regulamentar do referendo, destacando dois fenômenos: a criatividade da legislação local e o lento desenvolvimento normativo no nível federal. Na terceira parte apresentaremos vários casos de consultas referendárias que se deram na história da atual república, percebendo o seu reduzido número. Buscaremos, na quarta parte, identificar as causas desse fenômeno e propor soluções para que o referendo possa vir a prestar os mesmos serviços à legitimação democrática que em outros países presta.

1 O MODELO CIVILIZATÓRIO DEMOCRÁTICO, A UTOPIA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA

Uma das palavras mais utilizadas no discurso político contemporâneo é a palavra democracia. A gestão de uma sociedade por ações, a formação de postura jurisprudencial majoritária em um tribunal, a informação sobre os efeitos colaterais de um determinado tratamento médico, a integração de grupos vulneráveis na sociedade e o processo de formação das leis parecem estar unidos por essa mesma palavra. Surpreende perceber que as soluções apontadas a partir de sua utilização verdadeiramente parecem razoáveis – uma sociedade por ações que seja gerida democraticamente parece-nos mais capaz de encontrar melhores processos produtivos; um tribunal que aja democraticamente na formação da posição majoritária parece-nos capaz de fazer de sua decisão um ato de convencimento, não de força; um medicamento cujos efeitos colaterais sejam transparentemente expostos parece-nos menos ofensivo; uma sociedade democrática parece claramente a mais adequada à integração dos vulneráveis e, até mesmo em seu campo mais privilegiado, o da discussão e votação de leis, a democracia parece seguir sendo a solução para fazer-se uma boa lei – ninguém elogia a lei que é votada com rapidez, na calada da noite, sem a devida discussão social².

O que faz com que a democracia seja a grande resposta para todas as questões sociais é a multiplicidade de sentidos em que a palavra é utilizada. Um mesmo signo refere-se a um grande número de significados, frutos da evolução social humana. A democracia é, para os cientistas políticos e para os juristas, uma forma de resolução de controvérsias, a partir da aceitação, absolutamente arbitrária (no sentido de não necessária, assentada sobre a vontade humana), da regra da maioria. Mas também é a observância dos direitos humanos, o respeito pela palavra e pela situação do outro (em que se confunde com o liberalismo político). É a aceitação de uma determinada posição a respeito da verdade política,

² Ver, a respeito, entre tantos outros, MENDONÇA, Heloísa. **Câmara aprova terceirização para todas as atividades**. El País Brasil Digital de 23 de março de 2017. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490127891_298981.html. Acesso em: 28 mar. 2017.

é o reconhecimento radical da igualdade, é o reconhecimento da humanidade no outro.

Todas as acepções emprestadas à palavra democracia, porém, são positivas. É rara, no discurso político ocidental contemporâneo, a voz que denuncie as suas mazelas, indicando falseamentos. O que se costuma dizer é que a democracia foi esquecida em um determinado momento, e que a solução seria mais democracia. Ao mesmo tempo, cada vez mais se escreve sobre a crise da democracia, sendo quase unânime a condenação de sua versão parlamentar. O paradoxo é evidente, e parece se resolver pela acepção ideal emprestada à ideia que não corresponde à sua realização. Trata-se de um problema que se põe recorrentemente aos teóricos do direito. Os institutos jurídicos não são institutos descritivos advindos da sociologia e da observação do mundo. Eles são reflexos de uma visão política episodicamente vencedora no mundo das ideias, não de uma descrição objetiva e imparcial da realidade.

Para melhor clarearmos o fenômeno, pensemos no instituto da igualdade formal, instituto base de todo o ordenamento juspublicista ocidental. Todos podem aceder aos mesmos cargos e posições, a todos é dado ter um mesmo tratamento do Estado. Esta seria uma proposição descritiva? É claro que não. Se olharmos para as relações entre Estado e indivíduos, com facilidade percebemos que a igualdade formal não é, nem de longe, descritiva. O advogado que vai a uma audiência sem gravata, o cidadão negro que passa por averiguação policial, a mulher em idade fértil que busca um emprego sabem que a igualdade formal não é realizada. Isso seria suficiente para dizermos que ela não existe, que ela é uma falácia? Não é assim, ela existe como um norte ideológico, como a consolidação de um valor político fundamental.

O mesmo parece-nos acontecer com a democracia. Por consolidar um tal número de virtudes ideais, buscamos-na na realidade, lugar em que essas virtudes não se encontram sempre³. Isso significa que devemos denunciar os componentes da democracia como falsos? Isso seria desconhecer a lei segundo a qual não se

³ Fábio Konder Comparato argumenta que a natureza não pode ser tomada como critério para a vida ética. A democracia não é natural, e não é encontrada entre os animais que não o homem. Assim, trata-se de cultura, não de natureza – e, como tal, pode ser construída pelos homens. Ou não. COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**. 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 641.

podem extrair proposições prescritivas de proposições descritivas⁴. Não é por que as pessoas não sejam iguais nem livres é que possamos afirmar que os homens não devam ser iguais e livres.

Assim, a democracia se apresenta como conceito chave⁵ e multidimensional, em cujo significante repousam grande parte das crenças políticas contemporâneas⁶. Se assim é, não há como se encontrar a democracia perfeita no mundo, o que seria não razoável. Mas há como conhecer os modos pelos quais as sociedades têm realizado os valores democráticos, fortalecendo-os.

Para tanto, o presente capítulo apresentará algumas das ideias que, frequentemente, ligam-se à democracia, e buscaremos demonstrar que um dos conceitos chave da mesma é o de autonomia política dos cidadãos. E se apresentará esse modelo de cidadão autônomo, discutindo-se sua importância, viabilidade e conteúdo.

A multiplicidade de significados que são ligados ao termo democracia dificulta o discurso sobre a mesma – é bastante comum que um interlocutor esteja falando sobre seu viés parlamentar enquanto outro fale sobre o modelo político mais amplo que ela significa. E, aí, o dissenso é fácil.

Iniciamos esclarecendo que trataremos do regime político que a democracia encerra. Na presente parte apresentaremos, portanto, quatro dos valores adotados pelas sociedades que têm a democracia por norte, distinguindo-as de outras sociedades, sobretudo autocráticas. Há outros valores importantes ao regime político democrático, sem dúvida, mas fizemos escolha daqueles que nos parecem mais centrais. Daremos ênfase aos institutos jurídicos que realizam tais valores, viabilizando a democracia.

Na primeira parte, apresentaremos a natureza igualitária da sociedade democrática. Ela não significa afirmar a absoluta igualdade entre todos (o que

⁴ HUME, David. **Investigação acerca do conhecimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 74 e ss.

⁵ A respeito da democracia como um conjunto de valores sociais, além de jurídicos, v. TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2 ed. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 26.

⁶ Robert Dahl afirma que dificilmente uma associação humana realizaria plenamente os valores democráticos. Isso não diminuiria em nada a importância do conhecimento e do uso de tais valores, tanto como um norte de atuação quanto como meio de medir as realizações de tais sociedades. v. DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: EdUnB, 2001, p.54.

pode, ou não, ser objetivo a ser perseguido), mas, sim, afirmar a igualdade sob um importante viés: o político. Significa dizer que, contemporaneamente, ao menos, uma sociedade democrática é aquela em que todos têm a igual condição de atuar publicamente, fazendo proposições, almejando postos de mando e opinando. Significa uma ampliação máxima da capacidade ativa do cidadão, fato que tem sido conquistado historicamente nas sociedades democráticas (com o fim do voto censitário, o voto feminino, o voto dos estrangeiros em eleições locais, por exemplo).

Na segunda parte, o assunto a ser tratado é a natureza da verdade política. Filha do iluminismo, a democracia defende uma noção construtivista de verdade, que resulta de um processo de discussão pública de atores livres, iguais e capazes de fala, ao fim do qual se toma uma decisão. A decisão tomada é para aquele grupo e para aquele momento histórico, não pretende universalidade, tanto que pode ser revogada pelo mesmo procedimento em momento ulterior. Assim, a democracia nega a verdade dogmática, assentada em origens outras que não a discussão e o convencimento. É radicalmente humana, apostando na capacidade de maturidade do ser humano, conforme a tradição iluminista⁷.

A terceira parte é dedicada a um assunto mais controverso mas que, atualmente, está presente no discurso da maioria dos teóricos da democracia. Trata-se da prevalência dos direitos fundamentais como contraponto às decisões majoritárias. Se, pela concepção relativa e construtivista da verdade, a democracia demonstra sua crença na razão e na maturidade potencial que apresentam os homens, pelo recurso aos direitos fundamentais ela reconhece que a potencialidade nem sempre se perfectibiliza. A história das sociedades democráticas demonstra a possibilidade de maiorias eventuais tomarem decisões diametralmente opostas aos valores historicamente construídos por essas mesmas sociedades, o que faz possível argumentar a necessidade de mecanismos de correção contramajoritários. E aí reside a dificuldade. Como construir tais mecanismos? Como assegurar que não haja, apenas, um deslocamento da soberania – de um parlamento, por exemplo, para um tribunal? De qualquer

⁷ Que tem, um entre tantos marcos, a obra de KANT, Immanuel. Resposta à questão: que é o iluminismo? in _____. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1995.

maneira, há de se tentar coadunar as duas virtudes – a prevalência da vontade do povo e a necessidade de garantia de direitos fundamentais contra majoritários.

Na última parte veremos o tipo de cidadão que a democracia necessita e deseja. Ele é marcado pela autonomia, que significa, no particular, a capacidade de pensar por si mesmo, guiado por experiências e reflexões autênticas, não conduzidas de forma externa ao ser pensante. É um indivíduo livre, aberto à reflexão e à experimentação, que lê os livros, vê os filmes, vive os amores por escolha própria, não porque algum poder o domina. Como em todos os outros valores apresentados, o cidadão autônomo também é um tipo ideal, inalcançável. Mas ele marca a importância dada pela teoria democrática à diferença, o que não deixa de ser lógico. Se o processo decisório do regime é construtivista, então, seu funcionamento depende da existência de opiniões diferentes. Se todos são iguais, pensam igualmente, o debate é impossível. Assim, não é dado à sociedade nem ao estado democraticamente guiado possuir ou impor uma concepção ampla do que seja correto⁸, sendo que cada indivíduo adotará ou construirá a sua concepção ampla. O que cabe ao Estado democrático é garantir os espaços adequados às discussões e promover essas discussões, não agindo sobre o conteúdo das mesmas.

1.1 O igualitarismo político na sociedade democrática

Dos valores que importam à definição de um regime como democrático, em nossos dias, o igualitarismo político possui um papel central. E isso por que dele derivam muitos dos outros valores e, ainda assim, ele é o mais raro de ser realizado plenamente. Trata-se de afirmar que todas as pessoas, independentemente de sua origem, cultura, formação ou condição socioeconômica, possuem capacidade de conhecer seus interesses e crenças e de atuarem politicamente. A política não é uma ciência conhecida apenas por letrados, ela é aprendida no dia-a-dia, a partir da atuação social ampla e da reflexão. Assim, a atuação direta e a indireta, por meio do voto (capacidade eleitoral ativa) e da candidatura (capacidade eleitoral passiva) é possível a qualquer cidadão. Do mesmo modo, o conceito de cidadão vai sendo alargado, tendo o século XX visto a

⁸ Ou concepção abrangente de bem, conforme expressão utilizada por Rawls. v. RAWLS, John. **Justiça como equidade**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 120 e ss.

ruína do voto censitário, a implantação do voto feminino e a diminuição da idade necessária para votar e ser votado. Em alguns lugares, já se rompeu a barreira da nacionalidade para o exercício da cidadania, outrora um dogma quase inafastável⁹.

A realização do valor do igualitarismo político ultrapassa, porém, a sua previsão constitucional e legal. Trata-se da superação de modelos de organização social que têm em comum o exato inverso do igualitarismo, e que afirma que a sociedade deve ser governada pelos melhores. Essa ideia central está presente, de uma forma ou de outra, em muitas das teorias sociológicas ou filosóficas sobre a política.

Apresentaremos três grupos de teorias que negam o igualitarismo político. Em primeiro lugar, há as teorias que negam a própria capacidade do homem de se autogovernar em virtude de uma incapacidade ontológica de cada indivíduo. Não seria uma questão de desinteresse ou de preguiça – haveria pessoas que simplesmente não conseguiriam entender os assuntos públicos, razão pela qual deveriam ser excluídos para o bem geral. Tais teorias partem de uma visão organicista da realidade social, que compara a sociedade a um organismo vivo, dentro do qual apenas os mais aptos poderiam tomar decisões.

Há, ainda, uma segunda espécie de teorias, que não nega o valor do igualitarismo político, mas que afirma que ele não é verificado historicamente. São teorias sociológicas que observam o real e que não veem verdadeira alternância de poder, ou representação política real dos interesses de todos, apenas de alguns. Por fim, uma terceira espécie de negação, que afirma que o igualitarismo possui um valor filosófico e moral, mas que é, sob um ponto de vista prático, uma péssima ideia. Péssima ideia pelo simples motivo de que o igualitarismo não funciona, as pessoas não são igualmente dotadas para a política. Assim sendo, votam mal, colocando em risco todo o edifício institucional construído por séculos e séculos de lutas liberais.

⁹ É o caso da União Europeia que permite que nacionais de países integrantes da mesma votem em eleições locais de outros países em que tenham fixado residência. Por outros motivos, mas com o interesse da vanguarda, há de se recordar a lei eleitoral soviética que atribuía a capacidade eleitoral ativa a qualquer pessoa que trabalhasse ou estudasse na extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

O primeiro modelo de negação do igualitarismo é o mais arraigado na cultura política ocidental, oriundo da antiguidade clássica¹⁰. Denominaremos de organicista aquela visão a respeito da sociedade que nega a certas pessoas a capacidade de se ocupar dos assuntos públicos, e a atribui a apenas um outro grupo, bem menor, de indivíduos. O grande marco de tal teoria é Platão, que organiza sua cidade ideal em “A República”¹¹. Para ele, a cidade ideal não é uma cidade de iguais, mas de pessoas que realizarão à perfeição as atividades para as quais são naturalmente tendentes. Assim, existiriam três espécies de “almas” que habitariam os corpos humanos e que definiriam, de forma inescapável, as potencialidades de cada pessoa (sim, potencialidades, por que o desenvolvimento de habilidades dependeria da firme atuação das instituições educacionais que, em Platão, possuem papel central). A grande maioria dos homens é dotada de uma alma simples, bruta, destinada a ser governada e incapaz de governar. Sua função é a de manter economicamente a cidade, razão pela qual sua educação deve ser breve e voltada à matemática, útil no comércio. Há uma segunda classe, superior e menos numerosa, que é composta por pessoas dotadas de força física e espiritual, que serão educados na ginástica e na música e que terão a função de defender as leis, bem como a cidade, militarmente. Por isso são chamados de guardiões, ou guardas. Por fim, há uma terceira classe, formada por pessoas com a aptidão de tudo conhecer e a tendência à sabedoria (que, mais uma vez, é potencial). São os filósofos, também chamados de magistrados ou de guardiões perfeitos, tradução que evidencia a natureza elitista do pensamento platônico.

Trata-se de um elitismo próprio, metafísico. Platão faz com que Sócrates se manifeste sobre a natureza das qualidades das três classes, respondendo a Adimanto¹²:

Sócrates — Menos difícil ainda é a recomendação que mencionamos há pouco, quando dissemos que era preciso relegar para as outras classes a criança medíocre nascida dos guardas e elevar à condição de guarda a criança bem-dotada nascida nas

¹⁰ Fábio Konder Comparato faz interessante apanhado de argumentos contrários à democracia e à capacidade do povo tomar decisões. Entre, eles, a de Aristófanes, na peça *Os Cavaleiros*. O eleito pelo povo não teria nenhuma virtude, a não ser a de fazer linguíças. Não saberia ler nem escrever corretamente. Os encarregados de noticiar sua eleição respondem que o governo do povo não necessita de qualquer instrução, apenas malandragem, ilusão. COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.*, p 661.

¹¹ PLATÃO. **A república**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Abril Cultural, 1997.

¹² Idem, p. 140.

outras classes. Isto tinha o propósito de mostrar que também se deve confiar aos outros cidadãos a função para a qual estão naturalmente aptos, e só essa, a fim de que cada um, ocupando-se da sua tarefa própria, seja uno e não múltiplo, e assim a cidade se desenvolva, permanecendo una, e não tornando-se múltipla.

Note-se que uma criança pode nascer com as qualidades de um guardião em uma família de comerciantes, e vice-versa. Não se trata de uma questão de treinamento, mas de aptidão íntima. Há uma espécie de “alma” de guardião (ou de comerciante, ou de filósofo) que pode nascer em qualquer corpo. Essa característica garantiu certa simpatia ao pensamento platônico através dos séculos, pois ele esposaria um elitismo não classista, mas de capacidades.

Mas é quando trata da deliberação política que aflora a visão organicista, segundo a qual a poucos deve ser dado governar. Sócrates debate com Glauco¹³:

Sócrates — E, evidentemente, a prudência nas deliberações é uma espécie de ciência; de fato, não é por ignorância, mas por ciência, que se delibera bem.

Glauco — Claro.

Sócrates — Mas há em nossa cidade ciência de toda espécie.

Glauco — Sem dúvida.

Sócrates — É pela ciência dos carpinteiros que se pode dizer que a cidade é sábia e prudente nas suas deliberações?

Glauco — De modo algum. Tal ciência fará dizer que ela é hábil na arte da carpintaria.

...

Sócrates — Há, porventura, na cidade que acabamos de fundar, uma ciência que reside em certos cidadãos, pela qual essa cidade delibera não sobre uma das partes que a compõem, mas sobre o seu próprio conjunto, para conhecer a melhor maneira de se comportar em relação a si mesma e às outras cidades?

Glauco — Sem dúvida que há.

Sócrates — Qual é a ciência? E em que cidadãos se encontra?

Glauco — É a que tem por objeto a conservação do Estado e encontra-se nos magistrados a que há pouco chamávamos de guardiães perfeitos.

Em Platão, portanto, a política não é coisa para carpinteiros. Há um grupo de pessoas que, repete-se, por natureza, possui os dons necessários para a atuação política. Não o vulgo, não o carpinteiro, não o ferreiro. Mas apenas o magistrado que, em outras traduções, surge como o filósofo (termo que preferimos). E a decisão política é um objeto de conhecimento como qualquer outro, não é um objeto de opinião. Assim sendo, qual a capacidade de comerciantes, ou, mesmo, de

¹³ Idem, p. 148 - 149.

guardiões para conhecerem mais esta ciência? Ainda, para arrematar, Platão afirma que essa classe de pessoas não é numerosa¹⁴:

Sócrates — Por isso, é na classe menos numerosa e na ciência que nela reside, é naqueles que estão à cabeça e governam que toda a cidade, fundada segundo a natureza, deve ser sábia; e os homens desta raça são naturalmente muito raros e a eles compete participar na ciência que, única entre as ciências, merece o nome de sabedoria.

Platão é um dos grandes referenciais filosóficos para o mundo ocidental, de uma importância tão grande que o seu exagero seria quase impossível. As reflexões por ele emanadas encontraram eco em Roma, foram dominantes por oitocentos anos da Idade Média (cristianizadas que foram por Santo Agostinho), tiveram efeitos sobre pensadores revolucionários americanos e franceses. Até hoje, em nossas boas universidades, os alunos iniciam seus estudos por Platão. É natural, portanto, que seu modelo de organização social fosse tão forte, talvez preponderante, no ocidente.

O modelo platônico de organização social é estratificado em três castas comunicáveis, estanques, às quais acedemos pelo nascimento, pelo tipo de alma que nos é atribuída. A cada classe corresponde certo tipo de atividade, sendo que apenas à dos filósofos é dado o governo. E isso por que as decisões políticas são o resultado de uma ciência, de um conhecimento que não pode ser adquirido por qualquer mortal. Poucos modelos poderiam ser tão distantes do modelo democrático quanto este¹⁵.

O sistema platônico de sociedade ideal representa uma visão de mundo muito comum, talvez intuitiva. Ela nem chega a conceber a ideia de igualitarismo político, pois seria impossível aos homens de alma simples atuar politicamente com alguma correção. Outras duas espécies de contrariedade ao igualitarismo serão, aqui, apresentadas. A próxima quer parecer neutra a respeito do valor da igual participação política de todos. Ela afirma, a partir de dados sociológicos

¹⁴ Idem, p. 149.

¹⁵ E cremos que uma boa parte do mal-estar sentido pelas populações ocidentais vivendo sob as democracias contemporâneas possuem um elemento idealista platônico. Ditos tais como “quem nasceu para peão nunca chega a patrão” ou “esse aí não tem cara de Presidente” são apenas exemplos dos efeitos nefastos que o pensamento platônico, repetido de forma acrítica, pode trazer.

supostamente neutros, que o igualitarismo, por mais desejável que seja, não é observado na história das sociedades, mesmo que democráticas.

Trata-se da chamada Teoria das Elites, cujos principais representantes são Gaetano Mosca, Vilfredo Pareto, Harold D. Lasswell¹⁶ e Robert Michels¹⁷. Ela afirma, nas palavras de Norberto Bobbio, que “em toda a sociedade existe, sempre e apenas, uma minoria que, por várias formas, é detentora do poder, em contraposição a uma maioria que, dele, está privada”¹⁸. A dominação, que é um fato, pode-se revestir de uma roupagem mais ou menos violenta, mais ou menos legal, mais ou menos arbitrária – mas ela sempre existe.

Foi Vilfredo Pareto que deu visibilidade ao pensamento de Gaetano Mosca em seu livro *Les systèmes socialistes*, resultado de um curso proferido na Universidade de Lausanne¹⁹. Bem ao gosto do início do século passado, o autor inicia fazendo uma profissão de fé na objetividade da ciência, afirmando que busca demonstrar fenômenos existentes, não buscando fazer julgamento de valor²⁰. Inicia apresentando a permanência da representação da riqueza dos homens em uma pirâmide social, em que os ricos ocupam o topo (mais ou menos restrito de acordo com a época), mas que a base sempre é desproporcionalmente larga. A figura da pirâmide representará a quase totalidade das habilidades humanas – também haverá uma pirâmide dos capazes em matemática, em poesia e daqueles que possuem influência no governo. Os indivíduos não estarão, sempre, na base ou no topo da pirâmide – não há por que crer que o mais rico será bom poeta. Mas é incrivelmente interessante perceber que as pirâmides da riqueza e da influência

¹⁶ BOBBIO, Norberto. Teoria das elites In **Dicionário de Política**. V.1. Tradução coordenada por João Ferreira. 4 ed. Brasília: EdUnB, 1992. p. 385 – 391.

¹⁷ HOLLANDA, Cristina Buarque de. **Teoria das elites**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p.9.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. Teoria das elites, p. 385.

¹⁹ PARETO, Vilfredo. **Les systèmes socialistes**. Tomo primeiro. Paris: Giard & Brière, 1902.

²⁰ “A ciência nada tem a ver com as soluções que o sentimento fornece às questões que escapam às pesquisas científicas ou experimentais. [...] Querer demonstrar o teorema do quadrado da hipotenusa evocando os *imortais princípios de 1789*, ou *a fé no futuro da Pátria* seria perfeitamente absurdo”. Idem, p. 3. No original, “La science n’a rien à voir dans les solutions que le sentiment fournit pour des questions qui échappent aux recherches scientifiques ou, ce qui revient au même, expérimentales. [...] Vouloir démontrer le théorème du carré de l’hypoténuse par un appel aux « immortels principes de 1789 » ou à « la foi en l’avenir de la patrie », serait parfaitement absurde.” Apesar da ingenuidade da empreitada – hoje sabemos que, ao fazermos hipóteses, já fazemos uma escolha que é, ao fim, ideológica – destacamos a postura do autor, importante para o seguimento de nossa argumentação.

nos governos se aproximam sobremaneira²¹. A essas pessoas, Pareto deu o nome feliz e duradouro de elite, termo inexistente no pensamento de Mosca²².

Uma elite não é permanente, ela é renovada por novos membros que ascendem das classes inferiores, mas raramente aumenta – esses novos membros ocupam lugares de outros que sofreram a decadência²³. E, por mais que, ao se tornar elite, prometa a igualdade, os vários braços do Estado não serão capazes de estabelecer a igualdade, verdadeiramente²⁴. A enunciação de uma teoria como tal, no momento em que ela foi elaborada, fez com que Pareto fosse considerado um teórico de direita, próximo ao fascismo – e, verdadeiramente, ele foi um dos autores mais citados pelos adeptos de Mussolini na Itália²⁵. O que não deixa de possuir certa ironia, ante a preocupação metodológica e científica que o autor professava, preocupação que, a seu ver, o protegeria de eventuais ideologizações.

Assim, a teoria das elites diz nada ter contra o igualitarismo político – apenas afirma que ele nunca existiu na história, e que nada indica que ele seja viável. Segundo Cristina Buarque de Hollanda, é “Importante notar que a crítica elitista não se volta para os princípios democráticos e socialistas em si mesmos, mas para as possibilidades de eles, efetivamente, organizarem a realidade social”²⁶. O pensamento elitista possui uma proximidade com os movimentos realistas, segundo os quais a ciência não se deve preocupar com um dever ser, mas com o ser²⁷. A teoria das elites a não discute se o igualitarismo é desejável ou não, em virtude da escolha metodológica que faz; mas, ao negar-lhe existência, o enfraquece.

Passemos, agora, a apresentar um argumento contemporâneo que é bastante diverso. Ele não nega a possibilidade do igualitarismo, como fazia Platão,

²¹ Idem, p. 11.

²² BOBBIO, op. Cit., p. 385.

²³ PARETO, op. Cit., p. 12.

²⁴ PARETO, Vilfredo. **Les systèmes socialistes**. Tomo segundo. Paris: Giard & Brière, 1902, p. 43.

²⁵ Como explicado por Hans L. Zetterberg na introdução da obra de Pareto: PARETO, Vilfredo. **The rise and fall of the elites: an application of theoretical sociology**. 18. ed. New Brunswick: Transactional, 2009.

²⁶ HOLLANDA, Cristina Buarque de. *op. cit.*, p. 10.

²⁷ Idem, p. 11.

nem a existência, como fazia Pareto. Ele vai mais longe e afirma: o igualitarismo é uma má ideia, já que os eleitores não sabem votar²⁸.

Dois autores contemporâneos compartilham a vanguarda dessa teoria: Bryan Caplan, professor de economia na George Mason University, autor de *o Mito do eleitor racional*²⁹, e Jason Brennan, autor do mais recente *Contra a democracia*³⁰, em que o autor renova uma proposta de epistocracia, o que significa governo dos mais sábios.

Caplan apresenta a série de insuficiências culturais que caracterizam o cidadão comum, bem como retoma os argumentos da tradição irracionalista na economia, segundo a qual o consumidor nem sempre faz escolhas racionais: “Economistas e psicólogos cognitivos frequentemente presumem que todos processam informações com o melhor de suas habilidades [...]. Quando as pessoas votam sob a influência de crenças falsas que as fazem sentir bem, a democracia reiteradamente entrega más decisões”³¹. O exemplo que o autor dá é o livre comércio. Como pode o povo ser contrário ao livre comércio, se é cientificamente provado que ele é benéfico aos dois lados envolvidos? É que a ideia de protecionismo é agradável, nos conforta, e nos faz tomar más decisões.

Outro exemplo da ignorância dos eleitores diz respeito à influência dos migrantes nos problemas econômicos de países ricos. Enquanto as pesquisas mostram o impacto econômico positivo das migrações, a estrondosa maioria dos eleitores incultos rejeita a migração, enquanto a maior parte dos que concluíram a universidade a aprovam³². No mesmo sentido, a questão do auxílio externo a pessoas ou nações em dificuldades. A maioria do público crê que tal espécie de auxílio é um problema para a economia norte-americana, enquanto os economistas e a minoria letrada sabem que a ajuda é pequena, e não tem verdadeiro impacto nas contas públicas³³. Assim, numa eleição representativa, a tendência é de que se

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.*, p. 660.

²⁹ CAPLAN, Bryan. **The myth of the rational voter**. Princeton: Princeton University, 2008.

³⁰ BRENNAN, Jason. **Against democracy**. Princeton: Princeton University, 2016.

³¹ CAPLAN, Bryan. *op. cit.*, p. 2. Livre tradução. No original: “Economists and cognitive psychologists usually presume that everyone “processes information” to the best of his ability. [...] When people vote under the influence of false beliefs that feel good, democracy persistently delivers bad policies.”.

³² *Idem*, p. 32.

³³ *Idem*, p. 74.

elejam parlamentares que fechem o mercado, expulsem os imigrantes e não ajudem nações estrangeiras – medidas que, independentemente de seu valor ético, não fazem sentido sob o ponto de vista econômico, que é o sobre o qual dizem-se apoiar. A média do público é quatro vezes mais resistente às ações afirmativas do que são os economistas e o público esclarecido (repete-se, que concluiu curso superior)³⁴. Assim, Caplan não aponta alternativas em seu livro, apenas afirma que a irracionalidade das decisões do eleitor democrático é a regra, guiado que ele é por motivos sentimentais e atávicos. Sua pesquisa, porém, em geral demonstra que os economistas são mais capazes de julgar questões ligadas à economia (ainda bem!) e que os mais escolarizados os seguem de perto.

É desse ponto que parece avançar Jason Brennan que, com inegável ousadia³⁵, aponta uma série de medidas que, a seu ver, poderiam auxiliar o desenvolvimento de um novo regime político, a epistocracia. O novel regime não seria a negação dos principais avanços desenvolvidos pelas democracias liberais, mas centrar-se-ia em correções que, a seu ver, são necessárias. Ele parte de um ponto bastante semelhante ao de Caplan ao afirmar³⁶:

Por sessenta anos, cientistas políticos têm estudado o que o eleitor verdadeiramente sabe. Os resultados são deprimentes. Centenas de pesquisas de diferentes fontes, como os Estudos Nacionais do Eleitor Americano, dizem que o eleitor médio é ignorante e mal informado não apenas sobre questões de ciências sociais necessárias para avaliar as proposições políticas dos candidatos, mas, inclusive, de fatos básicos, tais como qual é a taxa de desemprego, e se ela está subindo ou descendo.

E isso não se dá pelo eleitor ser naturalmente ignorante, mas por que não somos atraídos pelas questões políticas, em virtude do pequeno valor de nosso voto. “Se um filantropo lhe oferecesse dez milhões de dólares para passar em

³⁴ Idem, p. 77.

³⁵ Ousadia que lhe rendeu imediata repercussão mundial. v. BUARQUE, Daniel. **Decisão política deveria vir dos que tem conhecimento, diz filósofo**. Folha de São Paulo de 7/11/2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/11/1829957-decisao-politica-deveria- vir-dos-que-tem-conhecimento-diz-filosofo.shtml>. Acesso em: 4/4/2017.

³⁶ Livre tradução. No original: “For 60 years, political scientists have studied what voters actually know. The results are depressing. Hundreds of different surveys, such as the American National Election Studies, find that the median voter is ignorant or misinformed not only about the social sciences needed to evaluate candidates’ policy proposals, but even of basic facts and trends, such as what the unemployment rate is and whether it’s going up or downBRENNAN, Jason. **Can epistocracy, or knowledge-based voting, fix democracy?** in The Los Angeles Times, 28 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-brennan-epistocracy-20160828-snap-story.html>.” Acesso em: 4 mar. 2017.

Economia 101³⁷, você possivelmente aprenderia economia básica.”³⁸. Da mesma maneira, se o seu voto contasse mais caso seu conhecimento fosse maior, possivelmente as decisões seriam melhores. “Na epistocracia, o poder do voto é universal, mas os votos são sopesados: os votos de cidadãos mais informados contam mais”³⁹.

Brennan propõe que tudo o que funciona bem da democracia seja mantido, como a proteção dos direitos fundamentais, separação de poderes, controle de constitucionalidade e, até, voto universal. Mas garantiria votos extras para aqueles que passassem em um teste. Ou, por meio de um mecanismo mais criativo, chamado de *oráculo simulado*: “Cidadãos votariam em candidatos e em propostas e, ao mesmo tempo, fariam um teste de conhecimentos políticos básicos (tais como qual partido é majoritário no Congresso, e qual é a taxa de desemprego)”⁴⁰. Com essas informações, seria possível calcular quais seriam as *preferências iluminadas* dos cidadãos, preferências que a maioria apoiaria se estivesse mais bem informada. As perguntas do teste seriam bastante básicas, afastando-se de questões mais complexas. O autor argumenta que a proposta não seria tão terrivelmente inigualitária quanto parece à primeira vista, já que qualquer pessoa poderia adquirir o número máximo de votos estudando um pouco.

Apresentamos, assim, três negações do igualitarismo. É certo que há outras, mas raras são as que fogem das três oposições que aqui foram apresentadas. O igualitarismo é impossível, antinatural (Platão); ele não é verificado nem verificável na história da humanidade (Pareto); ou, bem, ele é ineficiente (Caplan). Tentaremos, a partir dessas negações, evidenciar os motivos pelos quais o igualitarismo político é a opção escolhida pela democracia.

Em primeiro lugar, o igualitarismo político faz parte de uma determinada visão ampla de ser-humano adotada com maior vigor após a segunda grande

³⁷ Uma cadeira inicial no curso de economia nos EUA.

³⁸ Idem. Livre tradução. No original: “If a philanthropist offered to pay you \$10 million if you could pass Economics 101, you’d probably learn basic economics”.

³⁹ Idem. Livre tradução. No original: “In an epistocracy, voting power is widespread, but votes are weighted: More knowledgeable citizens’ votes count more.”

⁴⁰ Idem. No original, “Citizens would not only be asked which candidates they support, but also which policies they support. When citizens vote, we would require them to take a test of basic political knowledge (such as which party controls Congress or what the unemployment rate is)”.

guerra, segundo a qual a pessoa humana possui dignidade⁴¹. Essa dignidade se realiza por meio de Direitos Fundamentais que a ordem jurídica lhe atribui, direitos que buscam efetivar essa mesma dignidade. Trata-se de se possuir liberdades, como a de ir e vir, mas se trata, também de gozar de direitos sociais, culturais e econômicos, bem como de viver em um meio-ambiente ecologicamente equilibrado. Muitos desses direitos não são passíveis de exercício imediato. Mas nem por isso se pode dizer que eles não existam, ou que não possam justificar pretensões. Da mesma forma, reconhece-se aos indivíduos o direito à nacionalidade e à participação política, tanto por meio de tratados internacionais⁴², quanto pelas constituições e pelas leis internas de grande parte dos países do mundo.

A efetivação dos direitos fundamentais não se pode dar “por fatias”⁴³; o modelo da pessoa humana dotada de dignidade exige que o indivíduo tenha a possibilidade de desenvolvimento nas mais diversas esferas – individual, familiar, comunitária e política⁴⁴. Esse é um valor político fundamental de nossa era que, na segunda metade do século passado, ganhou nível jurídico. O que significa dizer que, nos nossos dias, já não há como defender a viabilidade de uma sociedade de desiguais, como foi feito por Platão há vinte e cinco séculos.

O igualitarismo político é um valor fundamental que se torna jurídico – isso não significa afirmar que ele necessariamente é o melhor do ponto de vista decisional. Ele não está ali, apenas, por que é capaz de realizar as “melhores escolhas”. Ele se impõe no projeto democrático-liberal por outros motivos, ligados ao elevado valor dado à dignidade da pessoa. Vendo-se por esse prisma, a objeção

⁴¹ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 15. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 90.

⁴² Esse direito é reconhecido em inúmeros documentos jurídicos internacionais e internos. Exemplificando, apontamos o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e que foi internalizado no direito brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991:

“Art. 25. Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:

a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;
c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.”

⁴³ SARLET, Ingo. op. cit., p. 269.

⁴⁴ V. FORST, Rainer. **Contextos da justiça**. Tradução de Denilson Luís Verle. São Paulo: Boitempo, 2010, em especial o capítulo 3, p. 115–190.

central da epistocracia se esvai – a igualdade política não objetiva, apenas, tomar uma boa decisão política. Apesar de este ser, inegavelmente, um valor, ele nem parece ser o mais importante. Importa, sobretudo, a afirmação de pessoas dignas, para as quais a atuação política é fundamental.

Em segundo lugar, pode-se discutir o mecanismo pelo qual a igualdade política opera para que os indivíduos se sintam partícipes da sociedade política. Uma explicação sobre o tema é dada por Rawls, que afirma que “os cidadãos consideram a si mesmos como livres na condição de fontes de reivindicações legítimas que se autenticam por si mesmas”⁴⁵. Em uma democracia constitucional, os indivíduos não encontram a autenticação de suas pretensões em algo externo, como sua posição em uma casta ou o respeito a uma hierarquia aristocrática. Os indivíduos são e se sentem livres por poderem propor publicamente tudo aquilo que, evidentemente, realiza sua visão abrangente do que é correto (ou, na terminologia de Rawls, sua concepção abrangente de bem), desde que essas pretensões não sejam contrárias a certos princípios públicos de justiça.

Se esse é um fundamento válido para a sociedade política, como nos parece, poderíamos aceitar que certas pessoas fossem impedidas de participar politicamente em virtude de falta de conhecimento ou de falta de habilidade? Se isso aceitássemos, as pessoas não poderiam se ver como fontes autenticadoras de pretensões, o que teria duas consequências – a exclusão dessas pessoas da vida pública, o que já seria triste, e o retorno a outras fontes de legitimação, tais como a divindade ou a ordem “natural” da sociedade, cuja natureza nada mais é do que a aristocracia.

Por fim, em terceiro lugar, há de se lembrar que é a participação política universal a chave teórica para superar o paradoxo da legitimação do direito. Como fazer com que o direito, que é pura heteronomia, possa se impor a cidadãos livres, resguardando a liberdade? Por meio de um processo legislativo amplo em que todas as pessoas tenham equânime acesso à palavra, à discordância e a concordância. É a viabilidade de soberania popular que assenta o discurso do

⁴⁵ RAWLS, John. **Justiça como equidade**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 32.

direito positivo imposto para cidadãos livres⁴⁶. E é nas possibilidades do debate e do discurso publicamente compartilhado que as melhores decisões poderão surgir.

É certo que se pode objetar, sem excessiva violência aos fatos, que esse esquema de legitimação ou é falso, ou é uma quimera. Que o fato observado no mundo é o domínio de uma elite sobre o povo, como fez Pareto. Ou que a soberania popular é fictícia. De qualquer forma, se compartilhamos o ideário democrático, é difícil aceitar que a superação de qualquer desses problemas se dê por meio de menor participação popular. Mesmo que os epistocratas a odeiem, repetimos, aqui, a expressão: os problemas da democracia resolvem-se com mais democracia.

O igualitarismo político não exerce, primordialmente, a função de encontrar as melhores decisões possíveis (até por que, como veremos em breve, a política não é uma ciência que busca uma verdade objetiva). Ele tem por objetivo viabilizar um mundo em que cidadãos livres e iguais se reconheçam como origem das normas jurídicas que cumprem, fazendo com que seja possível a colaboração social a longo termo, com vistas à boa organização de uma sociedade. Assim, é importante que cada indivíduo se sinta igual (não só nos direitos fundamentais, por mais importantes que esses sejam) e participe⁴⁷ na construção da ordem jurídica que se lhe será oponível. É nessa confusão entre governante e governado que se assentam as apostas da democracia, há muitos séculos.

1.2 A democracia possui uma concepção relativista a respeito da verdade política

Na presente parte discutiremos a questão da natureza da verdade em política, assunto igualmente fundamental para a definição do regime democrático.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. V. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 113.

⁴⁷ Ao se falar de participação, lembramos, imediatamente, a ideia de representação política, de democracia representativa. Por mais importante que ela seja, lembremos que o método que mais expressa o igualitarismo é o do sorteio, método prevalecente na democracia ateniense do século V a. C. Apesar de superada pelas revoluções burguesas (que buscava a constituição de uma aristocracia legisladora), o método tem voltado à voga recentemente, como é o caso paradigmático do processo constituinte islandês de 2008, em que aqueles que indicariam os valores fundamentais da sociedade foram sorteados na população. Ver, a respeito: SINTOMER, Yves. **Tirage au sort et démocratie délibérative**. Disponível em: <http://www.laviedesidees.fr/Tirage-au-sort-et-democratie-deliberative.html>. Acesso em: 11 abr. 2017. Ainda: FISHKIN, James. **The voice of the people**. New Heaven: Yale University, 1997.

Trata-se de saber se as decisões políticas podem ser julgadas a partir de um binômio certo/errado, ou se a natureza complexa do objeto da política gera uma abertura decisional que afasta certezas. Da compreensão da natureza relativa da verdade política é que surge a importância do outro (e, por isso, a tolerância), bem como a do processo legislativo e das condições para o debate.

Aqui, decisão política será entendida como aquela que escolhe um caminho entre vários possíveis. Por isso, algumas vezes ela atuará sobre campos em que importam ciências – como, por exemplo, se deve ou não ser explorado o gás e o petróleo vindos do xisto⁴⁸. Aqueles que tomarão a decisão deverão ser informados dos pressupostos e das consequências da mesma.

O que se trata aqui é de saber se existe uma decisão política correta, e outra incorreta. Poderíamos dizer que a decisão que escolhe explorar gás e petróleo é incorreta, no mesmo sentido que dizemos que o geocentrismo é incorreto? A aproximação mais antiga⁴⁹ para o problema é aquela que afirma que, a respeito de todas as coisas, há o correto e o incorreto, ainda que sejam de difícil identificação. Séculos depois, o projeto racionalista, encarnado em Descartes⁵⁰, afirmava a possibilidade do conhecimento certo e verdadeiro, desde que derivado da pura razão, sem a participação dos aparatos sensoriais – ou seja, verdades *a priori*, existentes no espírito, não nas coisas. Assim, por meio de uma série de análises e de sínteses, a razão poderia levar ao conhecimento de objetos cada vez mais complexos – tais análises e sínteses são o cerne do método cartesiano. Método essencialmente individualista, a ser aplicado por aquele treinado em seu rigor⁵¹.

Um regime político que adotasse a posição platônica a respeito da verdade dificilmente poderia ser democrático – dependeria daqueles mais treinados, mais capazes de se aproximarem da verdade, como os filósofos. Algo semelhante se o regime adotasse uma visão cartesiana – a verdade pode ser alcançada por cada um,

⁴⁸ Trata-se do uso de hidrocarbonetos cuja extração é mais cara e poluente do que os demais hidrocarbonetos. Por um lado, há melhora na matriz energética de um país; por outro, é poluente.

⁴⁹ A metafísica platônica é classificada como idealista por afirmar que, para todas as realidades terrenas, corresponde um modelo perfeito, verdadeiro, que é afastado de nossos sentidos. A existência de uma verdade, ainda que oculta, é marcante no pensamento ocidental.

⁵⁰ DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Jr. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

⁵¹ O'NEILL, Onora. **Constructions of reason**. 4ª reimpressão. Nova Iorque: Cambridge University, 2000, p. 14.

em exercício de pura racionalidade. Novamente tratar-se-ia de confiar no mais sábio, no mais preparado a professá-la.

Tudo muda quando Kant apresenta um novo projeto para a razão. Um projeto compartilhado, que permite o uso público da mesma⁵², já que o filósofo sabe das fragilidades de cada razão individual. O que possibilita afirmar algo com algum grau de certeza⁵³ é a publicação daquilo que é pensado para ser submetido à crítica de outros seres pensantes, da humanidade que progride unida⁵⁴. Para que isso aconteça, os vários indivíduos pensantes deverão acordar um método, um procedimento, do qual os colaboradores não se podem afastar. E cuja principal regra é a publicidade. Os dados sensíveis não são menosprezados, como o eram no caso do racionalismo cartesiano. Eles são interpretados, apresentados ao público, criticados e reelaborados. Assim, a eventual morte de um cientista não acaba com a ciência, pois o processo de crítica é público, interindividual e contínuo.

A crítica é o ponto central do método, de tal maneira que qualquer uso do discurso que proíba a crítica é inútil para a ciência. Nenhum ataque pode ser sofrido pela liberdade da crítica, e a opinião nunca pode ser imposta pela força, apenas pelo convencimento. Convencimento de um público leitor que seja formado por atores não coordenados, pessoas autônomas e que estejam dispostas a exercer suas autonomias, colocando-se no papel do objetores⁵⁵. Nenhuma opinião pode ser excluída do debate, nem nenhum debatedor. Cada pessoa deve, antes de propor máximas ou fazer objeções, verificar se a sua opinião é defensável e se é, verdadeiramente, sua. E, para fazê-lo, cada pessoa deve tentar juntar elementos para argumentar, a partir de uma vida rica. Só há debate se as partes, separadas, não são meros ecos da opinião de outras pessoas⁵⁶.

Kant não realizava um projeto político, evidentemente, ao expor seus postulados epistemológicos ou metodológicos. É claro que não. Mas é interessante perceber o quanto a democracia, até nossos dias, é fruto direto de sua metodologia crítica, de sua visão sobre as condições de avanço do saber humano. Cremos ser

⁵² v. SALDANHA, Leonardo Tricot. **Legitimação política democrática e autonomia**. Porto Alegre: UniRitter Editora, 2008, p. 20.

⁵³ Porém existem, em Kant, verdades *a priori*, tais como os postulados morais ou a matemática. Mas elas são poucas, e que, ainda assim, devem ser publicados para a melhor expressão das mesmas.

⁵⁵ O'NEILL, *op. Cit.* p. 16.

⁵⁶ Idem, p. 46.

um erro aplicar a totalidade de suas afirmações à democracia, mas há elementos que são inafastáveis, como o próprio autor evidenciou ao fazer uma metáfora política – a da ciência assentar-se sobre a manifestação de cidadãos livres e iguais. Claro que ele não usou o termo no sentido técnico, de membros de uma comunidade política. Mas deu ênfase à ideia de comunidade de atores, de pessoas que buscam um fim. Nesse mesmo sentido, um grande número de elementos críticos foi herdado pela teoria democrática, começando pela importância de pensar juntos. Se os efeitos dos métodos platônico e cartesiano, ao exaltarem o sábio, afastam o povo do processo de conhecimento, o método crítico, kantiano, o acolhe. E, mais: dizendo que, ao público leitor, nada mais é exigido do que esforço e leitura, afirma que todos somos capazes de conhecimento, portanto⁵⁷. Não é necessário ser bem nascido, ou ser sábio.

As contribuições da teoria crítica à democracia não param por aí. Ao afirmar que o projeto da razão só pode ser desenvolvido com a liberdade de manifestação de todas as opiniões, faz veemente defesa da importância da liberdade de expressão. Ao exaltar a importância de se ouvir o outro e só contestá-lo com objeções aos argumentos, nunca à pessoa, defende a tolerância. Mas não uma tolerância qualquer, senão ativa: não basta ser passivo e silencioso ante o outro; há de se respeitar a individualidade e objetar. Há, ainda, um elogio à diversidade, valor que nos é tão contemporâneo: devemos viver vidas significativas, que possam aportar algo ao debate e que contribuam, com isso ao avanço da humanidade.

Em Kant, as afirmações que não são *a priori* são assentadas no acordo do público leitor. Ou seja, podem mudar a qualquer momento, bastando que haja objeções fortes e convencimento. E é daí que a democracia toma sua concepção de verdade. A verdade não é eterna, nem absoluta. Ela é um consenso. Nada impede que um governo entenda que o uso do xisto deve ser proibido para finalidades energéticas em virtude da grande poluição e que, outro governo, logo após, fruto de um novo debate e de uma nova eleição, venha a liberá-lo. Mesmo que essa decisão seja ruim para a natureza e que, em longo prazo, ela venha a ser prejudicial

⁵⁷ KANT, Emanuel. Resposta à questão: que é o iluminismo? in **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1995.

para a vida dos atuais eleitores, o público leitor tem o direito de refazer suas escolhas⁵⁸.

A defesa radical de uma posição relativista a respeito da verdade traz os maiores desafios para os democratas. É difícil aceitar decisões que importem em mais poluição, como se expôs. Ao mais, não se pode aceitar que se escolhas violem direitos fundamentais, como se verá na próxima parte. Afastemos a dificuldade por enquanto. Mesmo que a decisão não viole direitos, mas que eu dela discorde, a maioria dos letrados não concorde, ou que agrida um sentimento geral, ela deve ser respeitada, por ser vinda de uma maioria? A resposta é sim, mesmo que importe em uma postura difícil. Não por que ela é a melhor resposta, mas pelo valor integrador e humanista que ela representa.

Construir uma dinâmica social em que a opinião de todos importe é muito difícil – talvez impossível. Muito mais fácil é confiar no discernimento de uma pessoa, ou no de um grupo de pessoas. Mas é o único caminho possível se quisermos vencer o paradoxo da heteronomia do direito com a liberdade individual⁵⁹. Para Habermas, as leis:

obtem sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apoia no princípio da soberania do povo. Com o auxílio dos direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, deve ser possível explicar o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade.⁶⁰

O processo legislativo apontado, porém, não é qualquer. É dotado de um grande número de condições para servir ao objetivo de legitimar o direito a partir da discussão. Em primeiro lugar, o sistema deve “prever precisamente quais os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo.”⁶¹ Esses direitos são a garantia da maior medida de liberdades de ação, a condição de membro de uma associação voluntária de parceiros do direito (o que importa, ao

⁵⁸ Invertemos propositalmente a ordem otimista das escolhas populares. Um epistocrata diria que a escolha de se usar Xisto é absurda, com o que concordamos. Mas o que não concordamos é que não seja dado, ao povo, equivocar-se. Nem que a solução para os eventuais equívocos seja que o povo venha a ser guiado por uma elite que sabe o que é bom para todos.

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. op. Cit., p. 113 e ss.

⁶⁰ Idem, p. 115.

⁶¹ Idem, p. 158.

menos em tese, a possibilidade de retirar-se da associação) e a possibilidade universal de postulação judicial⁶².

Postos esses primeiros direitos, os cidadãos já têm garantia contra o Estado e contra os demais cidadãos. Mas só podem ser considerados verdadeiros autores da ordem jurídica se são garantidos: “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade”⁶³. E, finalmente, apenas de forma reflexa: “Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances”⁶⁴ dos demais direitos, anteriormente expostos.

Esses direito não são, apenas, valores em si. Eles servem para a construção de um tipo de cidadão que se identifica como cidadão autônomo, o único que é capaz de fundar uma ordem jurídica legítima. Assim, o cidadão deve ser capaz de proferir pretensões, bem como “tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo.”⁶⁵ O que firma, em primeiro lugar, a inafastabilidade do discurso no processo de legitimação do direito. Discurso que não é especialmente natural, que depende de múltiplos esforços, de várias origens. Os discursos dos cidadãos precisam ser levados, todos, em conta – não será legítimo o direito nas sociedades em que apenas alguns possam aceder ao discurso, ou que a fala de um seja muito mais ouvida do que a de outro⁶⁶.

⁶² Idem, p. 159.

⁶³ Idem, ibidem.

⁶⁴ Idem, p. 160.

⁶⁵ Idem, p. 155.

⁶⁶ Não é o objeto desta parte discutir a viabilidade real dessa proposta, ou discutir a distância (imensa) entre o que é teorizado por Habermas e a prática das democracias liberais. Já o fizemos, certa vez. Ainda assim, há de se sublinhar a importância de certos elementos da teoria democrática habermasiana, elementos sem os quais uma pretensa democracia pode ser, verdadeiramente, outro regime. Por exemplo, a imprensa plural. A força da imprensa em uma sociedade contemporânea é muito grande, e se ela não for plural, ou se for dirigida por interesses de pequenos grupos, não haverá viabilidade da proposta habermasiana. Da mesma forma, a autenticidade das experiências de vida. Com a quantidade de dados pessoais possíveis de ser colhidos, tratados e interpretados, nos nossos dias, podemos receber estímulos direcionados, que podem fazer-nos pensar que vivemos uma experiência autêntica, sem sê-lo. Ver, a respeito, SALDANHA, Leonardo. op. Cit., p.90 e ss.

A legitimação do direito e a natureza da verdade política são questões evidentemente distintas⁶⁷. Mas possuem um ponto de contato extremamente importante. Por que Habermas, dentre outros, preocupa-se com a liberdade comunicativa, assentando nela a possibilidade de legitimação do direito? Por que não reconhece uma fonte do direito outra que não seja a vontade humana, manifestada pelo discurso. Não há tal coisa como o direito em si, ou o bem em si, expressões como “a vida boa”, ou “o espírito do povo” nada significam. O direito é heteronomia, e essa heteronomia poderá ser vinda de um ou de muitos. E é na ampliação destes muitos que está a chave para a legitimação do direito. Só precisamos de uma “sociedade comunicativa de iguais” por que não temos mais uma fonte metafísica do direito. Por isso, toda a proposição pode pretender-se, legitimamente, norma, cabendo apenas aos cidadãos, em processo dialógico, deliberar se aquela norma deve ser imposta. A verdade política sai de seu plano etéreo e passa ao mundo dos argumentos, dos valores e dos interesses.

O principal grupo de oposições que a teoria democrática recebe, neste particular, diz respeito à inexistência de segurança. Se quem vai deliberar é o povo, nada garante que a melhor opção prevalecerá – é o que se argumenta desde os tempos antigos⁶⁸. As perguntas que um pensador moderno, pós-metafísico faz é: o que significa a melhor opção? Onde a encontramos? Há algum tribunal melhor para a estabelecer do que o próprio povo, destinatário da norma?

A verdade política para a democracia é relativa, e esse valor é fundamental. Mas, a relatividade atingiria todas as questões sociais humanas? Ou há um espaço intangível à discussão política, que não pode ser atingido por maiorias eventuais? É o que se passará a discutir na próxima parte.

1.3 Os direitos fundamentais prevalecem em face da relatividade da verdade, como valores democráticos

À democracia importa, como vimos, uma visão relativista a respeito da verdade política. Se apostamos na existência de cidadãos autônomos, capazes de se

⁶⁷ Stuart Mill é um dos autores que percebe essa ínima ligação entre o critério científico de verdade e os princípios democráticos, relacionando-os. v. MILL, Stuart. **Da liberdade**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 35-36.

⁶⁸ Platão, op. cit., livro VIII, p. 257 e ss.

autogovernarem, não se pode aceitar que existam, antes da discussão, posições melhores do que outras. A definição de qual a decisão a tomar será fruto de um debate em que cada um dos cidadãos interagirá para tentar convencer os demais e, a partir dessa discussão, será tomada uma decisão, cujo acerto não é garantido. Ela apenas é uma decisão, aquela que foi tomada pela maioria, princípio instrumental arbitrário que só é adotado em virtude da necessidade de se tomar decisões.

O todo-poderoso voto da maioria só não pode atingir de morte algum direito fundamental, é a fórmula normalmente utilizada. A experiência histórica nos mostrou que a igualdade formal, o direito à vida, à segurança⁶⁹, à propriedade e - por que não - a proteção contra a miséria devem fazer parte de um espaço em que a decisão política não deve prevalecer⁷⁰. São assuntos excluídos constitucionalmente do espaço da política, cujo objeto é tão importante à vida social e à própria democracia que não deve ser discutido. A afirmação é parte da justa exaltação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, ocorrida com renovado vigor após a segunda grande guerra. Exatamente por isso, parece-nos, a uma primeira vista, evidente, universal. É fácil aceitar que uma maioria parlamentar eventual, agindo sob forte emoção, não possa estabelecer a pena de morte, que sua decisão é nula se contrariar o conteúdo normativo estabelecido na Constituição. Por outro lado, outros direitos igualmente fundamentais são limitados por maiorias; outros, interpretados, em seu conteúdo, por juízes que definem o alcance de palavras de textura propositalmente aberta, algumas vezes com interpretações bastante pessoais.

Os direitos fundamentais, sim, devem estar excluídos da discussão democrática que possa vir a lhes destruir⁷¹ - são trunfos na mão do indivíduo contra as maiorias parlamentares, como nos argumenta, a partir de uma imagem

⁶⁹ Manuel Castells lembra que a democracia é, sobretudo para aqueles que já viveram em regimes autoritários, a segurança dos direitos liberais. Usa um exemplo segundo o qual, em uma democracia, se a campanha toca à cinco da manhã, o cidadão não teme que seja outra pessoa senão o leiteiro. CASTELLS, Manuel. **Ruptura**. Tradução de Joana Angélica d'Avila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 11.

⁷⁰ Tal seria mesmo um imperativo ético. V. COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.*, p. 669.

⁷¹ Os direitos fundamentais resultam do constitucionalismo, não da democracia. É a exclusão de certos temas do alcance da regra da maioria, por valores outros que não o respeito à maioria. v. HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 416.

de Dworkin⁷², Jorge Reis Novais⁷³. Mas, o que fundamenta essa exclusão? O que significa essa exclusão, dos pontos de vista político e técnico-jurídico? E, por fim, é possível que essa exclusão se opere em momentos dramáticos das sociedades? É o que se passará a discutir.

A justificativa para que os direitos fundamentais sejam protegidos contra virtuais maiorias que os ameacem⁷⁴ são de duas ordens. A primeira evidencia a importância dos direitos fundamentais para tudo aquilo que se costuma chamar de Estado de Direito, ou de Estado Constitucional; a segunda liga-se às condições mesmas da democracia.

O Estado de Direito é uma ideia de autolimitação do poder estatal⁷⁵; ainda que o poder estatal seja incontestável, ainda que as características da soberania sigam existentes, o Estado decide, utilizando uma série de instituições jurídicas, autolimitar-se. Os dois principais institutos utilizados para esse fim são a separação dos poderes (ficção que divide o poder único do Estado em três - ou quatro - fochos de competências, exercidos por pessoas diferentes) e, exatamente, os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais compõem, assim, o coração do Estado de Direito, também chamado de Estado Constitucional. Isso por que o Estado existe para servir o cidadão, o não o inverso - sua tarefa histórica será a de consolidar direitos existentes, criando, continuamente, novos direitos a serem consolidados⁷⁶.

Dentro da metódica constitucional de grande parte dos estados ocidentais, expressamente no caso do Brasil⁷⁷, a centralidade do indivíduo em relação ao Estado se cristaliza em um princípio, o da dignidade da pessoa humana. Fruto

⁷² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nélon Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141-147.

⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**. Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

⁷⁴ Vale recordar que, na nossa Constituição, a proteção dos direitos fundamentais dá-se mesmo contra a maioria qualificada da Emenda Constitucional (art. 60, IV da CRFB 1988). Não trataremos, por desnecessário, qual o alcance da expressão "Direitos e garantias individuais" que, ali, consta. Apenas ressaltamos que a proteção formal está, ali, posta.

⁷⁵ Alain Touraine identifica o ressurgimento dos valores liberais no conceito contemporâneo que se tem da democracia no fato de que os autoritarismos e totalitarismos usaram, durante o século XX, sem qualquer contenção, argumentos formalmente democráticos. A clareza que se passou a ter de que não poder haver democracia em Estados que não realizem direitos fundamentais elevou a fé em valores liberais setecentistas. V. TOURAINE, Alain. *op. cit.*, p. 74.

⁷⁶ ROUSSEAU, Dominique. **Radicaliser la démocratie**. Paris: Seuil, 2015. p. 67-68.

⁷⁷ Art. 1º, III, da CRFB - 1988.

multissecular, o princípio possui um núcleo, que é a máxima kantiana de jamais tratar alguém como um meio, apenas como um fim⁷⁸. E isso significaria garantir as liberdades, proteger o indivíduo da miséria, bem como possibilitar que todos possam desenvolver livremente um projeto de vida, sendo capazes de atuar politicamente⁷⁹. Cada um de nós tem direito, em um Estado Democrático de Direito, a tudo aquilo que é necessário ao desenvolvimento de uma vida significativa, sem as peias que poderiam ser impostas pelo poder desmesurado, pela pobreza ou pela ignorância. Trata-se, portanto, de um conjunto amplo de direitos, cuja realização é a verdadeira razão de ser do Estado. É uma utopia individualista, como nos recorda Dominique Rousseau⁸⁰ - não se pode aceitar que seja lícito sacrificar o projeto de vida de alguns em nome de um pretense interesse comum. Não há interesse comum tão importante quanto a realização das potencialidades e dos projetos de todos os indivíduos, dignos que são.

A defesa dos direitos fundamentais como limite à maioria que se baseia na centralidade da dignidade da pessoa humana não escolhe, dentre tais direitos, alguns que sejam mais importantes de serem defendidos. Explicamos; no processo histórico de garantia dos direitos fundamentais, alguns foram realizados em primeiro lugar (aqueles direitos de proteção do indivíduo contra o Estado, aqui chamados de direitos liberais). Por tal precedência histórica, bem como pela real importância que há da função protetiva do indivíduo frente ao Estado para a concepção de um Estado Constitucional⁸¹, há autores⁸² que defendem uma maior

⁷⁸ NOVAIS, op. Cit., p. 32: “Numa sua concepção compatível com o *facto do pluralismo* próprio de uma sociedade aberta, a dignidade da pessoa humana significa a insuceptibilidade de tratamento da pessoa como mero objecto do poder estatal, como instrumentalização ou coisificação da pessoa nas mãos do Estado. [...] Dessa concepção *kantiana* da dignidade – que pode constituir o núcleo indiscutível de um princípio juridicamente operativo e generalizável de dignidade da pessoa humana – resulta, para cada indivíduo, uma margem de autonomia e liberdade pessoal que o poder do Estado tem que respeitar.”

⁷⁹ SARLET, Ingo. **A dignidade da pessoa humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73. Segundo o autor, a dignidade seria a: “(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.”

⁸⁰ ROUSSEAU, Dominique, op. Cit., p. 63.

⁸¹ Importância que jamais pode ser diminuída. A tendência ao uso da violência por parte dos Estados é o principal perigo imposto aos indivíduos, como facilmente percebemos da história do século passado, prenhe de experiências autoritárias e totalitárias.

importância destes em face dos demais direitos fundamentais. Sob o ponto de vista da dignidade da pessoa humana, uma hierarquização de direitos fundamentais não faz sentido, porém⁸³. Se o objetivo é o de garantir um esquema de direitos suficiente para que cada indivíduo possa desenvolver uma existência digna, além dos direitos liberais devem ser garantidos, concomitantemente, direitos que protejam o indivíduo da miséria e que lhe permitam uma existência social e ecológica rica. Não é uma questão de se defender que todos os direitos possuam uma mesma maneira de efetivação, pois custos, complexidade técnica e necessidades administrativas os diferenciam – não há como defender o direito à moradia com os mesmos instrumentos que se defende a liberdade de ir e vir. Mas trata-se de reconhecer a equivalente importância de diversos, talvez de todos, os direitos no processo de reconhecimento da dignidade do indivíduo⁸⁴.

O primeiro tipo de argumento, acima apresentado, para que a decisão majoritária seja freada pelos direitos fundamentais se baseia em postulado externo ao processo deliberativo em si, qual seja, uma visão de mundo em que a vida digna deve prevalecer. Passamos a expor um segundo tipo de argumento, mais interno e, de certa maneira, procedimental – aquele que apresenta Habermas. De forma alguma o celebrado autor discorda da dignidade da pessoa humana – apenas desenvolve um outro argumento que mostra que o assalto aos direitos fundamentais acaba com a própria democracia, inviabilizando-a.

Como sabemos, o projeto de Habermas no livro “Direito e democracia” é o de apontar as condições para que o direito seja legítimo em uma sociedade de pessoas livres, bem como defender a teoria comunicativa como chave para tal “ponte” entre a heteronomia do direito e a liberdade dos cidadãos⁸⁵.

⁸² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 124 e p. 130.

⁸³ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. p. 269 e ss.

⁸⁴ NOVAIS, *op. cit.*, p. 32.

⁸⁵ HABERMAS, *op. cit.*, p. 158: “A ideia de autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzido da autolegislação *moral* de pessoas *singulares*. A autonomia tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso, introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo.”

A preservação da autonomia, mesmo em face do direito, dá-se a partir do conceito de “forma jurídica” que “estabiliza as expectativas sociais de comportamento da forma que foi dito, e do princípio do discurso, à luz do qual é possível examinar a legitimidade das normas de ação em geral [...]”⁸⁶. Assim, há uma estabilidade normativa, garantida pela forma; mas há, ao mesmo tempo, um direito contínuo à crítica, mesmo aquela com pretensão reformadora. Para que seja possível essa crítica legitimadora, os indivíduos devem garantir-se, mutuamente, a maior liberdade de ação possível, possuir *status* de membro e poder fazer postulações judiciais⁸⁷. Aí estaria a gênese do que mais tarde entenderemos como direitos liberais, de nacionalidade e de acesso à justiça. Estas seriam condições para que o surgimento de direitos propriamente políticos, a partir dos quais sujeitos de direitos pudessem ser considerados autores da ordem jurídica: “direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo”⁸⁸. Eis o que chamamos de direitos políticos, que fundamentam o “*status* de cidadãos livres e iguais”. Com esse objetivo, ainda são necessários “direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances”⁸⁹ dos demais direitos.

Em Habermas, há um interessante e utilíssimo argumento se quisermos afirmar a necessidade da maioria respeitar direitos fundamentais. Só há democracia legitimadora do ordenamento jurídico se estiverem presentes os direitos. O esquema de legitimação assenta-se sobre a capacidade de um indivíduo livre analisar o direito existente, propor mudanças e manifestar-se acerca das pretensões de seus concidadãos, tudo isso com acesso igualitário aos meios de influência. Uma situação tal, para existir, necessita da garantia dos mais amplos direitos. Não se trata, apenas, de liberdade – além de livre, o indivíduo tem que ser educado, protegido da miséria, inserido ecologicamente... Aí estão, essencialmente, todos os direitos fundamentais, nas mais diversas dimensões. E o que nos importa, especialmente, é a categórica afirmação de só poderem ser consideradas

⁸⁶ HABERMAS, *op. cit.*, p. 159.

⁸⁷ Idem, *ibidem*.

⁸⁸ Idem, *ibidem*.

⁸⁹ Idem, p. 160.

democráticas (e, portanto, legitimadoras do ordenamento jurídico) as decisões submetidas a essa espécie de cidadão.

Há uma série de concordâncias entre o pensamento de Habermas e de Rawls, sobretudo no que diz respeito à necessidade de um conteúdo mínimo de direitos para que uma sociedade possa ser justa, para que o direito possa ser legítimo. Ao definir o poder político legítimo, Rawls afirma que ele só o é “quando é exercido de acordo com uma constituição (escrita ou não), cujos elementos essenciais todos os cidadãos, considerados como razoáveis e racionais, podem endossar à luz de sua razão humana comum.”⁹⁰ Por outro lado, a preocupação central do seu pensamento é outra – Rawls busca determinar quais os elementos de justiça pública que devem estar presentes para que possa haver uma sociedade verdadeiramente pluralista, em que cada pessoa, ou grupo, possa ter a sua concepção de bem sem que ela seja destruída por uma concepção estatal de bem. Em poucas palavras, Habermas preocupa-se com a legitimidade; Rawls, com a tolerância. Ainda assim, os elementos básicos de justiça política englobam os direitos fundamentais, com abrangência bastante significativa, também⁹¹, talvez maior.

Assim, atingimos ponto importante de nossa argumentação. A democracia deve respeitar direitos fundamentais, não lhe sendo possível, pela maioria que seja, feri-los de morte. Seja por que há um conteúdo normativo intenso no princípio da dignidade da pessoa humana (ou por um consenso ético em torno deste princípio), seja por que a presença de determinados direitos fundamentais no processo de tomada de decisões é imprescindível para que a própria

⁹⁰ RAWLS, John. *op. cit.*, p 57.

⁹¹ “(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer a duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e opções acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença)” RAWLS, John, *op. Cit.*, p. 60. O autor refere, muitas vezes no curso do livro, a superior importância das condições descritas em (a), o que se costumou chamar de prioridade das liberdades. Afirma, ainda, que não são suficientes as tradicionais liberdades liberais para que a condição apontada em (a) esteja cumprida: “O critério que proponho é o seguinte: as liberdades básicas e sua prioridade devem garantir igualmente para todos os cidadãos as condições sociais essenciais para o desenvolvimento adequado e o exercício pleno e informado de suas faculdades morais [...]”, *Idem*, p. 158.

democracia funcione.⁹² O certo é que a relatividade da verdade política, tão cara à democracia, não atinge os direitos fundamentais.

O próximo passo, segundo o plano apresentado, é o de verificar como, juridicamente, garantir a primazia dos direitos fundamentais em face das decisões da maioria, bem como apontar alguns reflexos políticos dessa escolha. Hoje, os direitos fundamentais ocupam um local privilegiado dentro do ordenamento jurídico dos países, espaço que é, no mais das vezes, dotado de uma posição hierárquica superior ante o restante do ordenamento jurídico. A isso se dá o nome de superioridade formal dos direitos fundamentais, o que significa, em nosso ordenamento jurídico, segundo Ingo Sarlet⁹³, que os direitos fundamentais estão na Constituição⁹⁴; que gozam das proteções dadas pelos limites às emendas constitucionais, especialmente no que diz respeito à inabolibilidade dos direitos e garantias individuais (art. 60, §4, IV da CRFB); e que são diretamente aplicáveis, que vinculam de forma direta a administração e os particulares

Sigamos utilizando como exemplo o nosso ordenamento jurídico. O fato de estarem os direitos fundamentais na Constituição faz com que haja incontestabilidade em face da legislação infraconstitucional e dos atos administrativos, normativos ou não. Não pode haver lei ou ato que contrarie a Constituição, e inválidos (ou inexistentes, não discutiremos a questão aqui) serão aqueles que contrariem. A violação de direito fundamental por lei ou ato dá, ao cidadão lesado, o direito de recorrer ao judiciário buscando que seu direito prevaleça, na mais exata aplicação da imagem que se utilizou Jorge Reis Novais⁹⁵ – a dos direitos fundamentais como trunfos: “ter um direito fundamental, segundo a concepção dos direitos como trunfos [...] nas relações entre o indivíduo e o Estado, significa ter uma posição juridicamente garantida, forte, entrincheirada, contra as decisões da maioria política”. Ou seja, é a afirmação máxima do belíssimo (e etéreo) edifício do Estado de Direito.

⁹² NOVAIS, Jorge Reis, p.32.

⁹³ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. p. 75.

⁹⁴ Ou que possuem, ao menos, nível hierárquico supralegal, capaz de paralisar as lei ordinárias e os atos administrativos a eles contrários. Trata-se, especificamente, dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados em nosso Ordenamento Jurídico entre o advento da CRFB-1988 e a edição da EC45, de 8/12/2004. Todos os direitos fundamentais estabelecidos nestes tratados possuem, portanto, incontestabilidade, ainda que não sejam constitucionais. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343/2009.

⁹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *op. cit.*, p. 34.

A proteção contra o abolicimento dos direitos fundamentais, estabelecida no art. 60, §4, IV da CRFB, possui transcendental importância, já que cobre com a cláusula de eternidade uma escolha política central do constituinte de 1988. É uma defesa forte, já que protege, até, da maioria qualificada de três quintos de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos. Discute-se a abrangência de tal proteção, se alcança a totalidade dos direitos fundamentais ou apenas alguns; defendemos a primeira posição, seguindo o que há pouco dizemos – para a garantia da dignidade, não se podem escolher alguns direitos fundamentais em detrimento de outros⁹⁶. A aplicabilidade imediata dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, §1º da CRFB) fortalece ainda mais a posição de superioridade dos direitos, dotando-lhes de mais evidente força normativa.

A quem deve ser atribuída a função de frear a maioria quando uma lei contrária aos direitos fundamentais é feita, ou o administrador quando viola os direitos fundamentais? A qual órgão estatal será dada a função de limitar o Estado (do qual faz parte)? Em nossa tradição, ao Poder Judiciário. Diversas são as estruturas, acordantes com cada tradição, adotadas para o controle de constitucionalidade. Mas hoje ele é uma realidade, sendo inegáveis os serviços prestados tanto à defesa dos “trunfos” quanto ao desenvolvimento, mesmo, dos direitos fundamentais.

Ocorre, porém, que interpretar Direitos Fundamentais não é uma tarefa simples, ainda mais quando há conflito de direitos, o que é absolutamente comum. Dificilmente algum juiz ou tribunal entenderá que há exceções possíveis à proibição de tortura ou da pena de morte⁹⁷. Porém, dadas as condições, os direitos fundamentais podem, sim, ser limitados, ou, mesmo, ceder completamente⁹⁸. Jorge Reis Novais exemplifica:

[...] se alguém publicou, ou pretende publicar, através dos *media*, e no seu exercício da liberdade de expressão e de imprensa, um artigo que afecta gravemente o direito de privacidade ou intimidade de alguém, ou atenta contra a honra de alguém [...], aí, já todos nós, como fazem todos os Estados de Direito, sem

⁹⁶ Seguimos abalizada doutrina, aqui simbolizada por SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 440 e ss. Ainda, MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 271-274.

⁹⁷ O exemplo é de NOVAIS, Jorge Reis. *op. Cit.*, p. 36.

⁹⁸ Idem, p. 38.

exceção, admitiremos limitações, restrições, ou mesmo o impedimento do exercício de tal liberdade de expressão.⁹⁹

A maioria dos direitos fundamentais é expressa na forma de princípios jurídicos, já que o constituinte busca uma aplicação de tal norma a um grande número de casos. Os princípios têm essa qualidade – o princípio da autonomia privada, por exemplo, aplica-se a um grande número de fatos do mundo juridicamente relevantes. Assim, com o conhecimento de certos princípios, um jurista pode argumentar qual o direito aplicável em um caso. Essa virtude traz consigo, porém, a incerteza a ela correspondente – enquanto não aplicada a norma de direitos fundamentais, não podemos ter certeza do que consiste o direito.

Poucas frases mais ingênuas e mais verdadeiras tiveram uma interpretação mais nefasta do que a seguinte, aqui citada da obra de Jorge Reis Novais, mas presente na grande maioria dos manuais de interpretação constitucional: “A regra geral é de que todos os direitos fundamentais são limitáveis, não há direitos absolutos, no sentido de que todos os direitos dependerão das circunstâncias concretas do caso e dos valores e dos bens dignos de proteção que se lhes oponham, podendo ter que ceder.”¹⁰⁰ Nas páginas seguintes, o constitucionalista faz seus reparos, dizendo que há direitos fundamentais estabelecidos em regras (e que, portanto, não se submetem à ponderação)¹⁰¹. Quando o legislador, o administrador ou o juiz pondera regras, substitui-se ao que decidiu o constituinte, podendo agir de forma inconstitucional¹⁰². Pouco importa – se a doutrina diz que não há direito fundamental absoluto (o que, diga-se, é uma obviedade), aberta está a porta para que qualquer direito seja relativizado pelo intérprete e, no limite, negado.

Abre-se, assim, o último dos argumentos a ser explorado nesta parte. Até agora, nos manifestamos que sim, que os direitos fundamentais são, e devem ser,

⁹⁹ Idem, p. 38 e 39. O exemplo é especialmente interessante por que, bastante depois de ter sido dado pelo constitucionalista português, o STF firmou posição que dá preferência à liberdade de expressão ante a privacidade ou a intimidade. BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815, julgada em 10 de junho de 2015. A decisão, apesar de não negar a privacidade, indica um caminho diverso de interpretação do que Jorge Reis Novais indicou no texto citado, o que mostra a dificuldade que apresenta a decisão de direitos fundamentais quando o conflito se apresenta.

¹⁰⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *op. cit.*, p. 49.

¹⁰¹ Idem, p. 51.

¹⁰² Idem, p. 52.

um limite ao poder da maioria; que contra eles não vale a relatividade da verdade, recentemente apresentada. A questão que se impõe é: é possível limitar-se a vontade da maioria quando ela se expressa fortemente em um determinado sentido? No fundo, a pergunta transcende seus limites, alcançando a viabilidade de um Estado de Direito, como o concebemos.

Habermas já atentava que o verdadeiro conteúdo de cada um dos direitos fundamentais é uma construção histórica, em que sua expressão gramatical inicial não passa disso, um início. Em suas palavras:

O caráter das novas constituições, que frequentemente refletem o sucesso de revoluções políticas, sugere a imagem enganadora de uma “constatação” de normas estáticas, subtraídas ao tempo e resistentes às transformações históricas. A primazia técnica e jurídica da constituição face às simples leis faz parte da sistemática dos princípios do Estado de Direito; porém ela significa apenas uma fixação *relativa* do conteúdo das normas constitucionais. Como ainda teremos ocasião de ver, toda constituição é um projeto cuja durabilidade depende de uma interpretação constitucional continuada, desencadeada em todos os níveis de positivação do Direito^{103,104}

Uma constituição que estabeleça um rol de direitos fundamentais abrangentes, nas diversas dimensões necessárias à promoção da dignidade da pessoa humana nada mais faz do que seu “tema de casa”. O verdadeiro respeito pelos direitos fundamentais será fruto de uma realidade concreta posta em prática pelos poderes do Estado, em primeiro lugar¹⁰⁵, mas pelo conjunto da sociedade, em um segundo.

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. *op. cit.*, p. 166. Grifo nosso.

¹⁰⁴ Aqui, é difícil não recordar da posição adotada por Carl Schmitt. Ele afirma que há uma diferença entre constituição e lei constitucional, esta sendo apenas uma expressão escrita da verdadeira constituição, que repousa em um pacto fundamental ou em um acordo político. A constituição, para Schmitt, não é o texto escrito, mas é a decisão do soberano (povo ou rei) a respeito da verdadeira natureza do regime. O texto escrito vale, mas vale interpretado pelas forças políticas, acordantes com a verdadeira constituição. Exemplifica com a situação das leis constitucionais francesas de 1875, que fundaram a terceira república. Nelas, a Assembleia Nacional deixou uma porta aberta para o reestabelecimento da monarquia, porta que foi fechada com a eleição daquele ano em que o povo envia uma larga maioria republicana para o legislativo. Discordante, o Presidente da República dissolve a câmara, e o povo, em 1877 envia uma maioria ainda mais ampla de republicanos. Dali, duas coisas resultaram: 1) a República foi considerada inabólvil na Constituição e 2) nenhum Presidente da República voltou a usar seu direito de dissolução, até o final da terceira república. Ou seja, a constituição da França era republicana, ainda que o direito escrito não o dissesse. Só podemos conhecer a constituição na história de sua aplicação. SCHMITT, Carl. **Théorie de la constitution**. Tradução Lilyane Deroche. 2. ed. Paris: PUF, 2009. p. 159 e ss.

¹⁰⁵ SCHMITT, Carl. *op. cit.*, p. 152: “A constituição, portanto, não é nada de absoluto, na medida em que ela não nasceu de si mesma. Sua validade jurídica não repousa da precisão normativa de seu

A exacerbação deste argumento leva-nos ao realismo jurídico que tem, entre seus expoentes, Michel Troper. Defensor do positivismo jurídico ante seus detratores, Troper afirma que a única fonte verdadeira do direito é a palavra dada pela autoridade que interpreta o texto. É essa interpretação que é norma, pois traz, consigo, a obrigatoriedade – o texto, abstrato, pode ser interpretado das mais diversas maneiras:

Essa jurisdição dará ao texto uma interpretação, no lugar de outra, em função de suas preferências ideológicas. A isso se soma o fato de que os juízes podem decidir aplicar, além do texto, princípios não escritos, que dizem “emanar” do sistema jurídico em sua totalidade. No fim, o que realmente é garantido não são os direitos do homem, mas a concepção que, deles, fazem os juízes.¹⁰⁶

Estamos, portanto, nas mãos dos juízes¹⁰⁷. Nada é garantido, nenhum direito é absoluto, tudo dependerá da formação dos juízes nos valores liberais e republicanos. E isso é preocupante, é certo, em tempos ditos “normais”. Muito pior fica em tempos excepcionais:

Para termos um exemplo extremo, mas muito real e significativo, em 2000, a Corte Suprema decidiu, por unanimidade, depois do golpe de Estado do general Moucharaf no Paquistão, que a intervenção do Exército foi legal, já que justificada pela corrupção que manchava o regime anterior.¹⁰⁸

conteúdo ou de sua sistematicidade. Ela não é autofundada, ela é fundada por uma unidade política concreta”. Na tradução francesa: “La constitution n’est donc rien d’absolu dans la mesure où elle n’est pas née d’elle-même. Sa validité juridique ne procède pas non plus de la justesse normative de son contenu ou de sa systématité. Elle ne se donne pas elle-même, elle est donnée pour une unité politique concrète.”

¹⁰⁶ TROPER, Michel. **Le droit et la nécessité**. Paris: PUF, 2011, p. 37. Livre tradução. No original: “Cette juridiction est donc en mesure de donner au texte une signification plutôt qu’une autre en fonction de ses préférences idéologiques. A cela s’ajoute le fait que les juges peuvent décider d’appliquer, outre les textes, des principes non écrits, qu’ils affirment « degager » du système juridique dans son ensemble. En définitive, ce qui est réellement garanti, ce ne sont pas les droits de l’homme, mais la conception que s’ent font les juges.”

¹⁰⁷ Segundo Otfried Höffe, nada nos garante que os agentes públicos queiram a justiça. Para o autor, a coerção se legitima, a partir do Iluminismo, pela aplicação de uma determinada visão de justiça política – que, obviamente, não é dada, mas que tem o estado de direito e a prevalência dos direitos fundamentais como elementos inafastáveis. O autor alerta, porém, que os agentes públicos (inclusive o juiz) podem exercer o poder sem qualquer preocupação com a justiça política, e, sim, para fazerem prevalecer visões pessoais, parciais. Mesmo pelo poder pelo poder. Analisando o símbolo da justiça, o autor afirma: “Como qualquer instrumento de poder, a espada possui dois gumes; ela tem caráter técnico e pode servir à justiça, mas também pô-la em risco”. HÖFFE, Otfried. *op. cit.*, p. 411-412.

¹⁰⁸ Idem, p 108. Livre tradução. No original: “Pour ne prendre qu’un exemple extrême, mais bien réel et très significatif, en 2000, la Cour suprême a décidé à la unanimité après le coup d’État du general Moucharf au Pakistan, que la intervention de l’armée était légale, car elle était justifiée par la corruption qui avait entaché le regime précédent.”

Ou seja, em tempos extremos, os direitos fundamentais (no caso, o autogoverno, os direitos políticos) cedem ante a emergência. Mas os defensores dos direitos fundamentais não desejam exatamente o inverso, que os direitos fundamentais sirvam para a proteção dos indivíduos em todos os momentos, sobretudo nos emergenciais?

O TRF da 4ª Região, em decisão de 22 de setembro de 2016, tratou da instauração de procedimento correicional contra juiz que, hipoteticamente, teria determinado escutas telefônicas em telefones de advogados e permitido que se divulgassem interceptações telefônicas (cujo sigilo é constitucionalmente garantido). O desembargador federal relator, Rômulo Pizzolatti, conduziu voto vencedor, por ampla maioria, sustentando que:

Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada "Operação Lava-Jato", sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal.¹⁰⁹

O trecho coaduna-se, à perfeição, com o defendido por Michel Troper. Quem decide o conteúdo e a aplicabilidade dos direitos fundamentais é, ao fim, a autoridade – no nosso caso, jurisdicional. Se a administração da justiça e a aplicação da lei penal forem valores superiores para o juiz, os direitos fundamentais não prevalecerão ante a elas.

A consciência da não prevalência automática dos direitos fundamentais é difícil de aceitar. Os juristas fomos treinados para acreditarmos que a lei escrita prevalecerá. Ao tomarmos consciência da insuficiência do escrito e da essencialidade da interpretação, a tendência é o desencanto – o direito é pura vontade, vontade daquele que julga. Desencanto libertador, porém.

¹⁰⁹ BRASIL. TRF da 4ª Região P.A. CORTE ESPECIAL Nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS. 22 de setembro de 2016.

Voltemos a Habermas. Ao discutir a questão central desta parte (qual seja, se a vontade da maioria deve ser limitada pelos direitos humanos), o autor coloca em conflito duas tradições. Uma, liberal, que afirma que sim, postulando “o primado dos direitos humanos que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras à vontade soberana do legislador político.”¹¹⁰ Outra, republicana, que dá ênfase à organização política dos cidadãos. Em uma sociedade, defende, “os direitos humanos só se tornam obrigatórios elementos de sua própria tradição, assumida conscientemente.”¹¹¹ Aí parece-nos estar a chave de conclusão dos presentes esforços.

Ao iniciarmos esta parte, nos propusemos um roteiro que, agora, vai respondido. Os direitos fundamentais devem ser limites à vontade majoritária, verdadeiras exceções à crença democrática na relatividade da verdade? Sim, devem, pois a dignidade da pessoa humana assim quer, e por que o próprio funcionamento da democracia exige que certos direitos fundamentais sejam garantidos. Como fazer, instrumentalmente, essa limitação? Pela constitucionalização dos direitos fundamentais e pela criação de órgãos de controle. É possível realizar essa limitação? Aí está o maior problema. Se seguirmos o pensamento de Hans Kelsen ou de Michel Troper, não. Estado de Direito é uma contradição em termos, já que o poder do Estado só poderá ser limitado se o juiz assim quiser. Somos, porém, otimistas. Se a ideologia dos direitos fundamentais for forte em uma sociedade, essa sociedade passará, até mesmo, por momentos excepcionais com seus juízes defendendo a liberdade. Além de uma questão técnica, de como fazer a limitação, estamos em face de um desafio possivelmente maior. A de construirmos sociedades que assumam conscientemente o discurso dos direitos fundamentais.

1.4 A autonomia política dos cidadãos

A democracia professa uma série de valores, crenças ideais sobre as quais repousa a lógica do regime político. Os valores democráticos até agora expostos – essencial igualdade entre as pessoas, relatividade da verdade política e prevalência

¹¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *op. cit.*, p. 134.

¹¹¹ Idem, *ibidem*.

dos direitos fundamentais – apontam para um outro valor. Qual o comportamento político desejável de uma pessoa que viva sob tal regime? O que é imprescindível no comportamento do cidadão para que um regime democrático funcione? E o que é útil para isso? Por fim, como devem ser educados os cidadãos para que alcancem tal autonomia?

A expressão “cidadão autônomo” aqui será utilizada no seu sentido político – ou seja, como autor do ordenamento jurídico ao qual se subordina e em face do qual não deve apresentar qualquer estranhamento. Não se trata da questão da autonomia moral que, apesar de vizinha, não aceita argumentos práticos para sua definição¹¹². Ser autônomo, do ponto de vista moral, é bem mais difícil do que o ser do ponto de vista político. A ideia central que aqui nos importa é a da autoria do ordenamento jurídico, da atuação social que ela exige, ou, ao menos, da presença de uma possibilidade de atuação da qual, voluntária e conscientemente, se abre mão.

Não que a autonomia política seja coisa simples, ela evidentemente não é. O que se deseja é que todo o indivíduo subordinado a regras em um regime democrático não se sinta violentado por essa subordinação. O desiderato parece irreal – interesses são contrariados pela aplicação da lei, muitas vezes interesses próprios, que o cidadão sente como legítimos. A saída é a autonomia, um sentimento de autoria da lei. Como deve se comportar um indivíduo em uma sociedade democrática para poder ser considerado autor e destinatário do direito é questão à qual se podem dar respostas muito diversas. Todas exigentes, umas mais, outras menos. Iniciaremos com as condições que parecem emergir do sistema de legitimação comunicativo, reafirmando a importância de certos direitos fundamentais, discutiremos os perigos que traz a idealização do cidadão em um panorama de virtudes cívicas republicanas e, ao fim, tentaremos nos fixar nos elementos mais importantes para a autonomia política.

¹¹² HABERMAS, Jürgen. Direito e moral. in _____. **Direito e democracia**. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 193-248.

O primeiro passo dá-se ao afirmar que as pessoas destinadas ao debate devem ser pessoas razoáveis, dotadas de autoconsciência, reflexividade e responsabilidade. Nas palavras de Rawls¹¹³:

Aplicado ao caso mais simples, ou seja, a pessoas que cooperam e que são consideradas iguais nos aspectos relevantes (ou de forma simétrica, para resumir), pessoas razoáveis são aquelas dispostas a propor, ou a reconhecer quando outros o propõem, os princípios necessários para especificar o que pode ser considerado por todos como termos equitativos de cooperação. Pessoas razoáveis também entendem que devem honrar esses princípios, mesmo a custo de seus próprios interesses se as circunstâncias o exigirem, desde que os outros também devam honrá-los.

Sabemos que o objetivo de Rawls é o de discutir sob quais princípios de justiça se pode fundar uma sociedade em que convivam múltiplas convicções abrangentes a respeito do bem (ou seja, várias religiões ou visões filosóficas amplas). Sua preocupação principal não é a mesma de Habermas, a de fundar um direito legítimo. Nessa passagem, porém, há convergência – como alguns princípios poderão ser eleitos para que uma tal sociedade cooperativa possa existir, e por que espécie de cidadão.

O cidadão da democracia é capaz de propor e reconhecer quais os termos equitativos de cooperação. Isso significa, antes de tudo, consciência de si próprio, dos valores e dos interesses que possui. Uma tal pessoa reconhece-se como um indivíduo diferente dos demais, diferença essa que é bem vista pelo sistema de legitimação. Note-se, porém, que não é importante qual a doutrina abrangente de bem que ela professa, mas ela deve ter consciência de que professa uma doutrina.¹¹⁴ e se comprometer com os princípios aceitos. Para chegar à autoconsciência, ganha importância a reflexividade, característica que envolve tempo e esforço dirigido.

Por fim, o sujeito que pretenda viver em uma sociedade cooperativa formada por pessoas que não pensam da mesma maneira deve ser capaz de negociar. A negociação envolve uma hierarquização de valores e de interesses, bem como o reconhecimento, no outro, uma fonte legítima de pretensões¹¹⁵ (geradas, também, de um processo de hierarquização). Uma vez negociados, os princípios

¹¹³ RAWLS, John. *op. cit.*, p 9.

¹¹⁴ Idem, p. 32.

¹¹⁵ Idem, p. 33.

resultantes devem ser honrados, mesmo que da sua aplicação prática resultem prejuízos para aquele que concordou. Pessoas razoáveis são capazes de conviver com outras concepções de bem, já que negociam e não querem fazer as suas pretensões prevalecerem a qualquer custo. Mais importante do que a eventual vitória de uma concepção abrangente de bem (concepções que, no mundo real, competem continuamente) é a continuidade da cooperação social dos diferentes¹¹⁶.

Para Habermas, a chave que possibilita superar o paradoxo da imposição do direito a um povo livre¹¹⁷ encontra-se na integração entre a forma do direito e o agir comunicativo¹¹⁸. Ou seja, pessoas capazes de comunicar pretensões e reconhecer pretensões alheias precisam ter a capacidade de fala e serem conscientes das possibilidades de seu uso, ainda que, eventualmente, não o façam. O acordo advindo desse ato de comunicação é cristalizado no direito, gerando a pretensão legítima de cumprimento por parte de todos.

As normas de ação em que cada um dos possíveis atingidos poderia dar contribuições e assentimento, por meio de um discurso racional, são válidas. E discurso racional:

[...] é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições de comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído por obrigações interlocutórias.¹¹⁹

Para Habermas, portanto, o processo legislativo de uma norma que pretenda a validade importa a possibilidade de influência real de todos os atingidos. Não da mesma maneira ou com o mesmo peso, mas deve ser possível que as contribuições sejam levadas em conta. As chamadas obrigações interlocutórias são aquelas que fazem o debate existir verdadeiramente, como, por

¹¹⁶ As pessoas são iguais “na medida em que se considera que todos têm, num grau mínimo essencial, as faculdades morais necessárias para envolver-se na cooperação social a vida toda e participar da sociedade como cidadãos iguais”. Idem, p.27. Faz parte da concepção moral mínima, portanto, a possibilidade e o desejo de se envolver em uma sociedade cooperativa de pessoas com outras concepções abrangentes de bem.

¹¹⁷ É a ideia da legitimidade do direito que é, ao final, a discussão a respeito da legitimidade da coerção. Estratégias para essa legitimidade ligam-se, para Otfried Höffe, à justiça do direito que imposto. Justiça política à qual: 1) o Estado está obrigado; 2) é a medida normativo-crítica do direito e 3) legitima a própria convivência humana. HÖFFE, Otfried. *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *op. cit.* V. 1, p. 115.

¹¹⁹ Idem, p.142.

exemplo, o dever de argumentar. Quando uma parte não concorda, deve ser capaz de justificar sua posição¹²⁰, exatamente por que a validade do direito assenta-se em um reconhecimento intersubjetivo¹²¹. É verdade e é importante, para o modelo de legitimação democrático, saber que as pessoas podem deixar de exercer sua liberdade comunicativa. Mas os direitos de comunicação e de participação precisam ser formulados de maneira a permitir o ato comunicacional. “Compete aos destinatários decidir se eles, enquanto autores, vão empregar sua vontade livre, se vão passar por uma mudança de perspectiva que os faça sair do círculo dos próprios interesses e passar para o entendimento sobre normas capazes de receber o assentimento geral...”.¹²² Usar, ou não, a capacidade comunicativa em público é uma escolha livre, ao fim.

O princípio do discurso possui, ainda, certas funções. Deverá escolher contribuições e temas, de modo a que os resultados têm “a seu favor a suposição da aceitabilidade racional”¹²³. Mas possui um outro sentido, um sentido prático de produzir “relações de entendimento”¹²⁴ que excluam a necessidade de violência. O tipo de argumento utilizado em política pode ter bases morais, sem dúvida, mas não precisa ter – o objetivo primordial é o de resolver questões problemáticas reais, em que soluções pragmáticas podem, sem qualquer erro, ser preferidas.

O cidadão autônomo, portanto, deve ser alguém autoconsciente, reflexivo, negociador, capaz de fala, de bem organizar os argumentos e de reconhecer a validade no argumento alheio. A formação de um tal cidadão não é simples, essas capacidades encerram valores que não são necessariamente comuns nas sociedades existentes. Há uma necessidade de defesa de tais valores para que as habilidades se firmem, tanto nas presentes quanto nas futuras gerações. Educar para a autonomia é um desafio que pode, facilmente, ser mal compreendido, confundindo com a educação para a virtude. São coisas diferentes, conforme passamos a argumentar.

A vitória dos ideais liberais em grande parte do mundo ocidental fez surgir uma questão nova. No Antigo Regime, o governo era destinado a poucas pessoas

¹²⁰ Idem, p. 156.

¹²¹ Idem, p.155.

¹²² Idem, p. 167.

¹²³ Idem, p. 190.

¹²⁴ Idem, ibidem.

dentro de uma ou duas classes sociais, apenas. A discussão a respeito das virtudes que deve ter um governante ficava adstrita à nobreza, que, apesar de privilégios imensos, tinha o dever de governar com vistas à proteção do povo¹²⁵. Havia toda uma ideologia daquela classe social, assentada sobre a aprendizagem e o exercício da virtude. Quando os regimes liberais tomam forma, porém, exige-se que camadas mais amplas da sociedade detenham e se comportem de maneira virtuosa, que passa a ser adjetivada como republicana. Os cidadãos devem ser treinados nesse comportamento reto, que envolve coragem militar, amor à pátria, laicidade, igualitarismo, construção de uma vida economicamente produtiva, dentre tantos outros valores¹²⁶.

República não é um conceito unívoco, ela é uma construção histórica. Para Aristóteles, em sua clássica tipologia das formas de governo, república pode ser considerada, no sentido lato, como todo o tipo de governo que venha a ser empreendido por homens livres na busca do interesse comum (ou, no sentido estrito, o governo de muitos que busque o interesse comum). Excluem-se, então, todas as formas corrompidas, cujo governo é destinado aos interesses de poucos. Bobbio chama a atenção para o critério de distinção utilizado por Aristóteles entre formas puras (ou republicanas) e as formas impuras: o interesse comum. “A razão pela qual os indivíduos se reúnem em cidades – isso é, formam comunidades políticas – não é apenas a de viver em comum, mas viver bem (1252b e 1280b). Para que o objetivo da boa vida possa ser realizado, é necessário que os cidadãos visem ao interesse comum...”.¹²⁷ Note-se que, desde o início, a ideia de república liga-se a certa concepção virtuosa de vida em comum. E, lembremos, que a “boa vida” aristotélica não é uma vida qualquer – ela exige a busca do equilíbrio, do

¹²⁵ Ver, a respeito, LE ROUX, Nicolas; WREDE, Martin et al. **Noblesse oblige: identités et engagements aristocratiques à l'époque moderne**. Rennes: Presses universitaires, 2017.

¹²⁶ Em livro propedêutico, Régis Debray apresenta a complexidade da noção de República. Se, bem, respeitar a República é, em primeiro lugar, cumprir as leis, “O que é legal nem sempre é legítimo. Acima das leis, a Constituição. Acima do regulamento, a humanidade. Se te tornas comissária de polícia e recebes, um dia, a ordem de deportar budistas ou muçulmanos, debes demitir-te. A obediência republicana não é docilidade.” No original, “Ce qui est légal n'est pas toujours légitime. Au-dessus de la loi, il y a la Constitution. Au-dessus du règlement, il y a l'humanité. Si tu deviens commissaire de police et tu reçois un jour l'ordre de déporter les bouddhistes ou les musulmans, it te faudra démissionner. L'obéissance republicaine n'est pas docilité. DEBRAY, Régis. **La République expliquée à ma fille**. Paris: Seuil. 1998.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução de Sérgio Barth. 6 ed. Brasília: EdUnB, 1992. p. 58

treinamento para a virtude, de um viver continuamente reflexivo¹²⁸. A ligação entre virtude e republicanismo está dada. Nas palavras de Alain Renaut:

O que nós vemos surgir com Aristóteles, e que permanecerá em toda a tradição posterior que se reivindique republicana, é, então, essa questão da virtude republicana: como pensar em um governo republicano que não se preocupe com o interesse comum?¹²⁹.

Rousseau, por sua vez, reacende a questão da virtude republicana ao utilizar a ideia da vontade geral. Ela não é o somatório da vontade de todos, que possuem pensamentos autointeressados que, não necessariamente, a representa. A vontade de todos pode ser conduzida por paixões e interesses, enquanto a vontade geral seria aquela condizente ao bem comum. República e democracia, portanto, não coincidirão necessariamente, e isso apenas seria possível se os cidadãos forem bem educados¹³⁰ – e, por isso, ganha relevo no debate pós-revolucionário a preocupação com a educação dos cidadãos. Para tal fim, Rousseau escreve outro livro *Emílio ou da educação* que, no entender de muitos autores¹³¹, é um complemento do *Contrato social*. Apenas pessoas educadas na virtude, capazes de dominar seus sentimentos e apetites poderiam colocar o interesse geral sobre os seus próprios¹³².

Desenvolve-se uma verdadeira ideologia republicana, segundo a qual os interesses individuais devem ser, sempre, secundários em face dos interesses da república. Absolutamente lógica, apesar de desconcertante, é a visão militarista de república. Se as virtudes republicanas exigem desprendimento dos interesses

¹²⁸ Ver, a esse respeito, ARISTÓTELES. *A ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural: 1984.

¹²⁹ RENAUT, Alain. *Qu'est-ce qu'un peuple libre ?* Paris: Bernard Grasset, 2005, p. 88. Livre tradução. No original: "Ce que nous voyons ainsi apparaître avec Aristote, et que restera présent dans toute la tradition ultérieure se réclamant du republicanisme, c'est donc cette question de la vertu républicaine : comment faire qu'un gouvernement soit républicain et ne se soucie que de l'intérêt commun?"

¹³⁰ É interessante notar que, apesar de toda a aparência dessas frases, Rousseau não defende uma visão elitista de sociedade. A educação que defende não é, apenas, acrescentar conhecimentos científicos – é, sobretudo, treinar paixões e tendências, para que elas sejam direcionadas produtivamente. Não necessariamente o rico é o mais capaz de frear suas paixões, ao contrário. V. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Émile, ou de l'éducation*. Edição anotada por Gilbert Py. Paris: Larrousse, 2013.

¹³¹ Como o citado RENAUT, Alain. *op. cit.*, p. 92.

¹³² É certo que as diferenças entre o pensamento de Aristóteles e de Rousseau, sobre política, é muito grande. Mas não deixa de ser curiosa a identidade de objetivo entre esses dois livros, *A Ética a Nicômaco*, de Aristóteles e *Emílio ou da Educação*, de Rousseau. Isso evidencia a importância que os dois autores deram à educação das novas gerações, mostrando o papel central que a virtude ocupa nos dois sistemas de pensamento político.

individuais para realizar o bem da nação, qual a profissão que tem por objeto a defesa da mesma, sem exaltações pessoais? A militar. Há toda uma proximidade histórica entre a República e militarismo, proximidade que, surpreendentemente, remonta a Aristóteles¹³³, mas que se externa em muitos momentos da história, como em Bonaparte¹³⁴, e mesmo em nosso país. Os militares são vistos, por muitos, como o depósito das virtudes cívicas, do amor desinteressado pela pátria. Isso, ainda em nossos dias, mesmo depois da ditadura vivida por mais de vinte anos.

Apresentada a “arqueologia” da noção tradicional de república, torna-se possível apresentar o perigo que antes enunciamos. Como vimos, o cidadão autônomo, sujeito da democracia, é antinatural, e deve ser educado para o exercício de certas habilidades, formadoras do discurso e viabilizadoras da própria democracia. Pois bem, o cidadão republicano também é antinatural, devendo ser educado para certas habilidades. E eis o perigo: confundirmos as duas noções, os dois objetivos.

Uma educação liberal para a democracia importa em uma radical neutralidade a respeito dos fins da vida. Importa compreender que a vida em comum exige um mínimo de consenso. Quanto mais exigente for esse consenso, um menor número de pessoas concordará com os princípios de justiça comuns, enfraquecendo a sociedade. Ao defender que a vida humana deve ser economicamente produtiva, por exemplo, o educador apresenta uma visão ampla de mundo – visão ampla com a qual, a propósito, concordamos. Mas que ultrapassa o mínimo que, como vimos, é defendido por Rawls – e que exclui muitas visões abrangentes de mundo que são razoáveis. O mesmo poderíamos dizer do nacionalismo, do civismo, da educação para o militarismo e, até, da proibição do uso de símbolos religiosos ostensivos em escolas públicas, assunto que, na França, tem sido muito debatido.

¹³³ RENAUT, Alain. *op. cit.* p. 93 e ss.

¹³⁴ A esse respeito, o livro de DEBRAY, Régis. **Le code et le glaive**. Paris: Fondation Marcel-Bloch, 1999. Nele, o autor apresenta a ideia segundo a qual o civismo republicano é um militarismo, já que o povo legislador é o mesmo que defende seus valores. E que a igualdade dos cidadãos ante à lei é corolário da igualdade dos cidadãos ante a morte. E é por isso que o republicanismo exige conscrição militar obrigatória, e entende, ainda o autor, que a falta da obrigatoriedade atinge a república de morte. Adiante, no livro, defende que essa é, inclusive, um obstáculo ao aprofundamento do projeto de União Europeia.

Está-se afirmando que o republicanismo clássico, nascido em Aristóteles, desenvolvido em Cícero e em Rousseau, consolidado no período pós-revolucionário é incompatível com o liberalismo? Incompatível, não, pois se trata de uma visão de mundo abrangente e razoável, capaz de conviver em harmonia com outras concepções abrangentes e razoáveis. Mas há um perigo claro à liberdade quando, no poder, tenta-se impor uma visão clássica de republicanismo à população, sobretudo nas escolas.

O problema pode parecer abstrato, mas não o é. A vontade geral de Rousseau é algo nem sempre acessível para as pessoas, podendo estar escondida, sendo conhecida apenas por aqueles que são iniciados, educados na virtude. Há, parece-nos, uma espécie de versão civil de uma moralidade religiosa. Se levada a extremos (como já o foi, na história, muitas vezes), haverá a exclusão de grupos que não concordam com os valores republicanos. Alain Renaut defende, inclusive, que o tipo de republicanismo praticado na França mais se aproxima do comunitarismo do que do liberalismo¹³⁵ – afirmação extrema, mas bastante viável argumentativamente. Ou, em suas palavras, a tentativa de criar uma unidade social pode gerar:

A tentação pode ser forte de considerar que o melhor meio de consegui-la é fazer-nos esquecer, ao menos no espaço público, nossas diferenças (de interesses, de cultura, de crenças, gêneros ou de costumes) e, assim fazendo, nos homogeneizar, moldar as consciências de tal maneira que nós sejamos, no senso próprio, “todos por um”. É nesse caminho que encontramos o modelo classicamente republicano da virtude, que significa, na pior hipótese, colocar no pelourinho o não virtuoso ou a exclusão do “diferente” e, na melhor, relegar tudo o que nos distingue ao domínio privado.¹³⁶

A educação dos cidadãos para o exercício da democracia deve permitir a maior diversidade possível de concepções amplas a respeito do bem, usando a

¹³⁵ RENAUT, Alain. *op. cit.* p. 22.

¹³⁶ Idem, p. 141. Livre tradução. No original: “La tentation peut être forte de considérer que le meilleur moyen d’y parvenir consisterait à nous faire oublier, au moins dans le espace publique, nos différences (d’intérêts, de culture, de croyances, de conditions, de genres ou de mœurs) et, pour ce faire, de nous homogénéiser, de façonner les consciences de telle façon que nous soyons, au sens propre, « tous pour un ». C’est sure que cette voie que nous rencontrons le modèle classiquement républicain de la vertu, qui implique, au pire, entre autres conséquences, la mise au pilori du non-vertueux ou l’exclusion du « différent », au mieux la relégation tout ce qui nous distingue dans la seule sphère privée.”

terminologia rawlsiana. Ou seja, deve se dar sobre consensos mínimos e sobre habilidades amplas.

Em primeiro lugar, educação à tolerância. Conviver com o outro em uma sociedade colaborativa pode ser difícil, se o outro for muito diferente. As escolas, os meios de comunicação, os formadores de opinião devemos, todos, ressaltar o valor da tolerância. Sem dúvida, uma tolerância passiva (*live and let live* – vida e deixe viver). Mas também, uma tolerância ativa, que ouve o outro e contra-argumenta, é capaz de ceder e de firmar compromissos que, uma vez firmados, sejam cumpridos. Que não ridiculariza o adversário político, que renuncia aos ataques pessoais, com argumentos não típicos da justiça política.

Em segundo lugar, a importância da prevalência dos direitos fundamentais. Seja por argumentos essencialistas, voltados à dignidade da pessoa humana, seja por argumentos procedimentais (como já vimos), uma sociedade democrática compreende a exata importância da prevalência dos direitos fundamentais. E não os relativiza ao primeiro grito de “bem comum” – os cidadãos que colaboram em uma sociedade equitativa devem ser protegidos contra o arbítrio, a exclusão social e contra a degradação ecológica. Veja-se que o conhecimento e a defesa dos direitos fundamentais importa o treinamento da empatia e, isso só, já envolve um sem número de esforços.

Em terceiro lugar e, por fim, o exercício da democracia exigirá, da pessoa autônoma, o domínio do discurso. Compreender a fala do outro, hierarquizar preferências, interesses e valores, expressá-los de maneira exata que permita uma colaboração na formação de alguma política pública são habilidades difíceis e que não são comuns. Expressar sentimentos e convicções de forma discursiva não é fácil, e é cansativo. Aprender a fazê-lo já é tarefa suficiente para uma vida escolar.

Para que uma sociedade seja democrática, os cidadãos deverão compreender que a convivência entre pessoas diferentes é difícil, e que raramente pode ser explicada no maniqueísmo do bem/mal. Que mesmo meu pior inimigo deve gozar do mais amplo esquema de liberdades fundamentais invioláveis, o que significa dizer que a simples referência a termos tais como “interesse público”, “bem comum”, “proporcionalidade” ou “proteção deficiente” não pode superá-lo. Para que esses direitos fundamentais cedam, outros direitos com peso

verdadeiramente superior devem ser longamente argumentados. O homem autônomo não pode vencer seu adversário a qualquer custo.

Façamos, agora, um exercício mental hipotético. Suponhamos que tenhamos uma sociedade composta de pessoas autônomas, e que nessa sociedade as liberdades públicas e os direitos fundamentais liberais sejam verdadeiramente respeitados. Só isso já seria uma grande realização, diga-se de passagem. Mas tal seria suficiente para que o debate público fosse legitimador do direito? Debruçamo-nos sobre a questão em nosso *Legitimação política democrática e autonomia*, do qual extraímos a centralidade dos argumentos que se seguem.

Para que a decisão do cidadão autônomo seja, verdadeiramente, legitimadora do direito, são úteis duas outras realidades. Em primeiro lugar, o gozo efetivo de condições de vida materialmente garantidas. Em segundo, o direito à informação dada com boa-fé¹³⁷.

O gozo de condições de vida materialmente garantidas faz parte do conjunto de direitos fundamentais que já foram, previamente, expostos. Pouco se fala de direitos sociais¹³⁸, porém, quando o assunto é democracia; vêm-nos à lembrança os direitos liberais, apenas. Quando o ideário democrático chega a países de população mais pobre¹³⁹, porém, a questão torna-se muito importante – pode haver democracia em um país em que vasta parcela social luta pela sobrevivência? Apressamo-nos a responder que sim, que a saída jamais será a de negar o direito de voto às pessoas acometidas pela miséria. Mas é inegável que a pobreza extrema não é compatível com as capacidades de reflexão e de discurso que expusemos. Uma sociedade que se pretenda democrática deve ter, dentre suas principais preocupações, a erradicação da pobreza e da miséria, conforme indica a CRFB no art. 3º, III. Ao fazê-lo, nossa constituição é normativa, dizendo que o tipo de dignidade preconizada afasta a vida miserável.

¹³⁷ SALDANHA, Leonardo. *op. cit.*, p. 83 e ss.

¹³⁸ O que era uma preocupação de Rawls, com lembra WEBER, Thadeu: A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. *Kriterion*, v. 127, p. 197-210, Jun./2013.

¹³⁹ Jürgen Habermas refere que a globalização coloca em xeque a realização dos direitos sociais mesmo em sociedades ricas, como a alemã, o que pode ter efeitos sobre a legitimação democrática. v. HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 99.

A realização dos direitos sociais é bastante complexa, e todos os direitos possuem uma finalidade na construção da vida digna, o que impede qualquer hierarquização entre eles. Ainda assim, apontamos que os direitos à alimentação, à moradia e à alfabetização são os que mais contribuem na melhoria das condições para uma vida autônoma¹⁴⁰.

A segunda das características úteis para que uma decisão pública seja legitimada e fonte de legitimação é o acesso a informações dadas com boa-fé. Inegável a importante função que desempenha a mídia em um regime democrático, sobretudo quando se trata de um país imenso – o indivíduo que decidirá muitas vezes terá contato com fatos úteis para tal decisão apenas pela mídia, sem nenhum contato com os fatos em si. Nas palavras de Giovani Sartori, “diríamos que o mundo é – para o público em geral – a mensagem dos meios de comunicação”.¹⁴¹ Tal mensagem é, portanto, de fundamental importância para que a autonomia seja uma empreitada viável, não apenas uma quimera ou um discurso.

O que significa uma informação dada com boa-fé? Em primeiro lugar, não se trata de informação isenta, imparcial. Qualquer fato que seja visto, interpretado e contado leva consigo a personalidade do narrador, de como ele (ou como seu empregador) vê o mundo. Assim, qualquer narrativa é parcial, ainda mais quando o tema da mesma é político. O que parece uma virtude para um jornalista será vício para outro, e assim é o mundo. Se a imparcialidade fosse possível, nosso problema estaria resolvido – bastaria afirmar que a imprensa deve ser imparcial.

O cidadão autônomo deve ter, portanto, o mais direto acesso às preferências ideológicas dos donos do meio de comunicação, dos jornalistas e, sobretudo, conhecimento de quem são os anunciantes que mantêm economicamente vivo¹⁴² o meio de comunicação social. Nada há de errado que o meio de comunicação divulgue seus apoios, ao contrário. A transparência a respeito das preferências políticas daqueles que fazem os jornais é o que permitirá

¹⁴⁰ WEBER, Thadeu, *op. cit.*, p. 89.

¹⁴¹ SARTORI, Giovani. **Homo videns: la sociedad teledirigida**. Tradução para o espanhol de Ana Días Soler. Madrid: Taurus, 1998.

¹⁴² “Se a mídia, em vez de fazer parte do mundo da multidão, portanto, do espaço public, vier a abandoná-lo para se tornar, antes de tudo, empresa econômica cuja política é comandada pelo dinheiro ou pela defesa dos interesses do Estado, a democracia ficará privada de voz.” TOURAINE, Alain. *op. cit.*, p. 206.

ao leitor conhecer várias opiniões sobre o mesmo assunto e construir a sua opinião, autônoma como deve ser.¹⁴³

Encaminhando o final desta digressão, há algo que não se pode esquecer. Cada meio de comunicação social terá, como se viu, sua própria análise dos fatos. Não se trata de um direito, apenas, mas de uma narrativa descritiva, que se dá independentemente do que quer que seja. Mas, por outro lado, bem nos esclarece Konrad Hesse¹⁴⁴ que a mentira não está no espectro da opinião. A liberdade de expressão não abrange a mentira, a mentira não é juridicamente protegida quando se transveste de artigo jornalístico, por exemplo.

A figura do cidadão autônomo é, como se quis mostrar nesta parte, um dos mitos sobre o qual se assenta a democracia. Mito exigente, que depende tanto de um esforço individual quanto de uma salvaguarda social e, portanto, jurídica. Desse mito, porém, não podemos prescindir. Se boa parte das pretensões da ciência política moderna está ligada ao projeto de autogoverno, a ideia de autonomia do cidadão segue central. Mas um tal cidadão não pode ser um herói, um “Hércules Republicano”, dotado de virtudes finalísticas. Deve ser ciente de suas preferências, capaz de as expor, de negociar projetos de colaboração a longo prazo com pessoas que, apesar de igualmente autônomas, pouco concordem com ele em termos de virtudes. E isso é, para a democracia, algo positivo – para que a verdade política, relativa, seja mais perfeita, é fundamental que diversos sejam os pontos de vista.

¹⁴³ SALDANHA, Leonardo. *op. cit.*, p. 93, com base em afirmações de Robert Dahl, Giovanni Sartori, Alain Touraine, entre outros.

¹⁴⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 304.

2 A REALIZAÇÃO DOS VALORES DEMOCRÁTICOS

A democracia assenta-se sobre uma série de valores. Alguns deles foram apresentados no capítulo anterior, aqueles que indicamos como os mais importantes para que uma cultura democrática fosse desenvolvida, resultando em um regime político democrático. Uma visão relativa sobre a verdade política, que será deliberada publicamente por cidadãos autônomos, livres e iguais, gerará um direito legítimo, limitado pelos direitos fundamentais.

Ocorre que, como valores políticos, estes também são ideais. Não existem de forma plena em sociedade alguma, mas é necessário que sejam reconhecidos como valiosos¹⁴⁵. A grande batalha pela democracia é travada na sociedade, já que visões de organização comum contrárias à democrática são racionais e disputam, continuamente, espaço político. A igualdade política, por exemplo, resulta de uma convicção fundadora que é artificial – a natureza esparrama as desigualdades humanas ante nossos olhos. É uma certa vontade organizadora e racional que diz: apesar de todas as evidências, queremos que a vida civil assente-se sobre o princípio da igualdade política, já que todos seremos atingidos pelas decisões que serão tomadas em conjunto¹⁴⁶. Essa vontade só prevalecerá se houver uma vitória ideológica sustentada no tempo a respeito do valor da igualdade política. Se a sociedade não tiver por majoritários os valores democráticos, de nada adianta tentar impor a democracia¹⁴⁷ como processo de tomada de decisões.

A percepção social de serem valiosos os princípios democráticos é o pressuposto necessário à institucionalização da democracia, mas, nem de longe, sua condição suficiente. A institucionalização democrática é um problema de outra natureza. É a resposta à questão de como criar instituições de debate e de tomada de decisões que permitam o maior desenvolvimento dos valores democráticos, com os quais, idealmente, concordamos. De como criar espaços de deliberação em que pessoas autônomas, livres e iguais possam participar na autoimposição de um direito que seja legítimo, com a garantia de direitos fundamentais.

¹⁴⁵ CASTELLS. Manuel. *Op. cit.*, p. 12: “Porque a força e a estabilidade das instituições dependem de sua vigência na mente das pessoas”.

¹⁴⁶ Para uma narrativa do processo de surgimento da igualdade política, ver ROSANVALLON, Pierre. **La société des égaux**. Paris: Seuil, 2011, especialmente das páginas 55 a 72.

¹⁴⁷ v. HIBBING, John R.; THEISS-MORSE, Elisabeth. **Stealth Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 6.

A criação de instituições democráticas eficientes fará com que os valores democráticos se fortaleçam na sociedade. Trata-se, portanto, de uma relação direta: a confiança nos meios democráticos de solução de controvérsias e de criação de direito legítimo fará com que os valores se fortaleçam, com a correspondente inclusão do indivíduo. Diz Pierre Rosanvallon: “A legitimidade democrática produz um movimento de adesão dos cidadãos indissociável de um sentimento de autovalorização.”¹⁴⁸ Em outras palavras: crença e instituições democráticas se auto alimentam.

O presente capítulo trata das modalidades de institucionalização dos valores democráticos. Díficil tarefa, a de dar vida a princípios abstratos, o que explica grande parte das críticas que as democracias reais recebem, como a de não serem fiéis à ideia-motriz. O capítulo se desenvolve sob essa chave interpretativa – ainda não se tem, e possivelmente seja impossível ter, uma institucionalização perfeita dos princípios democráticos. São princípios exigentes, que sempre podem demandar da realidade um aprimoramento, uma maior entrega. Tentaremos fugir das explicações que simplesmente indicam, por exemplo, a falta de confiança dos eleitores nos eleitos; admitimos, desde já, a dificuldade da empreitada de institucionalizar a democracia, o que faz com que constatem a citada falta de confiança como resultado de uma realidade ampla, em que a dificuldade de institucionalização participa. Muitas são as realizações que os princípios democráticos podem tomar, em cada local e em cada época, e essa multiplicidade é alvissareira.

Na primeira parte deste capítulo apresentaremos as concretizações da democracia mais consolidadas no ocidente¹⁴⁹, dentre as quais os Parlamentos ocupam posição de destaque. As instituições democráticas evidentes (e mais antigas) são as assembleias em que os cidadãos podem, diretamente, manifestar-se. Ao tomarem proporções nacionais, porém, as assembleias tornam-se representativas, fazendo surgir, exatamente, o problema da representação, hoje

¹⁴⁸ ROSANVALLON, Pierre. **La légitimité démocratique**. Paris: Seuil, 2008. Livre tradução. No original, p. 21: “La légitimité démocratique produit un mouvement d’adhésion des citoyens indissociable d’un sentiment de valorisation d’eux-mêmes.”

¹⁴⁹ Usaremos, para tanto, a classificação feita por Pierre Rosanvallon em toda sua obra, especialmente no livro *La légitimité démocratique* e no curso dado no Colégio de França em 2007 / 2008, intitulado “As metamorfoses da legitimidade”, disponível em: <https://www.college-de-france.fr/site/pierre-rosanvallon/course-2007-2008.htm>, Acesso em: 21 dez 2017.

chamado de crise da democracia representativa. Argumentaremos que a palavra “crise” talvez não seja a mais adequada ao fenômeno, já que o processo de representação política assenta-se sobre ficções, nunca tendo sido, verdadeiramente, completamente aceito. Ainda que parlamentos plurais tenham tido destaque em momentos da sociedade industrial, nem mesmo nela a ideia de representação política foi incontestada. Veremos, ainda, que a administração pública racional, identificada com o interesse público, encarna parte do ideário democrático, o que também fazem os juízes e tribunais constitucionais no período pós-segunda grande-guerra. Em destaque, a ideia de que nem só a eleição traz legitimidade democrática, apesar de constituir-se, indubitavelmente, no momento em que com maior clareza se visualiza a igualdade política.

A segunda parte do capítulo será dedicada às mudanças que se podem verificar no processo de legitimação democrática a partir dos anos 1980. Argumentar-se-á que há uma mudança sensível no mundo econômico e do trabalho que faz com que características pessoais sejam destacadas como virtuosas no processo produtivo. A educação passa a ser voltada à diferenciação, à especificidade, o que faz com ganhem importância novos tipos de legitimidade e de instituições¹⁵⁰ na realização da democracia. A chamada legitimidade por proximidade, por exemplo, assenta-se na atenção aos dados políticos de cada comunidade, mesmo de cada cidadão, tendo sido umas das chaves do discurso político contemporâneo. Da mesma maneira, há uma boa opinião popular a respeito de institutos de democracia participativa, mesmo direta – ainda que, muito frequentemente, o cidadão que elogia o instituto não participe da sua prática diária. Por fim, argumentar-se-á que o referendo local é um dos institutos adequados a esse novo momento da legitimação democrática, possuindo uma série de virtudes comparativas e uma potencialidade ainda não explorada em muitos ordenamentos jurídicos, especialmente no brasileiro. Com isso não se estará, por certo, defendendo o referendo como o mais importante instituto da democracia para o século XXI – é certo que ele não é. O que se buscará é a evidência da

¹⁵⁰ Ralf Dahrendorf discute a importância da construção de novas instituições em virtude do avanço do tempo e das características das pessoas. v. DAHRENDORF, Ralf. **A lei e a ordem**. Tradução de Tâmara D. Barile. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997, p. 103 e ss.

utilidade do instituto no processo de legitimação democrática e de inclusão desse novo cidadão.

2.1 A “crise” contínua da institucionalização democrática, especialmente (mas não apenas) da democracia representativa.

A principal instituição democrática é, por toda a parte, uma assembleia de cidadãos eleitos para a atividade de representar seus eleitores na tomada das mais centrais decisões políticas da comunidade. A importância dos parlamentos para o desenvolvimento das sociedades ocidentais nos últimos séculos é tão grande que sua existência e suas principais regras são percebidas como naturais e evidentes em si, ao ponto de a demonstração de algum “perigo” a essa instituição, como, por exemplo, a existência de altos índices de abstenção, ser vista como uma ameaça à própria democracia. A primazia dos parlamentos na paisagem constitucional democrática não pode nos fazer esquecer que sua formatação atual é relativamente recente e se assenta sobre uma série de acordos políticos os quais encerram contradições que dão causa a muitas das críticas feitas à democracia representativa.

A fonte mais antiga da legitimação política não é a votação, mas a aclamação por unanimidade. Nas cidades antigas a participação tinha a ver mais com o pertencimento a uma comunidade do que com a possível defesa de um ponto de vista divergente (como pensamos hoje)¹⁵¹. O que importava era demonstrar apoio e pertencimento – o Senado Romano era um (uno) com o povo, não era representante do povo, nem seu delegado; era o povo, ele mesmo, e esse é o significado da famosa fórmula SPQR¹⁵². Rituais de unanimidade eram comuns tanto em Roma quanto no mundo germânico, onde a massa poderia manifestar-se favoravelmente ao comandante, aclamando, ou contrariamente, por meio de murmúrios desconfiados. De qualquer maneira, nunca se tratava de uma expressão individual, sempre a expressão era coletiva, mostrando a unidade política e o sentido de pertencimento¹⁵³. É curioso que a palavra *kin* signifique povo ou tribo nas línguas germânicas, palavra que deu origem a variantes da palavra rei. Há uma identidade entre povo, governo e pertencimento.

¹⁵¹ ROSANVALLON, Pierre. *La légitimité démocratique*, p. 34.

¹⁵² *Senatus populusque romanus*.

¹⁵³ *Idem*, p. 36.

O primado da religião cristã no ocidente, a partir do século IV, não fez como que essa tradição fosse superada. O cristianismo, como doutrina, possui uma dupla aproximação em relação ao dissenso. Por um lado é na doutrina cristã que se encontra a primeira elaboração completa do individualismo – cada um é responsável pelo destino de sua alma imortal e, por isso deve, na terra, professar a fé e resistir a ordens ímpias. O conteúdo objetor (e, mesmo, revolucionário) de tal doutrina é imenso, e é a base do poder que a Igreja manteve durante toda a idade média, e, mesmo, além – não há poder legítimo que possa ser ímpio¹⁵⁴. Por outro lado, o cristianismo reforça a ideia de unanimidade ao defender o caráter único da verdade, que é revelada a apenas alguns¹⁵⁵. Exatamente aqueles que são responsáveis pela manutenção da integridade da doutrina.

Foi no âmbito da Igreja, especialmente no das ordens religiosas, que surgiu a ideia de deliberação por maioria, sendo relevante a constituição dos Dominicanos de 1221¹⁵⁶. A regra, porém, nunca possuiu a função de resolver conflitos entre duas visões diametralmente opostas de mundo, como ela possui hoje. Floresceu em ambiente dotado de um consenso subjacente extremamente forte, servindo, sobretudo, para marcar o caráter de membro que cada religioso possuía¹⁵⁷. Reconhece no outro a igualdade, exatamente ao reconhecer o voto. Eis a função. Mas os dissensos são raros já que se trata de uma comunidade ideologicamente homogênea e com finalidades transcendentais.

A ideia segundo a qual a unanimidade é o verdadeiro critério de decisão política permanece viva em muitos discursos recentes, inclusive democráticos. A crítica à atuação dos partidos políticos que diz que cada um persegue seus interesses, e não os da Nação, é um exemplo – o que seriam os interesses da Nação? Quais são os interesses comuns e superiores aos da maioria? Difícil determinar. Mas é claro que é no campo do pensamento autoritário que o ideal da unanimidade floresce. O nazismo e o fascismo criticaram a democracia por afirmar

¹⁵⁴ Devemos essa reflexão a ZARKA, Yves Charles. **L'autre voie de la subjectivité**. Paris: Beauchesne, 2001. Lembremos, estupefatos pela passagem do tempo, que a ideia nos foi apresentada em curso que o autor proferiu no Campus do Vale da UFRGS no ano de 1996.

¹⁵⁵ Ao menos durante a chamada Alta Idade Média, em que prevaleceram as ideias de Santo Agostinho. O questionamento a respeito do acesso à verdade por meio da graça ou da razão está na base dos movimentos de reforma e de contrarreforma sendo um dos grandes temas da teologia.

¹⁵⁶ ROSANVALLON, *op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁷ ROSANVALLON, Pierre. **La société de égaux**, p. 64.

que ela promoveria a divisão de um povo que deveria unir-se¹⁵⁸ em torno da nacionalidade e contra os inimigos externos e internos; a ditadura brasileira teve, em certo momento, o lema “Brasil: ame ou deixe-o”, afirmando a necessidade da ação cívica contra os dissidentes; o comunismo real afirmou que todo o mal seria extirpado com o fim da classe proprietária. Mesmo sob uma democracia, duas das ideologias políticas principais sonham com a unanimidade. Os liberais do ponto de vista econômico sonham com o momento em que todos possam trabalhar e produzir livremente, sem os entraves que traz a ideia de luta de classes, entendida como falsa e que falsamente divide os homens. O socialismo, por sua vez, tem argumento estruturalmente idêntico. Afirmando que o reino da paz e da felicidade se estabelecerá quando os homens tiverem, todos, as mesmas condições econômicas, quando desaparecer a exploração do homem pelo homem!¹⁵⁹ Ao contrário do que possa parecer evidente, o discurso da unanimidade não desapareceu da prática política e influencia argumentos de muitas origens.

Hoje temos por certo, porém, que a ideia de unanimidade é impossível dentro de uma assembleia qualquer que reúna pessoas voltadas à discussão em uma sociedade que seja pluralista. A democracia funciona, como vimos, baseada neste pressuposto – não há verdades políticas absolutas, as decisões são construídas em um processo dialógico para o qual a diferença de vivências é muito importante. É possível, apesar de raro, construir uma posição política negociada que seja subscrita pela unanimidade das posições. Em um parlamento plural, em que estão representadas posições de uma sociedade diferenciada, a regra da maioria desempenhará um papel central.

Foi na Assembleia Nacional, logo após a Revolução Francesa, que o uso da maioria popularizou-se como meio de solução de controvérsias. Foi o abade de Siéyès que a teorizou. O autor já não partilhava da visão comunitarista do social, segundo a qual haveria um único bem comum possível, mas crê em uma construção individualista do mundo compartilhado – o que leva, necessariamente, ao dissenso¹⁶⁰. Entre homens livres e iguais, não haverá melhor opinião, mais forte

¹⁵⁸ ROSANVALLON, Pierre. **Les methamorphoses de la légitimité**. Disponível em: <https://www.college-de-france.fr/site/pierre-rosanvallon/course-2007-2008.htm>, Acesso em: 22 dez. 2017.

¹⁵⁹ ROSANVALLON, Pierre. **La légitimité démocratique**, p. 54.

¹⁶⁰ Idem, p. 44.

ou fundamentada – o único critério que pode equalizar autonomia e formação do direito é a maioria. Siéyès defende que homens livres e iguais só podem se associar em virtude de uma vontade unânime – a partir daí, porém, a maioria poderia ser equivalente à unanimidade. Essa ficção se funda no reconhecimento racional e necessário de todos de que a unanimidade sobre todas as questões políticas a serem tratadas é impossível, e de que a comunidade política não pode ser paralisada em busca de uma unanimidade ideal. Assim, os membros da comunidade aceitam que a maioria valha pela unanimidade¹⁶¹.

O surgimento da regra da maioria tem, portanto, uma natureza prática e procedimental – existe uma comunidade política que precisa governar-se, dar-se normas e avançar. E essa sociedade é individualista e plural. Como resolver essa equação sem recorrer a uma entidade divina ou a uma visão aristocrática de mundo? Pelo uso da regra da maioria. A escolha parece-nos, sob todos os aspectos, racional. Ocorre que, com o tempo, há uma tendência à naturalização da regra da maioria, como se ela realmente fundasse um consenso social firme. E isso pode acontecer, ou não, dependendo de uma série de fatores.

Há de se ter consciência, por exemplo, de que a regra da maioria não converte a minoria¹⁶². Vence-a, procedimentalmente, mas não a converte. Ou seja, a resistência à norma segue presente na sociedade ou no parlamento, gerando desconfortos. Caso a minoria perceba que sempre é derrotada e que a maioria não está aberta a negociar, invariavelmente impondo suas visões de mundo por meio do número, é bastante comum que surja um perigo institucional – ainda mais se a minoria o é por poucos votos. A pretensão da minoria é tornar-se maioria¹⁶³ – se essa pretensão não lhe parecer viável no médio prazo, a própria regra corre risco.

A adoção da regra da maioria não acaba com as pretensões aristocráticas, no mesmo sentido. Por motivos os mais diversos, muitas vezes relacionados com a maior formação acadêmica, muitos atores sociais importantes não abraçam a regra da maioria com entusiasmo, exatamente por crerem que suas posições são as melhores. Já tratamos desse fenômeno na primeira parte do capítulo anterior, ao discutirmos a igualdade política – e ele adota as mais diferentes roupagens na

¹⁶¹ Idem, p. 45.

¹⁶² A regra da maioria não é benéfica a todos. v. HÖFFE, Otfried. *op. cit.*, p. 11.

¹⁶³ A ausência de tal perspectiva é grave perigo à democracia. V. TOURAINE, Alain. *op. cit.*, p. 29.

história, sendo uma das mais novas a chamada “epistocracia”, ou seja, o governo do conhecimento. Alexandre Viala identifica no início do período presidencial de Emmanuel Macron, na França, traços desse fenômeno¹⁶⁴. Segundo o autor, nada há de essencialmente novo na epistocracia – ela remonta a Platão, ao mandarinato chinês e, na França, a Saint-Simon que defendia, no início do século XIX, que o governo fosse confiado a cientistas. Macron fez isso em diversas pastas ministeriais, tais como as da Justiça e da Educação, entregues a técnicos com pouca experiência política. Quando era Ministro da Economia, o atual Presidente afirmou que só há uma política econômica possível: “a outra política, aquela que não se insere no paradigma liberal que impõe a Comissão de Bruxelas aos países membros da União Europeia seria uma ilusão.”¹⁶⁵ A “outra política” é identificada como erro científico, que só poderia ser adotada irracionalmente. “Tudo se passa como se o poder fosse capaz de adotar as *boas decisões*, fundadas na Razão. Essa ilusão cognitivista – na qual a política seria o meio de conhecer a resposta verdadeira – é o motor do ideal epistocrático”¹⁶⁶. A pretensão é a de superar a divisão da sociedade, tida por artificial. A ciência seria capaz de reestabelecer a unidade perdida quando a Idade Moderna se instalou, trazendo a paz social pretendida¹⁶⁷.

Aqui, a regra da maioria revela outra fragilidade, que é a dificuldade de adesão por parte dos mais “cultivados”. Haveria um governo correto, racional, científico que nos conduziria a uma maior felicidade. Não o adotar seria uma questão de erro científico, não de escolha livre. Os inimigos da política “racional”

¹⁶⁴ VIALA, Alexandre. **Le macronisme ou le spectre de l'épistocratie**. in Le Monde (jornal), 18 de outubro de 2017. Disponível em: http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/10/18/le-macronisme-ou-le-spectre-de-l-epistocratie_5202341_3232.html#bVYxROFPtxRQq36C.99. Acesso em: 20 dez. 2017.

¹⁶⁵ Idem. Livre tradução. No original: “l'autre politique, celle qui ne s'inscrit pas dans le paradigme ordo-libéral qu'impose la Commission de Bruxelles aux pays membres de l'Union européenne, était une illusion”

¹⁶⁶ Idem. Livre tradução. No original: “Tout se passe comme si le pouvoir était capable d'adopter les « bonnes décisions », cautionnées par la Raison. Cette illusion cognitiviste – aux termes de laquelle le politique serait en mesure de connaître la réponse juste – est le moteur de l'idéal épistocratique”

¹⁶⁷ A mesma estrutura de raciocínio se pode identificar em artigo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso à edição brasileira do jornal “El País”. Após afirmar que seus adversários políticos são irracionais, questiona a capacidade do povo brasileiro para o voto: “Será que o Bolsa Família (que se originou em governos anteriores e sem tanto alarde) foi suficiente para amortecer a consciência popular e fazer crer que a esperança em dias melhores se contenta com migalhas?” CARDOSO, Fernando Henrique. **Ainda há tempo?** Jornal digital El País, 7 de janeiro de 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/07/opinion/1515283787_983109.html. Acesso em: 9 jan. 2018.

são taxados de populistas, de sonhadores, de oportunistas. Reforça-se o argumentado – a regra da maioria é, apenas, uma regra procedimental. Sua adoção essencialista significaria afirmar que sempre a decisão majoritária seria “a melhor”, o que contraria o valor democrático da relatividade da verdade. A defesa de serem melhores os argumentos derrotados mostra uma deriva aristocrática, sem dúvida, uma saudade do despotismo esclarecido¹⁶⁸.

A regra da maioria pode ser usada de forma “abusiva”, também, atingindo exatamente o que se propõe a defender – a sociedade pluralista. Isso ocorre com frequência variável, sobretudo nos parlamentos. Governos que possuam uma maioria consolidada e que pretendam aprovar uma lei ou uma política raramente ouvem a oposição, agredindo a essência mesma do processo legislativo, que objetiva construir uma lei de mais fácil aceitação.

Uma outra questão é a representação enquanto identidade. O sistema representativo se funda na possibilidade de confiança que o representado tenha para com o representante. A construção desse liame pareceu viável por vários motivos, quase todos ligados à consciência de classe social, constituída durante o século XIX e bastante clara durante o século XX, ao menos até os anos 1980¹⁶⁹. As mudanças nos processos produtivos que resultaram do uso de máquinas fizeram surgir uma nova desigualdade entre os homens, aquela que se dá entre os burgueses e os proletários. Já não se tratava da desigualdade advinda do nascimento ou da classe, tão arduamente combatida pela revolução francesa, mas uma desigualdade de outra natureza, que tinha a ver com a propriedade, ou não, dos meios de produção. O sonho do mundo comum, compartilhado por todos, adiou-se¹⁷⁰. Surgiram organizações políticas proletárias, muitas voltadas à

¹⁶⁸ VIALA, Alexandre. *op. Cit.*

¹⁶⁹ ROSANVALLON, Pierre. **La société des égaux**. *op. cit.*, p. 109 e ss.

¹⁷⁰ Pierre Rosanvallon cita um dos primeiros analistas franceses das condições vividas nas manufaturas inglesas, Charles Comte, que escreve em 1826. Contrário à escravidão, o autor se faz a seguinte pergunta: “Esses negros, que nos inspiram tanta pena, são tão infelizes quanto os brancos fechados em manufaturas em Manchester ou em Birmingham? Não, sua sorte não difere daquela dos negros pelo modo de venda dos indivíduos. Os negros são comprados de uma só vez. Os brancos recebem uma pequena quantidade do capital que deveriam valer. Os primeiros são sob a dependência de donos que têm o interesse em sua conservação. Os segundos podem morrer, sem que ninguém levante a voz em sua defesa, na causa da humanidade, apenas por serem livres. Todos são igualmente escravos, fixados no solo que os sustenta. Os negros trabalham no ar livre, os brancos em uma atmosfera pestilenta. Compramos uns, alugamos os outros. Não conseguimos apontar diferenças entre eles.” COMTE, Charles. **Traité de Legislation**. Paris, 1826, tome IV, *apud* ROSANVALLON, Pierre. *op. cit.*, p. 119–120.

revolução (como os partidos comunistas de inspiração marxista), outras que passaram a participar do jogo político democrático. Estes tinham um claro objetivo – construir leis e políticas que possibilitassem a superação dessa desigualdade tão marcada.

O certo é que, nesse processo de construção de uma nova igualdade, os representantes e os representados tinham lados claros, interesses comuns, facilitando a identificação entre eles. Apesar das mais diferentes nuances, a representação política parecia (apenas parecia) mais viável. Um representante dos proletários defenderá os interesses dos proletários – um dos proprietários, o interesse dos proprietários. Sempre houve uma forte consciência de classe a conter os representantes do povo, por um lado, e o perigo da revolução comunista a conter os representantes dos industriais, por outro. Essa “lealdade” de classe, apesar de nunca ser absoluta, dava uma certa previsibilidade ao sistema representativo, reforçando sua legitimidade.

A previsibilidade dos votos de um e de outro lado, bem como o temor que os proprietários tinham da força dos operários (e vice-versa), levaram, no tempo, à construção de uma série de acordos para viabilizar a convivência comum, a partir de interesses comuns. E, assim, a democracia representativa frutificou, gerando o Estado Social¹⁷¹, de modelo europeu, que se espalhou pelo mundo. Nele, uma organização burocrática estatal tributa os grandes lucros e redistribui a riqueza, algumas vezes de maneira direta (como na previdência social), outras por meio de serviços (como saúde, educação, moradia).

O Estado Social é um Estado capitalista, não pretende superar as contradições e injustiças do sistema. Mas sua adoção permitiu que se resgatasse a riqueza do discurso igualitário, uma das bases ideológicas das revoluções liberais, especialmente da Revolução Francesa. Uma sociedade em que os membros tinham acesso aos bens materiais e culturais de forma facilitada já não podia ser considerada tão dividida, tão injusta, tão desigual, o que contribuiu, no quartel final do século vinte, para que a clivagem social entre proprietários e proletários fosse

¹⁷¹ Idem, p. 227 e ss.

perdendo força¹⁷². Pessoas pertencentes a classes sociais outrora desconhecidas ou opostas passaram a perceber que podiam advogar causas novas, inéditas, causas que ultrapassavam a clivagem ideológica tradicional (a causa ecológica parece-nos o melhor exemplo, mas também é o caso das lutas identitárias)¹⁷³. De repente, eleitores identificados com uma corrente econômico-ideológica tradicional – direita ou esquerda, podem ser atraídos por argumentos completamente estranhos a essas correntes, e à economia, até mesmo. A representação política passa a ser mais complexa, a levar em conta um maior número de elementos, e uma decepção do representado com o representante passa a ser ainda mais viável.

As contradições estruturais da representação tornam-se mais visíveis no final do século vinte por esse e por outros motivos como, por exemplo, o fato histórico da derrocada dos regimes comunistas reais. Se a classe operária teve muita força durante os três quartos iniciais do século, isso muito se deveu à existência, então, de um modelo social e econômico alternativo ao das democracias liberais, modelo sempre ameaçador. O comunismo real ruiu no final dos anos 80 e início dos anos 90 do século passado, deixando de ameaçar as classes proprietárias. E isso fez com que os direitos sociais perdessem espaço dentro das sociedades – sem medo de perder tudo, por que o proprietário aceitaria perder um pouco?

A perda de legitimidade dos parlamentos aos olhos do povo é fenômeno reconhecido por grande parte dos autores que se dedicam à democracia¹⁷⁴. Há um discurso que identifica a perda de legitimidade à crise, o que não é falso. Aqui

¹⁷² Uma complexidade bastante maior se avizinhava: “As utopias clássicas traçaram as condições para uma vida digna do homem, para a felicidade socialmente organizada; as utopias sociais fundidas ao pensamento histórico — que interferem nos debates políticos desde o século XIX — despertam expectativas mais realistas. Elas apresentam a ciência, a técnica e o planejamento como instrumentos promissores e seguros para um verdadeiro controle da natureza e da sociedade. Contudo, precisamente essa expectativa foi abalada por evidências massivas. A energia nuclear, a tecnologia de armamentos e o avanço no espaço, a pesquisa genética e a intervenção da biotecnologia no comportamento humano, a elaboração de informações, o processamento de dados e os novos meios de comunicação são técnicas de consequências intrinsecamente ambivalentes. E quanto mais complexos se tornam os sistemas necessitados de controle, tanto maiores as probabilidades de efeitos colaterais disfuncionais. Nós percebemos diariamente que as forças produtivas transformam-se em forças destrutivas e que a capacidade de planejamento transformase em potencial desagregador.” HABERMAS, Jürgen. A crise do Estado do Bem-Estar social e o esgotamento das energias utópicas. **Novos Estudos CEBRAP**, nº 18, p. 103-114, set. 1987, p. 107-109.

¹⁷³ CHEVALLIER, Jacques. **L'État post-moderne**. 4. ed. Paris: LGDJ, 2014, p. 171.

¹⁷⁴ Por exemplo, RICŒUR, Paul. **A metáfora viva**. Tradução de Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 2000, p. 154; CHEVALLIER, Jacques, *op. cit.*, p. 167; CASTELLS, Manuel, *op. cit.*, p. 18.

argumentamos, porém, que a insuficiência da democracia representativa é estrutural, e essa insuficiência deriva de uma série de elementos.

Em primeiro lugar, um certo “espírito de corpo” que surge quando a qualquer grupo humano é dada uma tarefa, espírito normalmente proporcional ao tamanho da tarefa. Ao se criar um grupo, uma mecânica interna surge; ela se estabelece com vistas à realização da tarefa para a qual o grupo foi criado, é certo. Mas a ela importa uma série de interações pessoais, conscientes ou inconscientes, consentidas ou não¹⁷⁵ que, ao fim, também definem os resultados. Mesmo que todos os representantes sejam absolutamente honestos e capazes de compreender quais os grupos sociais que representam, seus interesses e preferências, as decisões que cada representante tomará tomar caminhos inesperados. Temos, entre nós, interações complexas, que envolvem capacidade de trabalho, de sedução, de oratória, de respeito mútuo. E de simpatia. Assim, por exemplo, advogados progressistas tendem a se tornar mais conservadores quando alçados a um tribunal¹⁷⁶ - é a força do grupo que atua sobre o indivíduo, transformando-o. O representante eleito terá, sobre si, a pressão do meio em que passa a se inserir; dependendo de sua formação, ele pode ser completamente transformado.

Em segundo lugar, a sequência contínua de eleições, em que muito se promete, relacionada com a limitada possibilidade de atuação dos parlamentos em sociedades cujas realidades sociais, econômicas e normativas são complexas também é fonte de deslegitimação. O candidato, crendo ou não, promete que, no parlamento, modificará uma ou outra realidade; ocorre que as sociedades contemporâneas possuem pouca margem para atuações muito extremas em pouco tempo. Há leis orçamentárias plurianuais, há uma série de controles de responsabilidade financeira e fiscal que impede que o representante atue com a liberdade imaginada. Isso se observa de maneira ainda mais grave quando um país está integrado a outros, como é o caso da União Europeia¹⁷⁷, na qual muitas das decisões políticas, outrora locais ou nacionais, são tomadas por órgãos técnicos distantes e com responsabilidade política bastante limitada.¹⁷⁸ O candidato dá ao

¹⁷⁵ v. FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e as ciências do cérebro: como lidar com automatismos mentais. **Revista da Ajuris**, v. 40, n. 130. Porto Alegre: Ajuris, 2013, p. 234 e ss.

¹⁷⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁷⁷ TOURAINE, Alain. *op. cit.*, p. 99.

¹⁷⁸ CHEVALLIER, Jacques, *op. cit.*, p. 168.

eleitor, no justo afã de eleger-se, uma impressão de que será mais poderoso do que verdadeiramente será, caso eleito. Sua atuação posterior tende a ser interpretada como dotada de descaso e desinteresse, o que contribui no enfraquecimento do laço político.¹⁷⁹

Em terceiro lugar, todos os comportamentos que possam ser entendidos como “corrupção”¹⁸⁰ são extremamente deletérios ao laço de confiança entre representantes e representados. Definir “corrupção” não é tarefa fácil – Jacques Chevallier adota a definição estrita, com a qual concordamos, segundo a qual corrupção seria “o abuso de poder para obter ganhos pessoais”.¹⁸¹ Não há corrupção sem o ganho de dinheiro, bens ou honrarias, para si ou para outrem, de forma injusta. E é inegável que a estruturação burocrática dos Estados contemporâneos contribui para que a corrupção grasse. Órgãos executivos, autorizativos e de controle são compostos por pessoas sobre as quais recai a possibilidade de tomar decisões numa ou noutra direção. Dessas decisões dependem contratos verdadeiramente vultosos, sendo que, muitas vezes, é a vontade de um ou dois agentes que decidirá a perfectibilização, ou não, do negócio. Economicamente há uma racionalidade em viabilizar contratos por meio do “estímulo” da vontade de um ou de poucos agentes – e é por isso que a corrupção existe, e é um dos motivos para o enfraquecimento dos parlamentos e dos poderes públicos em geral.

Note-se, porém, que o que deslegitima representantes não é a corrupção, mas a percepção a respeito dela. Comportamentos absolutamente aceitáveis dentro de um regime parlamentar que funcione em conjunto com o executivo (seja presidencialista ou parlamentarista) podem ser compreendidos pelos eleitores como corruptos como, por exemplo, o processo de construção de maioria parlamentar por parte do governo. Esse é um problema presente em ambos os principais sistemas de governo – caso o partido vencedor das eleições não possua maioria, terá que negociar apoio. Se o apoio de outros partidos vier em decorrência de negociações de programa e de cargos, nada há de corrupto no comportamento.

¹⁷⁹ Idem, *ibidem*. O autor cita pesquisa que aponta que, no início de 2014, 87% dos franceses estimavam que os homens políticos se preocupavam “pouco, ou muito pouco” com a realidade popular.

¹⁸⁰ TOURAINE, Alain. *op. cit.*, p. 82.

¹⁸¹ CHEVALLIER, Jacques, *op. cit.*, p. 168.

Os partidos que decidem compor uma coalizão para governar adaptarão seus programas e repartirão os cargos disponíveis – o que pode ser percebido pelo povo como corrupção.

No mesmo sentido (naquele segundo o qual o que deslegitima o sistema representativo não é a corrupção, mas a percepção que, sobre ela, o povo tem) tem relevo o uso parcializado e ideológico que o discurso da corrupção pode ganhar nos meios de comunicação social. Conforme já expusemos em outra oportunidade¹⁸², os meios de comunicação social são essenciais para o funcionamento da democracia, sendo que boa parte do desenvolvimento desta depende da qualidade daqueles. A informação nunca será transmitida de uma maneira neutra ou imparcial, por total impossibilidade de isso ser feito – são pessoas que são repórteres e são pessoas as que são donas de jornais, blogs e televisões. Ainda assim, a informação, sempre interpretada pelo emissor, terá uma maior utilidade para o receptor se vier acompanhada de dados a respeito das preferências ideológicas que regem aquela linha editorial¹⁸³. Grave dano à formação autônoma da vontade política dá-se quando o meio de comunicação afirma sua neutralidade, já que nega ao receptor uma das chaves fundamentais à criação de sentido. Com isso em mente, diga-se: um sistema em que a corrupção existe pode não ser deslegitimado caso essa não seja descoberta, ou não seja exposta midiaticamente. Da mesma forma, a exposição desigual de atos corruptos à população de acordo com a cor partidária de quem é acusado de a cometer também terá efeito de desequilibrar o “mercado das ideias” sobre o qual uma democracia digna deve-se assentar. Não é objeto do presente capítulo discutir o papel da mídia na democracia – para a nossa finalidade, a rigor, basta afirmarmos que há prejuízo ao laço de confiança entre representantes e representados em virtude da existência e do conhecimento de atos corruptos. Mas sempre é importante dar relevância ao papel da mídia na democracia, no contexto em que estivermos.

¹⁸² SALDANHA, Leonardo Tricot. *op. cit.* p. 90 e ss.

¹⁸³ Como dá exemplo contundente a existência de bons jornais de esquerda (La Libération), de centro-esquerda (Le Monde) e de direita (Le Figaro) na França. O leitor de cada um desses diários sabe que lerá as notícias sob uma lente ideológica bem definida, o que facilita sua compreensão e a formação autônoma da vontade.

A democracia representativa sofre, assim, de um mal estrutural, não episódico. Se as vitoriosas transformações no capitalismo industrial que geraram o Estado de bem-estar social diminuíram a clivagem entre direita e esquerda, não foram elas que estabeleceram o uso essencialista da regra da maioria, nem criaram o espírito de corpo, a impotência governativa ou a corrupção. Todos esses elementos sempre estiveram presentes no processo de representação. A contemporaneidade pode tê-los exacerbado, talvez; exposto, com certeza. Os defeitos da democracia representativas não são episódicos, motivo pelo qual nos parece impróprio falarmos de “crise”; na verdade, são características ruins que podem e devem ser combatidas.

A democracia representativa identificada com um parlamento eleito que fiscaliza, que legisla e que, em alguns casos, forma um governo é, apesar de tudo o que se disse até aqui, a mais importante concretização dos valores democráticos realizada até o presente momento. O plenário de um parlamento é a representação estética do espaço público de discussão, onde se ultima o processo legislativo que, ainda que falho, é o mais próximo de auto legislação que se conseguiu realizar, ao menos em larga escala. O parlamento representativo ainda é – e, espera-se, será por muito tempo – a principal imagem da democracia em funcionamento.

A importância do parlamento representativo como concretização da democracia é tamanha que é frequente a análise segundo a qual toda a democracia estaria em crise em virtude da insuficiência de seu viés representativo. Dominique Rousseau diferencia regime representativo de representação do povo – segundo o autor, o povo é representado quando seus interesses e valores são levados em conta por qualquer ator estatal, ainda que não eleito.¹⁸⁴ Assim, é perfeitamente possível que a legitimidade democrática seja exercida por outros órgãos, não necessariamente eleitos, tais como a administração pública que incarna o interesse comum (legitimidade-identificação à generalidade, na denominação de Pierre Rosanvallon¹⁸⁵) e os Tribunais Constitucionais (denominada legitimidade de reflexividade pelo mesmo autor¹⁸⁶).

¹⁸⁴ ROUSSEAU, Domimique. *op. Cit.*, p. 26.

¹⁸⁵ ROSANVALLON, Pierre. **La légitimité démocratique.** *op. cit.*, p. 59 e ss.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 195 e ss.

A administração pública é o segundo tipo de legitimidade mais antigo a surgir nos Estados ocidentais que tentam dar concretude ao ideário democrático. Ela se desenvolve a partir de uma série de constatações críticas a respeito do regime parlamentar, constatações que se tornam mais claras no final do século XIX¹⁸⁷.

A visão de democracia parlamentar surgida da revolução francesa tem a virtude da clareza lógica. Representantes diretos do povo tomariam as decisões políticas, desde as mais importantes até as mais singelas. O administrador público teria uma função muito restrita, meramente executora das decisões parlamentares. Nem se poderia falar, como hoje fazemos, de um poder administrativo (ou executivo) com alguma dignidade – dentro do pensamento pós-revolucionário, avesso à concentração do poder e cauteloso, ao extremo, com qualquer perigo de arbítrio, o poder legítimo não poderia ser advindo d’outro lugar que não do povo, que o parlamento era o representante fiel. Um fervor democrático que também teve seu momento estadunidense, sobretudo na presidência de Jackson, eleito em 1829¹⁸⁸. Era momento de superar o modelo aristocrático estabelecido pelos pais fundadores, de combater nichos de poder antidemocrático, dentre os quais o do Banco Central, autônomo, que se lhe apresentava como monstruoso. Aumentar a democracia, para Jackson, significava submeter os funcionários àqueles que venceram as eleições.

O início do século XIX apresentou-se, tanto na França como nos Estados Unidos, como um momento de aprofundamento das promessas democráticas e liberais das revoluções. Estabilizado o turbilhão revolucionário, era momento de realmente colocar “o povo no comando” – ao menos essa foi a inspiração ideológica. A realização prática de tal pretensão, porém, foi cheia de percalços. Submeter a administração, completa e integralmente, ao poder político, mostrou-se incapaz de realizar a desejada inclusão do povo. Dois vícios avultaram. Em primeiro lugar, o clientelismo¹⁸⁹ – o detentor do poder de mover as entranhas do Estado aproveitava seu conhecimento para beneficiar os amigos, ou aqueles que lhes fossem interessantes. O corpo do Estado, ainda insipiente, não conseguia atuar

¹⁸⁷ Idem, p. 59.

¹⁸⁸ Idem, p. 60.

¹⁸⁹ Idem, p.61.

para além dos beneficiados, mantendo os excluídos do Antigo Regime na mesma situação de excluídos. Em segundo lugar, a corrupção¹⁹⁰, que pode ser entendida como um clientelismo qualificado – nela, o principal móvel para o atendimento, ou não, de uma demanda é o enriquecimento pessoal do agente ou de seus próximos. Tanto um quanto outra, quando percebidos pela população, vão gerando a corrosão do ideal revolucionário – afinal, a nova ordem mostrava-se muito parecida com a antiga, apenas tendo sido substituídos o Rei e os nobres por representantes que, a seu modelo, utilizavam o Estado como se coisa sua fosse.

O fenômeno do enfraquecimento da representação parlamentar já foi, por nós, apresentado. Defendemos que ele não é um mau funcionamento da democracia parlamentar, mas estrutural da mesma – o parlamento é a instituição básica da democracia, mas ele é estruturalmente desviante. É curioso, porém que, em vários momentos da história, o encantamento original se renova, apenas para que outro choque de realidade derrube as novas ilusões, descartadas com as velhas. Um desses momentos de encantamento foi o da luta pelo voto universal¹⁹¹, ocorrido em momentos diversos nos diversos países. O final do voto censitário era visto como a oportunidade dos interesses populares serem representados, já que inviável a eleição de um parlamento em que a maioria fossem ricos, tendo, os pobres, um número muito maior. Da mesma maneira, a retórica que leva ao voto feminino – como se a não representação feminina fosse o grande mal que conduzia os povos à pobreza. Com isso não se está defendendo a restrição do voto. A igualdade política é a mais antiga das igualdades¹⁹², foi duramente conquistada e é uma das maiores riquezas das sociedades ocidentais. Toda a exclusão ao voto, seja por escravidão¹⁹³, por dinheiros¹⁹⁴, por etnias¹⁹⁵, por gêneros e, mais modernamente, por nacionalidades¹⁹⁶, revolta a consciência política média. Isso por que o campo político é um daqueles em que a universalidade dos direitos é mais facilmente percebida e aceita – somos todos pessoas com necessidades

¹⁹⁰ CHEVALLIER, Jacques. *op. cit.*, p. 169.

¹⁹¹ ROUSSEAU, Dominique. *op. cit.*, p. 98.

¹⁹² CHEVALLIER, Jacques, *op. cit.*, p. 222; ROSANVALLON, Pierre. **La société des égaux**, p. 55.

¹⁹³ ROSANVALLON, Pierre. *op. cit.*, p. 118 e ss.

¹⁹⁴ Idem, p. 116 e ss.

¹⁹⁵ Idem, p. 203 e ss.

¹⁹⁶ PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima; RODRIGUES, Celso. Estado-nação, cultura e democracia: novas reivindicações para uma globalização intercultural. **Século XXI: Revista de Relações Internacionais** / Escola Superior de Propaganda e Marketing do Rio Grande do Sul, v. 3, p. 97-112. Porto Alegre: ESPM, 2012.

equivalentes, que nos devemos equiparar no campo da tomada de decisões comuns. O certo é que a ideia do voto universal foi uma dessas que embalam um tempo, fazendo crer que problemas complexos podem ser solucionados com respostas simples.

O modelo de legitimidade democrática baseada na eleição mostrava, já nos meados do século XIX, seus limites na tarefa de organizar o Estado para servir ao povo. O surgimento de uma administração profissional que possuísse um pouco mais de autoridade deu-se nas reformas legais ocorridas na Prússia e em Wurtemberg entre 1830 e 1840¹⁹⁷. Nos anos 1850 a Grã-Bretanha atribuiu aos empregados públicos garantias contra o poder político e, nos 1870, generalizou o concurso público. Na França, apenas com escândalos ocorridos nos anos 1890 é que a soberania parlamentar cedeu às exigências de eficiência – a função parlamentar não encarnava mais, como outrora, a República¹⁹⁸.

Nos Estados Unidos, esse mesmo momento viu nascer o movimento progressista que, como veremos em momento posterior desta tese, foi o fundador dos referendos locais naquele país. O movimento via com desconfiança as grandes empresas que venciam licitações e contratos públicos desde o final da guerra da secessão. Defendiam, para o fortalecimento do Estado, uma administração mais autônoma e racional, por um lado, e o referido uso de institutos de democracia direta, por outro. Assim, certos assuntos seriam retirados do campo da política, evitando-se influências nefastas. Vai-se construindo a ideologia da legitimidade democrática de um poder administrativo objetivo, capaz de proteger o bem comum. Na expressão utilizada por Rosanvallon, cria-se uma legitimidade de identificação ao interesse geral, um “interesse pelo desinteresse”¹⁹⁹.

A teorização desse novo tipo de legitimidade foi realizada por Léon Duguit. Ele questiona as origens da ideia de poder público adotada na revolução francesa, identificando-a com o poder privado romano. Entende que é dali que surge a máxima do Estado como um “poder que comanda”, da mesma forma, essencialmente, que um privado faria com suas coisas. O Estado deveria ser outra coisa, “uma cooperação de serviços públicos organizados”, em que os

¹⁹⁷ ROSANVALLON, Pierre. *La légitimité démocratique. op. cit.*, p. 61.

¹⁹⁸ Idem, p. 64.

¹⁹⁹ Idem, p. 66.

administradores seriam gerentes dos interesses da coletividade – não seriam poderosos em si²⁰⁰. Isso é absolutamente adequado à visão de Duguit a respeito do direito como um todo - no direito privado, criticava a fundamentação de direitos em uma relação dentre o indivíduo e a coisa, obviamente inexistente, já que todo o direito relaciona-se com a sociedade toda²⁰¹. O direito protege a propriedade em virtude do interesse comum na existência da propriedade, não no poder que um indivíduo teria sobre algo. A mesma lógica está presente aqui, no Duguit publicista – o poder do estado não é um poder de alguém, é um poder para alguém. Tem a função de realizar os serviços públicos, de maneira eficiente e igualitária. O poder público, segundo Duguit, não se legitima por sua origem, mas apenas pelos serviços que ele presta, de acordo com a regra de direito. A ideia de vontade geral, dominante desde a Revolução por obra de Jean Jacques Rousseau²⁰² e cristalizada na instituição parlamentar, é substituída pela do interesse geral²⁰³, que não é de ninguém, é objetivo, estabelecida nas regras de direito. E que se concretiza na administração, guardiã da generalidade social.

Os servidores públicos, nesse contexto, não são meros empregados do governante, apesar de haver certa subordinação. Eles são corpos permanentes do Estado, que tiram sua legitimidade da proteção do interesse geral, não das eleições. Eles devem realizar diretamente os objetivos da sociedade à qual estão ligados, com uma autonomia marcada ante os órgãos políticos²⁰⁴. Essa autonomia fundamenta-se sobre uma díade: por um lado, a seleção profissional, que tem no concurso público sua expressão mais completa. Por outro, um estatuto de proteção especial que deve proteger o funcionário das ingerências políticas, permitindo-lhe o devotamento ao interesse geral. Em paralelo ao aparato jurídico, o início do século vinte viu surgir uma ideologia do serviço público. O bem comum passou a ser identificado com essa classe de pessoas, que abria mão das possibilidades de enriquecimento havidas na iniciativa privada para se dedicarem ao bem dos seus concidadãos – o serviço público era visto como uma vocação, mais do que como

²⁰⁰ Idem, p. 68, citando DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. Paris: Dalloz, 1920.

²⁰¹ GAREA, Rafael Colina. La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997, p. 31.

²⁰² ROUSSEAU, Jean Jacques. **Du contrat social**. Paris: Flammarion, 1992, p. 133 e ss.

²⁰³ RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 10. ed. Paris: Dalloz, 1983, p. 11.

²⁰⁴ HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et Droit Public Général**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1900. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k105506c/f8.image>. Acesso em: 12 mai. 2018.

uma mera profissão²⁰⁵. Ao fim da segunda guerra mundial, a ideologia se fortaleceu ainda mais – a guerra era vista, por muitos, como um grande erro da institucionalização tradicional, representativa. Expressões como “vocação do serviço público, mística do Estado, magistratura ao serviço do interesse geral, sacerdócio”²⁰⁶ eram comuns de serem ouvidas.

A legitimidade do serviço público assenta-se sobre duas ideias: desinteresse e racionalidade. O servidor seria desinteressado, política e economicamente, do objeto de sua atividade – não buscaria enriquecer com ela e seria politicamente neutro. Esse desinteresse seria premiado com um estatuto próprio, bastante mais protetivo do que o dos empregados privados, bem como um regime previdenciário próprio. O desinteresse seria pago com a segurança. O serviço público, por sua vez, seria racional – haveria uma ciência da administra o pública, baseada em dados, em estatística, no pensamento empirista. Ninguém melhor para dirigir uma tal administra o do que aqueles que voltavam da guerra, que foram testados no mais amplo desinteresse – o de morrer pela pátria. Assim, o período de 1945–1980 foi marcado pela crença na possibilidade de renovar a legitimidade democrática com base no serviço p blico²⁰⁷, uma legitimidade fundada na identifica o com a generalidade, não com o específico.

Não faremos, aqui, a narra o do declínio dessa espécie de legitimidade, deixaremos para a próxima parte. Mas   difícil deixar de ressaltar o caráter ideológico da constru o de ideias. Como em toda ideologia,   claro que há um substrato real e defensável – uma administra o pública racional e autônoma   imprescindível para que se realizem serviços públicos em um Estado Social, por exemplo. A subordina o completa da administra o ao poder político, eleito periodicamente, faz com que os serviços sejam prestados com menor qualidade, já que o novo governo tende a impor novas ideias (e pessoas)   máquina administrativa. Toda essa evidência, porém, não capacita a legitimidade por identifica o   generalidade (essa, a da administra o pública) a superar a legitimidade eleitoral. São duas legitimidades, dotadas de institutos que concretizam os valores democráticos. Mas não nos devemos deixar seduzir pela

²⁰⁵ ROSANVALLON, Pierre. *op. cit.*, p. 72.

²⁰⁶ Idem, p. 88, citando BLOCH-LAIN , François. Tradu o livre. **Profession: fonctionnaire**. Paris: Seuil, 1976.

²⁰⁷ Idem, p. 87-89.

ideia de que pouco importa quem é eleito, se a administração funciona bem, se presta bons serviços, igualitários. No espaço de uma ou de duas gerações os consensos políticos sobre os quais se assentaram a própria necessidade de prestação de serviços de qualidade e igualitários podem ser perdidos. Em outras palavras, os avanços políticos não estão dados, eles devem ser revigorados por cada geração, ou se perdem, simplesmente²⁰⁸.

Também é interessante que se lance uma reflexão a respeito da importação desse modelo de administração pública racional, conduzida por servidores estatutariamente protegidos, para sociedades de “modernidade tardia” como a brasileira. O modelo sobre o qual se alicerçou a teoria da administração pública brasileira, bem mais do que o norte-americano, foi o francês,²⁰⁹ - mas as duas sociedades são muito diferentes entre si. Em uma sociedade em que a grande maioria do povo tem pouco acesso aos bens, o serviço público, com seu estatuto especialmente protegido, é, e sempre foi, visto como um espaço de privilégio, um refúgio contra a pobreza para os melhor educados. Ao mesmo tempo, a relação entre poder político e administração é muito íntima. Em tal realidade, é difícil prosperar a ideologia da legitimidade pelo desinteresse, pela identificação à generalidade, ao menos como um argumento de massa.

Chegamos, então, a um terceiro grupo de instituições que busca concretizar os valores democráticos na sociedade, segundo a classificação que nos guia, a de Pierre Rosanvallon. Após a legitimidade eleitoral (em que o parlamento destaca-se) e a legitimidade por identificação à generalidade (espaço da administração pública), trata-se da chamada “legitimidade por reflexividade”²¹⁰.

O ponto de partida para o reconhecimento dessa terceira espécie de poder legítimo é o reconhecimento da diversidade social, de um combate à ideia unitária e totalizante de “povo”. Trata-se de ver o fenômeno político e social de maneira pluralista – não haveria tal coisa como “a vontade do povo”, mas, sim, uma posição que, ainda que majoritária em um determinado momento (por meio da maioria

²⁰⁸ V., por exemplo, CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 206 e ss.

²⁰⁹ Entre outros, ZIMMER JR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 15 e ss; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 26.

²¹⁰ ROSANVALLON, Pierre. op. cit., p. 195 e ss.

eleitoral), não pode se impor de maneira absoluta - seja porque não representa a totalidade da sociedade, seja por que a ideia da imposição absoluta de uma ideia agride o ideário democrático. Como já vimos (e a história nos dá exemplos diários) a regra majoritária serve para resolver problemas práticos, e seu uso essencialista abala a coesão social. O povo, múltiplo, deve ser representado por múltiplos órgãos²¹¹. Na França, mesmo no momento imediatamente posterior à revolução, Condorcet defendia que a soberania popular deveria se expressar por diversos meios. Uma multiplicidade de órgãos deveria encarnar esse povo múltiplo, não um só, ou teríamos a tendência à tirania. Seu herdeiro intelectual, Hérault de Séchelles, encaminha o projeto de constituição que resultou na Constituição de 1793, em que constavam dois artigos no título "Da Soberania do Povo":

Art. 1. O povo exerce sua soberania nas Assembleias Primárias.

Art. 2. Ele nomeia imediatamente seus representantes e os membros do Júri Nacional.²¹²

Todo cidadão poderia recorrer a esse júri que visaria sancionar os atos do poder constituídos e a bloquear sua ação para proteger os cidadãos da opressão do corpo legislativo e do conselho executivo ²¹³. Ou seja, há interesses democraticamente legítimos que seriam contra-majoritários, ideia central do que nós, hoje, chamamos de controle de constitucionalidade. Não que o Júri Nacional fosse um órgão judicial, como aqueles a quem, hoje, se confia majoritariamente o controle de constitucionalidade. Nem que tal instituição tenha prevalecido na Constituição Francesa de 1793 – em verdade a posição majoritária foi a de Robespierre, que defendia o conceito de unicidade de povo, e de sua vontade²¹⁴. A ideia de Condorcet era que as vozes minoritárias deveriam ser ouvidas para que novas insurreições surgissem. Defendia uma voz conservadora, conservadora dos valores revolucionários no tempo, e que mantivessem a lembrança da importância de lembrar aqueles valores mesmo contra maiorias futuras que os ameaçassem.

²¹¹ ROSANVALLON, Pierre. **Les methamorphoses de la légitimité**. *op. cit.*, podcast 9.

²¹² ROSANVALLON, Pierre. **La contre-democratie**. Paris: Seuil, 2014, p. 141.

²¹³ Idem, p. 142.

²¹⁴ ver, a propósito, FACCHINI NETO, Eugênio; SALDANHA, Leonardo Tricot. O controle de constitucionalidade na França, da impossibilidade ao entusiasmo. **Revista da AGU**, v. 16, p. 100-120, 2017.

A existência de direitos proclamados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC) de 1789²¹⁵ já contemplava, politicamente, essa ideia. O Preâmbulo da Declaração afirma que os direitos naturais e inalienáveis ali declarados devem estar presentes em todos os:

...atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política... a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.²¹⁶

Ou seja, os direitos ali declarados serviriam como inspiração ao corpo político no exercício do poder, sempre levando em conta as reivindicações dos cidadãos. É bem verdade que, naquele momento, e por muito tempo²¹⁷, a DDHC não podia ser utilizada como verdadeiro limite ao poder. Mas a ideia política de um contra-poder já está, toda, presente no texto citado. Trata-se de uma lógica de reflexão pública a respeito de direitos (e, por isso, a expressão legitimidade por reflexividade, usada por Pierre Rosanvallon) que se contrapõe a uma lógica de imediatidade, da maioria parlamentar. É a lógica que, voltando a Condorcet, encerra o princípio do povo-memória – nós somos tudo o que fizemos até aqui, e lembrar nossos acertos (os direitos humanos, em linguagem contemporânea) auxiliará a construção de um melhor futuro²¹⁸. Não há algo como um começo sempre renovado, o passado deve ser elemento construtor do futuro.

O principal instituto que se construiu para concretizar a ideia de povo-memória foi o do controle de constitucionalidade das leis e dos atos governamentais. Trata-se de uma censura que um órgão de exercício da soberania faz a outro a partir de um motivo constitucionalmente argumentado. Uma lei feita

²¹⁵ FRANÇA. **Assemblée National**. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. 2 de outubro de 1789. Disponível, em Francês, em <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Em português, na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP, <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-dasNações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 21 mai. 2018.

²¹⁶ Idem, *ibidem.*, Preâmbulo.

²¹⁷ ROUSSEAU, Dominique. *op. Cit.*, p. 51. O autor lembra que apenas em 1971 o Conselho Constitucional Francês reconheceu a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão como paradigma de controle de constitucionalidade das leis. Ou seja, por quase duzentos anos, a declaração permaneceu como uma indicação política para que os poderes constituídos não agredissem direitos.

²¹⁸ ROSANVALLON, Pierre. **Les methamorphoses de la légitimité**. *op. cit.*, podcast 9.

pelo parlamento, ou um ato governamental, seria inaplicável caso agredisse uma norma jurídica que estivesse na Constituição, guardiã de um momento de avanço civilizacional daquela determinada sociedade. A Constituição atuaria como uma memória escrita dos avanços, que os membros das novas gerações deveriam conhecer e cultivar exatamente para os invocar no caso de esquecimento por parte dos poderes instituídos. Thomas Jefferson, um dos pais fundadores da república norte-americana, afirmava que o controle de constitucionalidade é parte do poder popular de resistência contra o arbítrio²¹⁹.

Os tipos de argumentos utilizados para impor decisões advindas do parlamento ou do controle de constitucionalidade são completamente distintos. A força de uma disposição parlamentar vem da soma aritmética das vontades de representantes do povo – toda a sua potência está subentendida, não há necessidade de se remeter cada decisão à origem popular do poder dos representantes. Assim, prevalece uma lógica aritmética, de contagem de votos. Já a força de um argumento de controle de constitucionalidade assenta-se sobre raciocínio refinado que deve ser desenvolvido publicamente e que deve convencer. Trata-se de demonstrar que, apesar da maioria eleitoral, a decisão do parlamento (ou do governo) não deve prevalecer por agredir a constituição. Aquele que pretenda afastar um ato estatal por inconstitucionalidade tem o ônus argumentativo, já que o ato presume-se válido, advindo, que é, de poder legítimo. Assim, ressalte-se, o tipo de argumento utilizado para impor uma lei ou um ato é um, muito mais imediato; já o utilizado para negar vigência a tal ato é mediado por alguém de argumentação refinada que, reflexivamente, o afasta.

A função reflexiva, por sua natureza de história, de memória, de conservação, bem como por seu exercício assentado em raciocínios que são, ao fim e ao cabo, mormente jurídicos, foi sendo, no decorrer da história, atribuída aos juízes, ou ao poder judiciário²²⁰. As cortes judiciais possuem o domínio do tempo

²¹⁹ Idem, podcast 10.

²²⁰ Para uma história desse processo de consolidação do poder judiciário como o principal (apesar de não único) detentor do controle de constitucionalidade, ver SARLET, Ingo; MARINONI; Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 881-928. Ainda, BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23 42. Para a especificidade do direito português, ver CANOTILHO, Joaquim José. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 847 e ss.

longo e da reflexão, essenciais à espécie de raciocínio a ser desenvolvido no controle²²¹. Sobretudo após a Segunda Grande Guerra houve um aumento do uso e da boa fama das Cortes Constitucionais, que se mostraram capazes de manter os valores democráticos e liberais e, até, de desenvolver o direito.

A manutenção dos valores liberais e democráticos contra a maioria eleitoral é a principal função do controle de constitucionalidade. Diz Dominique Rousseau, defensor do acerto da atribuição ao Poder Judiciário da função reflexiva:

Os juízes constitucionais, principalmente, reintroduzem o tempo longo, aquele da história da sociedade, aquele da narrativa, da estrutura fundadora ao lembrar os princípios que as Declarações de Direitos enunciam – a presunção de inocência, o princípio da não retroatividade das leis penais, os direitos da defesa, a liberdade de expressão, o direito à saúde, o direito à moradia...²²²

Perceba-se que o autor não defende, na passagem, que o raciocínio reflexivo substitua o poder eleitoral. Ele dá ênfase ao poder conservador que podem exercer os juízes constitucionais na manutenção de direitos conquistados na história. É um conservadorismo que mantém direitos, que constitui um contraponto à velocidade das sociedades contemporâneas.

Quanto ao desenvolvimento dos direitos, os entusiastas do modelo judicial para o exercício da reflexividade também se manifestam. Diz o mesmo autor, Dominique Rousseau, que os Direitos Fundamentais são melhor desenvolvidos, frequentemente, pelo judiciário do que pelo legislativo²²³. Da interpretação dos princípios constitucionais, o juiz constitucional pode reforçar a posição de cada cidadão em face da sociedade, criando novos direitos e novas liberdades: “A democracia continua sob o efeito da invenção contínua do cidadão pela ação de um juiz constitucional que lhe reconhece, sem cessar, novos direitos”²²⁴.

²²¹ ROSANVALLON, Pierre. **Les methamorphoses de la légitimité**. *op. cit.*, podcast 10.

²²² ROUSSEAU, Dominique. *op. cit.*, p. 170. Livre tradução. No original: “Les juges constitutionnels, notamment, réintroduisent le temps long, celui de l’histoire de la société, celui du récit., celui de la structure fondatrice en rappelant les principes que les Déclarations de droits énoncent – la présomption d’innocence, le principe de non-rétroactivité des lois pénales, les droits de la défense, la liberté d’expression, le droit à la santé, le droit au logement...”

²²³ Idem, p. 65.

²²⁴ Idem, p. 67. Livre tradução. No original: “La démocratie continue donc sous l’effet de l’invention continue du citoyen par l’action d’un juge constitutionnel lui reconnaissant sans cesse de nouveaux droits.”

A primeira das funções exercidas pelo controle é mais fácil de ser aceita, ainda que existam resistências. No âmbito da criação dos direitos, porém, essas resistências se apresentam de maneira mais enfática. Seria o judiciário legítimo para criar direitos? E, sendo, a legitimidade seria democrática? Pode-se falar em democracia quando direitos são criados por juízes? A linha teórica que guia a presente parte deste trabalho afirma que sim, conforme apresentamos acima. Mas há um grande número de autores que negam tal legitimidade, afirmando que apenas a vontade humana discutida por pessoas iguais pode gerar direitos verdadeiramente vinculante a todos²²⁵, e que o desconforto que alguns sentimos com a ideia é advindo de um desacordo íntimo com a humanidade essencial que a legislação voluntarista encerra; ou, em outras palavras, um desejo aristocrático, de um governo misto aristotélico²²⁶. Para Waldron, a democracia é a possibilidade de os cidadãos dirigirem diretamente suas vidas, sem a necessidade de pais ou tutores aristocráticos, tais como os juízes que realizam controle de constitucionalidade²²⁷. John Hart Ely, após analisar o fenômeno do controle de constitucionalidade, afirma que ele só poderia se dar, em uma sociedade verdadeiramente democrática, sobre o processo legislativo, nunca sobre o conteúdo material da lei.²²⁸

Nossa posição compreende e sofre a sedução dos argumentos que veem, no controle de constitucionalidade, uma disfunção da democracia. Fieis ao nosso primeiro capítulo, porém, entendemos que uma organização política democrática é aquela que busca realizar a totalidade dos valores ali apresentados – igualdade, relatividade da verdade, autonomia e respeito aos direitos fundamentais. Estes últimos dependem de algum tipo de argumentação reflexiva para se realizarem, e o judiciário tem fornecido instituições para esse fim. Quando um direito fundamental é protegido contra a maioria parlamentar ou governamental, cremos que ali se realiza a democracia, ainda que contra majoritária, e cremos que o povo vê, nessas intervenções, bem mais a fortaleza das instituições do que o inverso. Há, sim, uma legitimidade que é ligada à história, aos valores mais profundos e arraigados. Ou,

²²⁵ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29.

²²⁶ Aristóteles apresenta as formas puras de governo em sua obra “A política”, bem como as suas degenerações. Por fim, entende que um bom governo seria aquele que adotasse características de cada forma de governo pura. v. BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. p. 55-63

²²⁷ WALDRON, Jeremy. *op. cit.*, p. 39, entre outras.

²²⁸ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 245.

ao menos, em casos como o de constituições programáticas em sociedades historicamente autoritárias, valores que estejam de acordo com o projeto de sociedade que a constituição ajuda a construir. Desnecessário seria dizer o óbvio – não se defende, com isso, que os juízes atuem como legisladores, mas como guardiões de valores constitucionalmente elevados.

A democracia pode ser realizada, portanto, por um grande número de instituições. No final do terceiro quartel do século XX, três tipos de legitimidade estavam consolidadas: a eleitoral, a de identificação com a generalidade (típica da administração pública racional) e a por reflexividade (exercida pelos órgãos de controle de constitucionalidade, frequentemente pertencentes ao poder judiciário). Passamos a analisar, na parte seguinte, as novas realidades políticas e sociais que viabilizam novas institucionalizações, dentre as quais argumentamos que os referendos locais se inserem.

2.2 Novos tipos de legitimação democrática decorrentes da diferenciação individual. A proximidade e as possibilidades do referendo local como instrumento legitimador da ordem democrática

Ao iniciarmos a segunda parte desse capítulo, algumas ideias já estão consolidadas. A legitimidade dos atos que obrigam os cidadãos heteronomamente (ou seja, contra a sua vontade) é a essência da democracia – esta não convive com atos que não sejam racionalmente defensáveis, em que a violência seja exercida simplesmente porque ela é possível. Múltiplas são as formas de legitimação dos atos heterônomos – o parlamento, a administração e o juiz constitucional, como acabamos de ver.

Cada um desses meios de legitimação está fundado em um substrato ideológico típico de uma época – o que é legítimo, ou não, variará com as concordâncias gerais do povo em um determinado momento geracional, com um determinado discurso legitimador. Vivemos um momento de brilho da jurisdição constitucional, por exemplo, em quase todo o mundo, o que seria impensável há sessenta anos. E isso se dá por se ter construído um consenso discursivo em torno do valor dos direitos fundamentais, bem como na capacidade de sua proteção e de seu desenvolvimento por juízes. Assim novos discursos ideológicos comumente

aceitos gerarão novas formas de legitimidade, bem como enfraquecerão outras, antes dominantes.

A segunda parte desse capítulo, que se inicia, analisará o discurso legitimador da democracia parlamentar, sobretudo a partir de seu substrato econômico. Apresentará uma hipótese a respeito das mudanças no mundo laboral e do discurso a respeito do trabalho que diminuem o consenso outrora havido a respeito desse tipo de legitimação, abrindo campo para um novo tipo de legitimação, a por proximidade. Por fim, argumentará a adequação dos referendos locais a essa nova espécie de legitimação, o que abre, no nosso sentir, a utilização proveitosa desse instituto, até o momento insipiente nas práticas política e eleitoral brasileiras.

A democracia parlamentar, como vimos, não inicia como pluralista e compromissória, como hoje a entendemos. O surgimento das ideias de maioria, minoria, situação, oposição data do século XIX, e resulta de uma nova maneira de ver a sociedade. Antes da revolução industrial, podia-se defender a ideia de Nação de Vontade Geral (todas elas em maiúsculas). Assim, manifestou-se Siéyès. A r

evolução industrial, porém, muda essa possibilidade. Fica clara a existência de interesses divergentes entre classes sociais que compõem a sociedade, interesses que decorrem das posições que as pessoas ocupam dentro do processo produtivo.

Para mais e melhor produzir, os capitalistas industriais organizam a produção de uma maneira inédita, em que cada pessoa ou grupo de pessoas possui uma função determinada no processo produtivo. A grande maioria dessas funções era, ao menos em um primeiro momento, extremamente simples e de fácil substituição, passível de ser realizada por pessoas pouco treinadas. O trabalho humano passa a ser uma mercadoria, livremente intercambiável – o trabalhador é diminuído a uma dimensão genérica, um custo da produção. Em nada se relaciona com o artesanato típico da medievalidade ou da primeira modernidade, em que o trabalhador era dotado de uma dignidade advinda de sua capacidade pessoal de fazer o que, ao outro, era desconhecido. Trata-se, agora, de realizar um trabalho

simples que a quase qualquer pessoa era possível – o trabalhador, ele mesmo passa a ser uma parte da máquina produtiva²²⁹.

De um ponto de vista econômico, a inovação no processo produtivo apresentada é extremamente eficiente. A renda decorrente da venda de mercadoria fabris multiplicou-se por dez nas primeiras décadas do século XIX²³⁰, criando um ambiente de riqueza nunca antes experimentado. A remuneração ao trabalhador, por sua vez, tendeu a ser cada vez mais baixa, o que foi resultado da racionalidade econômica aplicada ao fato da generalidade – se quase qualquer pessoa pode ser treinada para fazer uma parte muito específica do processo produtivo, havendo abundância de pessoas, o custo do trabalho cai²³¹.

Do ponto de vista econômico, porém, a volatilidade dos trabalhadores no processo produtivo faz surgir a classe operária, com uma consciência de classe e com interesses comuns. A classe operária simplesmente inexistia antes da revolução industrial, ela é seu fruto inseparável, surgido, sobretudo, da consciência adquirida, pelos trabalhadores, de seu lugar no processo produtivo. Se, para a economia, os operários são intercambiáveis, são vistos como um custo de produção, todos possuem mais ou menos os mesmos interesses. O fato de serem católicos, protestantes ou ateus, conservadores ou progressistas, monarquistas ou republicanos pouco importa. O que importa é que todos foram-se identificando como operários, destinados a uma mesma sorte. Para mudar essa sorte, o primeiro passo é o de superar diferenças para melhorar a condição de todos, sendo a greve a mais contundente arma nesse momento, superando o ludismo (adotado pelos trabalhadores ingleses no início do século XIX e que consistia em quebrar as máquinas dos patrões)²³². Outras condições para uma identidade nacional (e, mesmo, internacional) dos trabalhadores eram dadas pela própria revolução industrial – a mesma ferrovia que transportava produtos transportava pessoas, a

²²⁹ ROSANVALLON, Pierre. *La légitimité démocratique*. *op. cit.*, p. 103.

²³⁰ HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 21ª ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986. p. 176.

²³¹ Exceção pode ser apontada em um segundo momento da Revolução Industrial, em que o trabalho, já mais complexo, passou a ser melhor remunerado para, argumentativamente, possibilitar que os empregados comprassem o produto de seu trabalho. Henry Ford, produtor de automóveis nos EUA, defendia que seus operários deveriam ter salários dignos para que pudessem financiar a compra dos automóveis que fabricavam, exatamente para que mais automóveis fossem necessários fabricar. A essa evolução da generalidade dá-se o nome de fordismo. GIDDENS, Antony. *Sociologia*. 6ª ed. Tradução de Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Penso, 2012, p. 629 e ss.

²³² HUBERMAN, Leo. *op. cit.*, p. 190

mesma prensa destinada aos grandes jornais de Londres imprimiria folhetos operários e anarquistas.

A institucionalização política da classe operária, porém, segue caminhos bastante distintos. Grande parte da nova classe social seguirá o ideário de Karl Marx e Friedrich Engels que, no célebre livro²³³, descartam a participação em eleições burguesas. A força do movimento comunista teve, assim, um impacto significativo na construção das novas instituições do Estado Social, não pelo auxílio interno e colaborativo, mas pela ameaça externa e revolucionária que passaram a exercer – um povo alimentado, saudável e educado dificilmente será revolucionário. Outros grupos proletários abraçaram o anarquismo, movimento libertário que pregava a inexistência do Estado como mediador social ao denunciar que as instituições serviriam, apenas, às classes dominantes²³⁴.

A classe operária organizada, porém, encontrava eco nos parlamentos de maneira cada vez mais significativa a partir das primeiras décadas do século XX, sobretudo na Europa²³⁵. Partidos socialistas e sociais-democratas, dentre outros, acolheram as reivindicações dos movimentos sindicais, recebendo, mesmo, vários de seus membros.²³⁶ O avanço do voto universal muito contribuiu para que o parlamento se firmasse como um espaço de debate e de compromisso entre os representantes dos proprietários e dos trabalhadores – quase nenhum partido político era viável se não se mostrasse sensível às necessidades da classe operária organizada. Da mesma forma, era no parlamento que se criavam as condições políticas para que a sociedade e a produção fossem viáveis, fortalecendo o seu

²³³ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O manifesto do partido comunista**, p. 19: “Os comunistas não se rebaixam a dissimular suas opiniões e seus fins. Proclamam abertamente que seus objetivos só podem ser alcançados pela derrubada violenta de toda a ordem social existente. Que as classes dominantes tremam à ideia de uma revolução comunista! Os proletários nada têm a perder nela a não ser suas cadeias. Têm um mundo a ganhar”. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000042.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.

²³⁴ BRAVO, Gian Maria. Anarquismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução coordenada por João Ferreira. 4. ed, volume 1. Brasília: EdUnB, 1992. p. 23–29.

²³⁵ Bem demonstram o espírito da época o Convênio da Liga das Nações, de janeiro de 1919, no qual constava o compromisso de assegurar condições de trabalho equitativas e humanitárias (art. 23, 1). Texto disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/his1919.htm>. Acesso em: 2 jun. 2018 e o Tratado de Versalhes, de 28 de junho de 1919, que pôs fim à 1ª Guerra Mundial, previa a organização dos trabalhadores, tendo sido criada a OIT. Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO. Acesso em: 2 jun. 2018.

²³⁶ ROSANVALLON, Pierre. *op. cit.*, p. 104.

papel como instituição democrática por excelência. Mesmo as indústrias voltaram-se a um compromisso com os empregados e com a classe operária. Sob o já citado “fordismo”, Anthony Giddens vê:

... produção de massa associada à estabilidade das relações laborais e a um grau elevado de sindicalização. Sob o fordismo, as empresas assumiram compromissos de longo prazo com os trabalhadores, e os salários eram ligados ao aumento da produtividade. Desse modo, os acordos coletivos formavam um “círculo virtuoso” que garantia o consentimento do trabalhador para regimes de trabalho automatizado e para mercadorias produzidas em massa.²³⁷

O surgimento de partidos operários faz com que se superasse a clivagem partidária do início do século XIX entre partidos burgueses (liberais) versus partidos oligárquicos (conservadores). A nova clivagem passa a se dar entre partidos burgueses (que, ao absorver conservadores, ficam menos liberais) e os partidos operários. O certo é que a expansão do operariado, fruto do desenvolvimento industrial capitalista, e a expansão do sufrágio universal fizeram com que uma lógica comunitária se estabelecesse, baseada em práticas e políticas de classe²³⁸. A clareza dos interesses de cada classe e a possibilidade de sua representação viabilizam uma visão positiva a respeito das possibilidades de ação do Estado, órgão regulador da vida comum.

Apesar dos desequilíbrios típicos da relação capitalista, uma sociedade assim pensada possui uma admirável estabilidade. Há interesse do industrial no bem estar do trabalhador, tanto para o fidelizar quanto para alargar o mercado interno. Instrumento desse interesse são os sindicatos representativos dos trabalhadores, respeitados e fortes. A consciência da divisão entre proprietários e trabalhadores conduz a uma estabilidade representativa no plano eleitoral. Para um operário, faz todo o sentido votar, confiar e fiscalizar o membro do partido socialista, por exemplo. Para o representante dos trabalhadores, votar contra os interesses de seus eleitores organizados significava o ocaso de suas pretensões políticas²³⁹. Eis a clareza que possibilitou os anos de grandes feitos da democracia representativa, dentre os quais avulta a construção do Estado Social. Sobretudo

²³⁷ GIDDENS, Anthony. *op. cit.*, p. 632.

²³⁸ SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice**. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 84.

²³⁹ ROSANVALLON, Pierre. *op. cit.*, p. 104.

depois da segunda grande guerra, no período chamado dos “trinta anos gloriosos” que se refere às décadas de 50, 60 e 70 do século passado.

Aqui, é importante referir que a história do nosso país segue, a grosso modo, a história do restante do ocidente, é claro. Mas há diferenças marcadas. A industrialização tardia, conduzida pelo Estado, trouxe consigo a criação de classes sociais não completamente autônomas em face do Estado e pouco conscientes de seus interesses²⁴⁰. Os partidos políticos só muito tardiamente passaram a, realmente, sentir a importância de encarnar os interesses dos trabalhadores e, mesmo assim, de maneira muito tênue. O parlamento não se constituiu, assim, em espaço de negociação entre classes, e o maior ato de compromisso entre classes sociais foi a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁴¹. Ali, em momento ímpar da vida nacional, as forças políticas democráticas se auto-reconheciam como legítimas, o que resultou em uma constituição que aponta a construção de um estado social e democrático de direito. Assim, conquistas das sociedades europeias tais como a seguridade social, a proteção do emprego, a moradia como um direito, a saúde, a educação pública, dentre outras, restaram promessas em nosso contexto. Promessas dotadas de normatividade, como qualquer leitor de Konrad Hesse²⁴² sabe. Mas a normatividade é um fenômeno que se relaciona ao Estado e que, por isso, acaba dependendo diretamente do mesmo – ou seja, depende do convencimento ideológico dos diversos agentes do Estado.

O modelo de representatividade eleitoral, como qualquer outro, fundamenta-se em um substrato econômico e outro ideológico, ambos intimamente relacionados. O substrato econômico foi a produção industrial massificada, como se argumentou, que organizou classes sociais claras, com claros interesses, capazes de representação parlamentar. A sociedade industrial, organizada, conduziria a humanidade a uma condição material e moral superior, já que a produção massificada de bens saciaria nossas necessidades²⁴³ e o trabalho

²⁴⁰ GOMES, Ângela Maria de Castro *et al.* **História Geral da Civilização Brasileira**. Organização de Bóris Fausto. Tomo 3. Volume 10. 9 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 98 e ss.

²⁴¹ Entre outros, BONAVIDES, Paulo, ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 485 e ss.

²⁴² HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1991.

²⁴³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 165-166.

envolvido nessa produção nos dignificaria²⁴⁴. A ideologia da sociedade industrial é a do progresso linear e inevitável, herdada de séculos de iluminismo.

Uma série de eventos passou a se verificar no mundo a partir da década de 1970²⁴⁵ os quais vieram a colocar em xeque o modelo industrial estabilizado e, argumentamos, a viabilidade de uma legitimação democrática apenas eleitoral. Quando dizemos série, dizemos verdadeiramente muitíssimos – usaremos aqueles eventos úteis para o nosso argumento. Mas eles não são, nem de perto, todos.

Inicialmente, a posição de força que se encontravam os trabalhadores e seus sindicatos foi sendo esmorecida pela globalização da economia. Trata-se da produção de bens em massa em qualquer país que entregue ao capitalista condições de produção mais vantajosas, tais como salários baixos para a população. Giddens expõe: “dois terços de todas as roupas vendidas nos Estados Unidos são produzidas em fábricas fora do país, onde os trabalhadores recebem uma fração dos salários norte-americanos.”²⁴⁶ Assim, a grande massa de operários que identificava, com clareza, seus interesses, foi sendo diminuída. Os que restaram perceberam que não podiam concorrer com fábricas fixadas no exterior mantendo os direitos de outrora – e, assim, empregos industriais se precarizaram, tornando-se indesejáveis. Ser um empregado da indústria, em poucos anos, deixou de representar orgulho e segurança e passou a ser visto como uma posição vulnerável.

A globalização da economia é um processo em curso, de difícil avaliação. Possui racionalidade econômica e, por isso, provavelmente seja inevitável e definitivo. Mas gera alguns dilemas éticos²⁴⁷, tais como a diferença entre o salário pago para os trabalhadores e o custo dos produtos no destino, bem como o conseqüente enriquecimento acelerado de empresas varejistas que, a rigor, nada produzem (tais como a Amazon, o AliBaba e o Walmart)²⁴⁸. Seus reflexos no processo de legitimação democrática são vários: diminuição dos sindicatos,

²⁴⁴ Idem, p. 172.

²⁴⁵ GIDDENS, Anthony. *op. cit.*, p. 633.

²⁴⁶ Idem, p. 635.

²⁴⁷ Para a relação entre globalização e democracia, sobretudo a respeito do dilema ético da implementação da democracia em sociedades centrais *versus* periféricas, v. RORTY, Richard. **Pragmatismo e Política**. Tradução de Paulo Ghiraldelli Jr. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 103.

²⁴⁸ GIDDENS, Anthony. *op. cit.*, p. 635.

enfraquecimento do poder de mando de governos²⁴⁹ e parlamentos (que precisam manter as empresas, mesmo abrindo mão de impostos e bens)²⁵⁰, um sentimento difuso de que as verdadeiras decisões não são tomadas pelos governantes²⁵¹. Ainda, a falta de unidade nas demandas populares, já que a classe operária perdeu forças.

Uma vez que grande massa de empregos tenha migrado para o exterior, restou aos países centrais da democracia liberal uma nova realidade, acompanhada de um novo discurso. A nova realidade econômica é chamada de pós ou de neofordismo, e consiste em “uma nova era de produção econômica capitalista, na qual a flexibilidade e a inovação são maximizadas para satisfazer as demandas do mercado por produtos diversos e customizados.” Os produtos massificados estão sendo produzidos em economias chamadas de emergentes. Customizar serviços e produtos é uma maneira de agregar valor aos mesmos. Não basta, porém, uma economia de *boutique* – é a customização em massa, em que seja capaz de produzir bens e serviços voltados a um grande mercado, muitas vezes global. E que cada nicho, preferencialmente cada consumidor, se sinta especial, tendo um produto voltado para si. O que é uniformizado tem valor, mas é um valor significativamente menor do que aquilo que é customizado²⁵².

Para que algum valor seja efetivamente agregado ao produto ou serviço customizado, há a necessidade de que a ideia de qualidade seja adicionada à especificidade. O discurso dado ao consumidor (e que, para se sustentar, deve ser minimamente verificado nos fatos) é o de que aquele pão é melhor por ter sido preparado com um trigo especial, com o tempo de crescimento artesanalmente cuidado e com o uso de um fermento vivo. Ou que aquela calça foi criada por computador, sob a direção do cliente, dentre milhões de possibilidades, sendo virtualmente impossível fazer uma igual, identificando sua singularidade. Ou que

²⁴⁹ Boaventura de Souza Santos ressalta a queda de possibilidade de regulação do Estado que, a rigor, é o que lhe dá fundamentação. Sem o poder regulamentador, perdem espaço o direito e a ética, normativas por excelência. SANTOS, Boaventura. *op. cit.*, p. 87.

²⁵⁰ CHEVALIER, Jacques. *op. cit.*, p. 168: “la logique de la mondialisation et les contraintes de la construction européenne auraient eu pour effet de déposséder les élus de l’essentiel de leur pouvoir et de les priver de toute capacité de décision autonome.” Em tradução nossa: “a lógica da globalização e as restrições impostas pela construção europeia teriam tido o efeito de tirar dos eleitos o essencial de seu poder e de os privar de toda a capacidade de decisão autônoma”.

²⁵¹ GIDDENS, Anthony. *op. cit.*, p. 633.

²⁵² Idem, *ibidem*.

esse médico é melhor por que faz parte da associação americana de restauradores não intervencionistas de laringes danificadas. Diz Pierre Rosanvallon: “O mundo econômico tende a se aproximar ao da arte, no qual cada objeto é, por definição, único”²⁵³.

A singularidade do produto ou do serviço como identificação de qualidade não é nova na história, note-se. Mas ela era própria dos mais ricos, ou dos nobres, já que a possibilidade de produzir produtos exclusivos era muito limitada. A utilização de meios modernos de produção, com o uso massivo da informática, da robótica e de redes de produção e de varejo é o que possibilita que o produto e o serviço seja customizado para muitas pessoas, em larga escala²⁵⁴. Há muito o que saudar nessa nova economia – um número maior de pessoas têm acesso a bens que lhes satisfaçam de forma mais plena, o que ajuda a criar individualidades. Não esqueçamos, como vimos no primeiro capítulo – a democracia necessita de diferenças individuais. E a economia customizada de massas é um aspecto, nem tão insignificante, da construção de individualidades.

Ao poderem customizar, porém, desaparece um dos elementos que ajudava a construção de uma identidade de classes clara na sociedade fordista – a utilização de produtos estandardizados faz com que as pessoas se reconheçam como membros de uma mesma classe social. É um momento de hiperindividualização, no qual, socialmente, temos valor por sermos diferentes dos demais e em que, individualmente, nos sentimos especiais pela diferença. E isso terá, como em breve veremos, impacto sobre o processo de legitimação democrática.

O maior impacto para a nova legitimação democrática virá, porém, do mundo do trabalho e do discurso socialmente aceito a respeito da formação desse novo trabalhador, bem remunerado. O novo trabalhador deve ser capaz de trabalhar com equipes e com processos produtivos que mudam com rapidez para se adaptarem a novos nichos de mercado. Deve ter a **flexibilidade** necessária para adaptar-se a esses novos processos produtivos, bem como a **criatividade** para

²⁵³ ROSANVALLON, Pierre. *La légitimité démocratique*. *op. cit.*, p. 103. Livre tradução. No original: “Le monde économique tend sur ce mode à se rapprocher de celui de l’art dans lequel chaque objet est par définition unique.”

²⁵⁴ GIDDENS, Anthony. *op. cit.*, p. 647.

identificar novos nichos e mercado e tentar responder com novos processos. Não é um trabalhador voltado, apenas, para dentro da empresa, mas deve identificar e, por que não, criar novas necessidades de nicho, cujo atendimento gerará riquezas novas, não previstas. Isso tem reflexo direto sobre seu sistema remuneratório, que se dá com um pequeno salário fixo e com a possibilidade de grandes recompensas por produtos criados²⁵⁵. O trabalhador deve ser um eterno **aprendiz**, sendo que boa parte dos treinamentos se darão durante o trabalho, dentro ou fora da empresa. O modelo do técnico que aprende tudo na escola e, depois, aplica, é adequado ao fordismo. O conhecimento, a propósito, tende à superficialidade, já que será substituído por outro em pouco tempo²⁵⁶. Por fim, as **habilidades pessoais** são valorizadas, tanto as inatas (personalidade, confiança, carisma, curiosidade) quanto as construídas (vivências, idiomas, formação em geral). Perde importância a formação formal, o título, ganham espaço as habilidades para fazer, para transformar as ideias em produtos e serviços e, daí, em dinheiro²⁵⁷.

Pierre-Michel Menger percebe que esse modelo de trabalhador que cria a diferenciação, que imagina produtos e serviços para nichos que nem imaginavam precisar deles, aproxima-se muito das atividades do artista e do pesquisador²⁵⁸. Como eles, esse trabalhador depende de pequenas diferenças, detalhes, que podem resultar em um produto completamente diverso. Logo, muitas vezes é o detalhe, o acidental, que pode gerar o reconhecimento ou o mais completo desconhecimento. Não se trata, portanto, da situação laboral mais confortável. O que não impede de ser a posição do artista uma das mais desejadas posições no mundo do trabalho. O artista (bem como o pesquisador e o trabalhador flexível do pós-fordismo) trabalha com a originalidade e a contínua possibilidade de ruptura, que é o valorizado no momento da criação. Ao mais, tem domínio de todo o processo criativo (ou produtivo, no caso do trabalhador), o que não exclui a possibilidade da

²⁵⁵ Byung-Chul Han afirma que essa nova espécie de trabalhador substitui a lógica da proibição, do dever e da lei (típicos da sociedade industrial) por outra desempenho – o projeto, a iniciativa, a motivação. O novo trabalhador pós-moderno não é escravo de outra pessoa, mas de si mesmo. É um novo sujeito, um sujeito que se sente empresário de si mesmo, em contraste com o sujeito da obediência. HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 25 e ss.

²⁵⁶ ROSANVALLON, Pierre. *op. cit.*, p. 107.

²⁵⁷ GIDDENS, Anthony. *op. cit.*, p. 647-649.

²⁵⁸ MENGER, Pierre-Michel. **La différence, la concurrence et la disproportion**. Paris : Fayard, 2014.

inspiração e, mesmo, do acaso. Essa proximidade com as atividades artística e científica sem dúvida é componente para a vitória ideológica do modelo de trabalho flexível, a despeito da insegurança que ele encerra.

É importante que se perceba que esse modelo de trabalhador flexível não se transforma em majoritário imediatamente (nos anos 1970-80), e nem o é hoje. Mas é o modelo ideológico do trabalhador bem sucedido, aquele que serve de inspiração para as novas gerações que vão se formando. Poucos jovens qualificados desejam os empregos repetitivos de seus pais ou avós. Acreditam que podem transformar as empresas em que trabalham e transformar suas vidas ao possuírem as capacidades acima enumeradas – criatividade, flexibilidade, aprendizagem contínua e habilidades pessoais. Pouco importa se, ao fim e ao cabo, grande parte desses jovens venham a ser trabalhadores precarizados²⁵⁹ em virtude da flexibilidade que exaltam. O importante é que o discurso do que seja o sucesso profissional mudou, e esse discurso seja aceito. Não é um discurso falso – Robert Reich, citado por Zygmunt Bauman²⁶⁰, aponta quatro tipos de trabalhadores modernos. Os que manipulam símbolos, pessoas que inventam ideias e as tornam mais desejáveis e vendáveis, são as pessoas melhor remuneradas. São a elas que se dirigem os olhares das novas gerações e os de seus pais, que creem no espaço de nossos filhos nesse novo tipo de trabalho privilegiado. Ainda assim, mesmo que o discurso não seja falso, o número de empregados deste grupo é relativamente pequeno, a maioria ainda é ocupado em atividades repetitivas. Pouco importa; o socialmente desejado é essa espécie de formação, o que transforma o ideal do mundo do trabalho – ainda que não transforme a realidade desse mundo.

À mudança na economia soma-se, nos países democráticos centrais, o sucesso do Estado Social na realização da liberdade individual. Segundo François de Singly, vivemos em um segundo momento da modernidade²⁶¹ – se a garantia dos direitos fundamentais liberais emancipou-nos do poder absoluto, os direitos econômicos, sociais e culturais permitem nossa diferenciação pessoal. Se temos direitos ante o Estado (o autor diz ante a República, um termo de difícil significação na realidade política brasileira) e esses direitos são verdadeiramente

²⁵⁹ CASTELLS, Manuel. *Op. cit.*, p.18.

²⁶⁰ REICH, Robert. **The work of nations**. Nova York: Vintage Books, 1991, *apud* BAUMAN, Zygmunt. *op. cit.*, p.191.

²⁶¹ DE SINGLY, François. **Les uns avec les autres**. Paris: Hachette, 2003.

garantidos, não precisamos dever obediência a uma família violenta, a um marido abusador ou a um empregador assediador. Não precisamos ficar ligados a tradições que nos desagradem, não dependemos de ninguém, que não a República, para sobrevivermos. Assim, podemos desenvolver nossos valores e preferências, diferenciando-nos dos demais. Os direitos sociais são, assim, fundamentais para o final da organização social em castas. Segue havendo uma relação de dependência, mas não mais uma dependência pessoal que gere deveres advindos da gratidão ou do medo. Uma dependência impessoal que, por ser identificada à generalidade, não gera deveres e que permite o desenvolvimento real da autonomia²⁶².

A nova economia pós-fordista abala a consciência de classe e do “lugar no mundo” de cada um. Mas não é a substituição por um individualismo exacerbado. Novas ligações sociais são possíveis²⁶³, novas solidariedades políticas insuspeitas surgirão, novas relações com as instituições – resta-nos compreendê-las e teorizar a seu respeito. O direito do trabalho realizado a partir de sindicatos, por exemplo, migra para um verdadeiro direito humano do trabalho – ou seja, se as classes não são claras ou fixas, há de se fixar legalmente os limites além dos quais a exploração é insuportável. Da mesma forma, a questão do assédio moral no trabalho passa a ter tanta importância quanto a da exploração em si. Ainda, toda a atuação do Estado providência deve ser alterada – se, antes, um milhão de desempregados era um problema de orçamento, tratado de maneira uniforme, agora o ideal é que haja uma atenção individualizada, voltada ao desenvolvimento da carreira individual de cada um²⁶⁴.

No campo político, ganham espaço a luta por causas, no lugar da luta por partidos. Assim, lutas por temas como a descriminalização do aborto, os direitos de minorias, dos animais, dentre outros, carregam multidões²⁶⁵. Não estamos em um momento de desinteresse com a política, como frequentemente argumentado, mas em um momento de interesses por causas que transcendem partidos e posições políticas. Há pessoas tradicionalmente identificadas com a direita e outras com a esquerda que, ambas, defendem determinada questão ambiental, por exemplo. E isso é possível exatamente pelo discurso de individualização, assentado sobre os

²⁶² Idem, p. 239.

²⁶³ ROSANVALLON, Pierre. *op. cit.*, p. 109. No mesmo sentido, SANTOS, Boaventura. *op. cit.*, p. 88.

²⁶⁴ Idem, p.110.

²⁶⁵ CHEVALIER, Jacques. *op. cit.*, p. 171.

valores do pós-fordismo, bem como pela realização dos Direitos Sociais. O tipo de vínculo que deve unir pessoas livres não é o vínculo da tradição ou do comunitarismo, segundo François de Singly²⁶⁶, mas os vínculos que elas mesmas escolhem, a partir de suas vivências, de suas amizades, de suas preferências e reflexões.

Quais os impactos que essa nova modalidade de trabalho e de formação dos novos trabalhadores tem (e terá) sobre a legitimidade democrática? E quais instituições serão as adequadas para realizar os valores democráticos para essa geração de trabalhadores flexíveis, de indivíduos singularizados?

Preliminarmente, gostaríamos de repisar algumas questões. O velho mundo da indústria pesada, em que proprietários e trabalhadores eram claramente representados, morreu? Mesmo em países periféricos, em que o “novo trabalho” não se verifica, senão como discurso? A resposta é, certamente, não. A maior parte da produção mundial não se dá no campo das ideias, dos novos produtos, de nichos construídos e criados por trabalhadores “artistas”²⁶⁷. A maior parte das empresas e do PIB mundial utilizam modos tradicionais de produção, ainda que as cinco maiores empresas no mundo sejam de estrutura pós-fordista - Apple (US\$ 833,25 bilhões), Amazon (US\$ 734,85 bilhões), Microsoft (US\$ 725,7 bilhões), Alphabet-Google (US\$ 723,48 bilhões) e Facebook (US\$ 505,9 bilhões)²⁶⁸. A concentração da produção em massa e da produção de alimentos em sociedades periféricas faz com que o número de trabalhadores flexíveis, nelas, seja ainda menor. Ou seja, conviveremos, por muito tempo, talvez para sempre, com vários estilos de empresas e de produção, já que os produtos e serviços são diferentes e, muitos, tendem a ser mais adequados à produção massificada.

O que se quer chamar atenção é que o modelo de trabalhador bem sucedido mudou muito nos últimos cinquenta anos. O discurso de como bem formarmos a força de trabalho capitalista envolve todas aquelas características já expostas, cujo cerne é a flexibilidade para adaptar-se a qualquer modelo produtivo e para mudar de emprego muitas vezes na vida, a criatividade e a capacidade de aprender no

²⁶⁶ DE SINGLY, François. *op. cit.*, p. 240.

²⁶⁷ GIDDENS, Anthony. *op. cit.*, p. 649.

²⁶⁸ BITTENCOURT, Angela. *Jornal Valor Econômico*, 27/4/2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/valor-veste/casa-das-caldeiras/5488617/us-8-tri-e-o-valor-de-mercado-das-20-maiores-empresas-diz-ec>. Acesso em: 31 jul. 2018.

curso do processo produtivo. Formamos nossos filhos com essa mentalidade, pouco importando se essa é a realidade dos empregos oferecidos. Trata-se do espírito do tempo²⁶⁹, de um discurso ideológico que influencia a totalidade das pessoas.

Esse novo profissional que, ao fim e ao cabo, é o novo cidadão, como pensa? Resumindo o que se disse até aqui, é alguém que pensa voltado a projetos que se realizam, ou se abandonam, em curto prazo, não estando ligado a empregos rígidos. É flexível, adaptável, criativo. Possui grande autoestima (ou deve possuir), acreditando que sua criatividade, seu “toque de gênio” é o que será a diferença entre o sucesso e o fracasso. Identifica e valoriza os detalhes, o que há de acidental nas coisas. Acredita em suas habilidades pessoais, tanto inatas quanto as adquiridas – vê-se como um produto. Se é quase narcisista sob o ponto de vista da confiança, é humilde ao admitir, como pressuposto, a insuficiência de seus conhecimentos ante a velocidade estonteante do mundo.

Daí se explica o já anunciado engajamento político dessas pessoas em “causas”. A partir de suas experiências pessoais, refletidas, lançam-se à defesa do meio-ambiente, da causa animal (na qual se destaca a luta pelo fim do consumo de carne pelos seres humanos), da liberdade sexual, do aborto²⁷⁰, dentre várias causas. Muitos desses temas são próprios de grupos minoritários na sociedade, que buscam visibilidade e reconhecimento de seus pontos de vista. Não é incomum, nem raro, que pessoas de classes sociais completamente díspares (e que possuem interesses econômicos também diferentes) militem lado a lado por uma causa, fazendo com que a percepção de suas diferenças se atenuem. Existe uma identidade que se forma a partir de “paralelismos entre histórias, uma dimensão narrativa e reflexiva.”²⁷¹ É um tipo de engajamento político absolutamente adequado ao trabalhador flexível – é de curta duração (luta pela aprovação de uma lei, por exemplo, ou a realização de um grande ato de protesto), envolve a criatividade dos

²⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. *op. cit.*, p. 185-186.

²⁷⁰ CAMPERO, Agustín. **El fracaso de la penalización del aborto**. *Jornal El Clarin* de 6/6/2018. Buenos Aires. Disponível em: https://www.clarin.com/opinion/legalizar-aborto-modo-salvar-vidas_0_ry-dkuSg7.html. Acesso em: 8 jun. 2018. Sem organização partidária qualquer, um grande número de pessoas mobilizou-se na Argentina desde o final de 2017 e durante o ano de 2018 para buscar a descriminalização do aborto na conservadora e católica sociedade Argentina. Foi derrotado no Senado.

²⁷¹ ROSANVALLON, Pierre. *op. cit.*, p. 297.

participantes que, pela luta, mostram sua singularidade, sua diferença ante a maioria das pessoas que nunca teriam sido sensibilizadas para a causa.

Pierre Rosanvallon identifica o surgimento de um novo tipo de legitimidade democrática adequada a essa espécie de cidadão, um tipo vizinho da democracia participativa (e que engloba alguns de seus institutos) e que denomina de legitimidade por proximidade²⁷². A ideia central é que, para esse novo momento, o governo heterônomo não pode ser tão distante do cidadão, deve prestar atenção aos detalhes do caso concreto. Os cidadãos desejam “ser escutados, levados em consideração; esperam que o poder esteja atento às suas dificuldades, que se mostre verdadeiramente preocupado de como vivem as pessoas comuns. Cada um espera que sua situação não seja submetida ao corte mecânico de uma regra abstrata”.²⁷³ Se o novo tipo de cidadão se sente único, e vê virtude na diferença, é esperado que ele sinta dificuldades em não ter especificidades levadas em conta. A igualdade republicana assenta-se, com toda a razão do seu tempo, na ideia aristotélica de essência – somos iguais por sermos cidadãos, pouco importa nossas diferenças acidentais. O cerne dessa construção continua valioso, mas precisamos ser diversos nessa igualdade, em uma sociedade que valoriza a diferença.

Note-se que não se trata de reivindicar disparidades de tratamento imotivadas. Trata-se de ganhar a adesão da pessoa pela sua oitiva, pela valorização das suas particularidades. Pesquisas empíricas norte-americanas apontam que a maneira pela qual a pessoa é tratada pela autoridade, o interesse que a autoridade demonstra pelo caso, pode ser mais importante para a percepção da decisão como justa do que o sucesso na demanda²⁷⁴. A tese do indivíduo como absolutamente auto interessado parece falsa; ao menos, o auto interesse nem sempre é ligado a bens materiais, muitas vezes é ligado a respeito e consideração, o que tem efeitos sobre a autoestima dos cidadãos. A partir de estudos de John Thibaut e Laurens

²⁷²Idem, p. 267 e ss.

²⁷³ Idem, *ibidem*. Livre tradução. No original: “Les citoyens souhaitent être écoutés, pris en considération; ils attendent que le pouvoir soit attentif à leurs difficultés, qu’il apparaisse vraiment préoccupé par ce que vivent les gens ordinaires. Chacun voudrait... ne pas être soumis au couperet mécanique d’une règle abstraite”.

²⁷⁴ TYRAN, Jean-Robert; FELD, Lars P. **Why People Obey the Law. Experimental Evidence from the Provision of Public Goods.** Maio de 2001. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/220011500_Why_do_People_Obey_the_Law. Acesso em: 1 ago 2018.

Walker, Pierre Rosanvallon conclui: “O comportamento de uma instituição mais atenta e mais respeitosa reforça o sentimento de auto estima e de identidade daqueles a ela submetidos. Nesse sentido, mais forte a instituição (imparcial e próxima) e mais forte o indivíduo.”²⁷⁵

Um poder público que esteja disposto a ouvir e que seja empático aos problemas das pessoas é um poder democraticamente mais legítimo. Aos poucos, foram-se institucionalizando meios de concretização da legitimidade democrática por proximidade, sobretudo a partir de 1990²⁷⁶ – comitês de bairro, orçamento participativo²⁷⁷, fóruns públicos, consultas populares e referendos revogatórios²⁷⁸. Utiliza-se, frequentemente, a ideia de democracia participativa ²⁷⁹, que é, verdadeiramente, muito semelhante à de proximidade, que tem longa história, desde os tempos de John Dewey²⁸⁰ até o desenvolvimento nos anos 60-70 do século passado. A democracia participativa, então, desenvolveu-se ainda na sociedade estável da representação, das indústrias, dos sindicatos fortes. O que ela deseja, essencialmente, é que a experiência de cada cidadão seja utilizada para se tomarem melhores decisões públicas, que os cidadãos ganhem espaço nessas decisões públicas substituindo parlamentos e partidos. Esses elementos seguem úteis no uso que se propõe desses instrumentos em nossos dias, mas a eles se soma a importância dada ao cidadão, ao respeito que é a essência da ideia de proximidade. Os institutos, por fim, são os mesmos.

O que há de especial nos institutos da democracia participativa que os habilita, também, a legitimar o regime com base na ideia de proximidade é a adequação de muitos deles aos valores e à forma de pensar do novo cidadão, fundada sobre a ideologia do trabalhador flexível. Demonstrando essa ideia,

²⁷⁵ ROSANVALLON, Pierre. op. cit., p. 275: “Le comportement d’une institution plus attentive et plus respectueuse renforce le sentiment d’estime de soi et l’identité de ceux qui ont à faire à elle. Dans ce cas, plus forte est l’institution Impartiale et proche) et plus fort est l’individu.”

²⁷⁶ Idem, p. 319.

²⁷⁷ V., a respeito da experiência local, CHERON, Cibele. **O orçamento participativo de Porto Alegre: análise de uma experiência de democracia participativa**. Dissertação no programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da PUCRS. 2006. Disponível em: <http://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-47112/o-orcamento-participativo-de-porto-alegre--analise-de-uma-experiencia-de-democracia-participativa-e-sua-autonomia-legal>

²⁷⁸ WELP, Yanina. Todo lo que necesitas saber sobre las democracias del siglo XXI. Buenos Aires: Paidós, 2018. p. 332 e ss.

²⁷⁹ GAUDIN, Jean Pierre. **La démocratie participative**. 2 ed. Paris : Armand Colin, 2013.

²⁸⁰ DEWEY, John. **Democracia Cooperativa** – escritos políticos escolhidos. Porto Alegre: EdPUCRS, 2008.

citamos dois valores caros na contemporaneidade. Primeiro, o de criatividade: atuando em fóruns locais, em conselhos de vizinhos ou em Orçamentos Participativos, o cidadão pode pensar soluções novas para os problemas, atuar em equipe e liderar um processo de mudança específica²⁸¹. As capacidades individuais de cada um importam para esses institutos, e isso faz com que as pessoas se sintam valorizadas e com aumento de autoestima ao perceberem que o Estado as valoriza como parceiras na solução de problemas²⁸². Segundo, a política voltada a causas: tanto nos institutos já citados quanto na iniciativa popular de lei, no plebiscito e no referendo, o tipo de engajamento que se espera não é um engajamento pessoal, de suporte a um candidato. Trata-se de um engajamento a uma causa, como, exemplificativamente, uma proteção maior à probidade eleitoral, a proteção de um animal ameaçado, o trajeto que deve tomar uma autoestrada. Realiza-se, por esses instrumentos, a possibilidade de engajamento já argumentado ser típico da contemporaneidade²⁸³.

Uma das ideias que movem o presente trabalho é o da multiplicidade de fontes para a legitimidade democrática dentro de uma sociedade complexa, bem como a de instrumentos jurídicos capazes, e necessários, para realizar a democracia. Não se trata, jamais, de exaltar um instituto em desfavor de outro – da mesma forma que destacamos a primazia dos parlamentos e da democracia representativa, no início deste capítulo, não é o caso de defender que um instituto da democracia participativa seja mais efetivo para a realização da legitimidade por proximidade. Talvez seja, até, o inverso – defender que o uso do referendo local pode instrumentalizar esse tipo de legitimidade é aceitar o seu caráter secundário. Ainda assim, o referendo também pode ser usado com essa finalidade, atende a outras características do homem contemporâneo e, sobretudo, é um instituto aproveitado por outros países, constituindo, para a democracia brasileira, uma oportunidade.

²⁸¹ ROSANVALLON, Pierre. *op. cit.*, p. 324.

²⁸² GAUDIN, Jean Pierre. *op. cit.*, p. 28.

²⁸³ Ao se comparar o engajamento a uma causa com o engajamento político tradicional, fundado em classes sociais e nas funções que a pessoa ocupa no quadro social, percebem-se diferenças marcadas. Não se trata de uma superioridade de um tipo de engajamento sobre o outro – em verdade a política baseada em causas pode ser vista como exageradamente superficial e desagregadora por muitos.

A apresentação do referendo, suas origens, teoria e práticas será feita no capítulo seguinte. Em essência, trata-se de uma consulta popular cuja realização é, na maior parte das vezes, definida pelo parlamento. Discute-se uma ideia, e múltiplos são os processos legislativos possíveis, com maior ou menor participação do povo. No cerne, a convocatória feita pelo Estado (ou seja, há uma formalidade) e, na maior parte das vezes, a vinculação do resultado (a decisão cria deveres jurídicos).

As características do referendo, sobretudo quando local, instrumentalizam o sentimento de legitimidade democrática por atender dois vieses do cidadão contemporâneo que parecem contraditórios. Por um lado, o desejo que ele possui em se engajar em causas e contribuir, com sua criatividade, na busca de soluções²⁸⁴, o que é possível (e comum) na legislação de países em que a iniciativa para o referendo é popular. Por outro, paradoxal que possa parecer, o referendo também atende a outro viés do cidadão contemporâneo, que é a tendência à democracia fugidia, ou furtiva, conceitos já estudados, explorados por John R. Hibbing e Elisabeth Theiss-Morse²⁸⁵.

Os autores de *Stealth Democracy* defendem²⁸⁶ que grande parte dos cidadãos americanos preferem que a democracia funcione, que o processo legislativo crie leis e que os direitos sejam garantidos, sem que lhes seja exigida uma participação ativa²⁸⁷. Os cidadãos desejam que os mecanismos participativos existam, caso eles queiram se envolver ativamente em alguma causa de interesse, desde que isso não se dê com frequência²⁸⁸. Em regra, as pessoas tenderão a fugir do conflito típico de uma participação política²⁸⁹.

A ideia de democracia furtiva foi desenvolvida com base na realidade norte-americana, é bem verdade, não sendo aplicável para todas as sociedades. Mas ela

²⁸⁴ Um exemplo é a opinião de um jovem universitário que votará pela primeira vez e que diz se sentir socialmente integrado e útil ao lecionar em um cursinho preparatório para o ENEM gratuito e voltado para pessoas de baixa renda. Menos ao votar nas eleições. V. OLIVEIRA, Regiane. **Votar não me dá a sensação de participação política. Quero que minha opinião seja levada a sério.** El País Brasil digital, edição de 8/8/2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/06/politica/1533592699_315254.html. Acesso em: 8 ago. 2018.

²⁸⁵ HIBBING, John R., THEISS-MORSE, Elisabeth. *Stealth Democracy*. *op. cit.*

²⁸⁶ E o fazem com base em pesquisas empíricas. *Idem*, p. 236.

²⁸⁷ *Idem*, p. 2.

²⁸⁸ *Idem*, *ibidem*.

²⁸⁹ *Idem*, p. 134.

traz a baila alguns elementos bastante consistentes, que contrariam a ideia da necessidade de um cidadão extremamente engajado para a possibilidade da democracia. Os autores enfatizam: não se trata de elitismo²⁹⁰, nem de populismo²⁹¹, nem de autoritarismo²⁹². O povo não abandonou a democracia. Ao contrário, nela confia, apenas não deseja participar todas as vezes, entende que o conflito, muitas vezes, não vale a pena.

O referendo parece-nos adequado ao cidadão da democracia furtiva, igualmente. Isso porque sua participação limita-se a posicionar-se a respeito de uma pergunta, normalmente em base binária, sem a necessidade de a formular ou de se envolver na campanha. O fato de ser, a pergunta, fechada, não exige demasiadamente do cidadão. Por outro lado, na eventualidade de ser uma causa que lhe comove, o cidadão furtivo pode-se transformar em cidadão ativo. Pode propor um tema, lutar por assinaturas, discutir na campanha. Não é verdadeira, portanto, a duplicidade radical de cidadãos – não há cidadãos puramente furtivos ou ativos. O que há são causas que os emocionam, outras que não. O referendo local parece-nos extremamente adequado a essa natureza dúplice de um mesmo cidadão, que bem se adequa ao tipo de legitimação contemporânea.

Um referendo local tende a apresentar um maior número de oportunidades para a realização da legitimidade por proximidade. As causas que seduzem os cidadãos podem ser nacionais (mesmo globais), mas isso é raro. As lutas do dia-a-dia, porém, tendem a ser mais ligadas a espaços territorialmente mais estritos. Qual natureza deve ter um espaço público, qual o traçado de uma autoestrada, quais as posturas municipais que são adequadas. Essa espécie de questão apaixonará a alguns, e esses poderão participar do processo de configuração do referendo. A outros, não apaixonará; eles apenas serão chamados a votar e, dependendo da legislação de cada país, poderão não atender o chamado.

O que é aceito pela esmagadora maioria²⁹³ dos cientistas e filósofos políticos é o caráter criador de direito do referendo, consubstanciado na obrigatoriedade de

²⁹⁰ Idem, p. 230.

²⁹¹ Idem, p. 235.

²⁹² Idem, p. 238.

²⁹³ John R. Hibbing e Elisabeth Theiss-Morse, por exemplo, discordam. Idem, p. 196-201. Eles argumentam que a participação do cidadão no processo de decisão pode prejudicar a legitimidade

legislativo e executivo cumprirem a decisão popular. Diz Pierre Rosanvallon: “O referendo se impôs, por essa razão, como a forma mais manifesta de apropriação social da política”²⁹⁴. Talvez por isso, as pesquisas de Jean-Robert Tyran e Lars P. Feld apontem que leis que passam por referendo tendem a ser mais cumpridas, mesmo que suas penas não sejam tão graves: “Votar por uma lei mais branda é interpretado como um sinal de cooperação, e induz a uma expectativa de cooperação. Como consequência, as pessoas tendem a obedecer a lei se eles esperam que os outros também o façam.”²⁹⁵ Há um ganho de legitimidade na decisão que é tomada em conjunto por aqueles que serão atingidos. E esse ganho tende a ser significativo, o que, apesar de polêmicas, é um dos motivos para o sucesso dos referendos locais na Suíça, França, Alemanha, Uruguai e Estados Unidos, conforme exporemos no próximo capítulo.

da decisão tomada em virtude da consciência a respeito do que é negociado, da pouca virtude envolvida no processo de negociar.

²⁹⁴ ROSANVALLON, Pierre. op. cit., p. 328. Livre tradução. No original: “Le Référendum s’était imposé pour cette raison comme la forme la plus manifeste de l’appropriation sociale de la politique.”

²⁹⁵ TYRAN, Jean-Robert, FELD, Lars P. op. cit. Livre tradução. No original: “That is, voting for mild law is interpreted as a signal for cooperation, and induces expectations of cooperation. These expectations, in turn, are shown to increase cooperation. As a consequence, subjects tend to obey the law if they expect most others to do so.”

3 REFERENDOS - GENERALIDADES E ADEQUAÇÃO ÀS REALIDADES LOCAIS

Apresentamos, no capítulo anterior, o argumento segundo o qual existe um novo tipo de legitimidade democrática a ser instrumentalizada – trata-se da legitimidade por proximidade, típica de um cidadão que foi educado sob o signo da importância da diferença. Neste capítulo exporemos o funcionamento dos referendos para que se possam identificar, neles, as características próprias de uma tal instrumentalização. O referendo²⁹⁶ diminui a distância entre governo e cidadãos, permitindo ao povo exercer uma parte da soberania que, no discurso democrático, é sua²⁹⁷, especialmente aqueles referendos que se realizam no nível local (ou seja, aqueles que não são nacionais).

O referendo é um dos institutos jurídicos de direito constitucional que mais desperta paixões. E isso deriva de sua própria natureza, de “procedimento pelo qual os cidadãos são chamados a se pronunciar, individualmente, em função de um código preestabelecido, sobre uma questão de caráter real (em oposição a pessoal), seja a título consultivo ou deliberativo”²⁹⁸. Ou seja, todos os cidadãos são chamados a se manifestar, não apenas alguns. É bem verdade que a questão a ser respondida é fechada (o que Francis Hamon chama de “código preestabelecido” na definição apresentada). Por outro lado, o cidadão não escolhe quem escolherá por si. Decide, diretamente, uma matéria de fundo. E desses dois elementos – o grande número de participantes e o fato de se destinar a uma matéria real – surge o caráter emocional que o instituto adquire.

A maioria de seus detratores lembra que o referendo é frequentemente usado por governos autoritários, porém carismáticos e fortes, para colocar em xeque os valores centrais da própria democracia. Como já vimos, não é democrático o regime que acaba com direitos fundamentais, e nada impede que uma maioria inflamada de cidadãos assim o decida. Jean-Marc Sauvé recorda que o referendo pode ser manipulado para dar a ilusão de legitimidade para um governo

²⁹⁶ Que abrange, para os nossos fins, os dois institutos do direito constitucional brasileiro chamados de Plebiscito e de Referendo. A questão será, em breve, analisada.

²⁹⁷ HAMON, François. **Le Référendum, étude comparative**. Paris: LDGJ, 2012, p 11.

²⁹⁸ Idem, p. 17. Livre tradução. No original: “toute procédure par laquelle les citoyens sont invités a se prononcer chacun individuellement, en fonction d’un code préétabli, sur une question de caractère réel (par opposition à personnel) que ce soit à titre consultatif ou à titre délibératif.”

autoritário²⁹⁹. O referendo foi, por exemplo, utilizado pelo governo nazista da Alemanha tanto para o fortalecimento do *Führer* internamente quanto como instrumento de política externa^{300 301}. É frequente o recurso ao referendo pelo mais amplo espectro ideológico das ditaduras ocidentais.

Por outro lado, também é verdade que o referendo, até hoje, foi muito mais usado em democracias do que em ditaduras³⁰². A grande maioria dos referendos nacionais ocorreu na Suíça, país que encarna as virtudes da democracia direta – foram 570 referendos nacionais entre 1875 e 2011³⁰³. Como poucos (apesar de importantes) foram os referendos nacionais na França, bem como referendo nacionais não existem nos Estados Unidos e são muito restritos na Alemanha (apenas para a eventualidade de uma nova Constituição e para reestruturação de território)³⁰⁴, a impressão largamente difundida é que o referendo é instituto pouco utilizado no mundo, uma curiosidade de suíços que, por muito ricos e civilizados, conseguem conviver com esse perigoso instituto.

O estereótipo atribuído ao referendo pode ter sido verdadeiro em algum momento, o que não cremos. Mas ele não mais se sustenta. Se é verdade que os referendos nacionais são pouco numerosos, os locais são uma realidade política cada mais frequente. Por locais, consideraremos toda a organização territorial interna ao país, tais como os Estados e os Municípios, na realidade brasileira. Eles existem, por exemplo, em todos os Estados Alemães, e, apenas em Schleswig-Holstein, 251 processos referendários foram iniciados no período de 1946 a 2010³⁰⁵. No nível municipal, ao mais, o número de referendos é muito grande³⁰⁶: a

²⁹⁹ SAUVÉ, Jean-Marc. *Référendum et démocratie*. In: LAUVAUX, Philippe et al. **Théorie et pratiques du référendum**. Paris: Société de Législation Comparée, 2012, p. 11-24. p. 18.

³⁰⁰ *Idem*, p. 19.

³⁰¹ Austin Ranney lembra que os quatro referendos chamados por Hitler para consolidar seu poder como comandante supremo tiveram participação de 98% dos eleitores inscritos, dos quais entre 98 e 99% aprovaram o aumento do seu poder. E isso em cédulas que só possuíam a palavra “sim” inscrita – os que não concordavam precisariam deixar de inserir a cédula na urna, e isso publicamente. RANNEY, Austin. *Référendum et Démocratie*. Tradução do inglês para o francês por Isabelle Richert. **Pouvoirs** 77. Paris: Seuil, 1996. p. 7.

³⁰² *Idem*, *ibidem*.

³⁰³ GIRAUX, Denis. Le système référendaire em Suisse. In: LAUVAUX, Philippe et al. **Théorie et pratiques du référendum**. Paris: Société de Législation Comparée, 2012, p. 25-52. p. 35.

³⁰⁴ SCHOTT, Stéphane. Le référendum dans le Länder de la RFA. In: LAUVAUX, Philippe et al. **Théorie et pratiques du référendum**. Paris: Société de Législation Comparée, 2012, p. 53-77. p. 54.

³⁰⁵ *Idem*, p. 67. Note-se que, em virtude do funcionamento da lei local, muitas dessas iniciativas inspiraram uma mudança do quadro normativo sem precisar ir à votação popular.

França, que possui uma natural aversão ao instituto, chegou a contar 750 referendos desde 1890. A Alemanha, no período de 1975 a 2005, realizou 3004 referendos³⁰⁷. Nos Estados Unidos, onde o instituto surgiu, no nível local, estima-se que são realizados entre 10 mil e 19 mil referendos locais por ano³⁰⁸.

O presente capítulo buscará identificar as potencialidades do referendo para a realização dos valores democráticos, como instrumento da democracia direta e incentivador da proximidade. Para tanto, apresentará, em uma primeira parte, as características genéricas do instituto (terminologia, tipologia, funções e perigos). Logo após, em uma segunda parte, a especificidade do referendo local (suas origens, funções, as críticas ao instituto e as suas potencialidades para a promoção da democracia).

3.1 Os referendos em geral

A primeira parte do presente capítulo é dedicada a apresentar o instituto do referendo como ele é em nossos dias – eventuais dados históricos servirão para esclarecer os contornos atuais do instituto. O que se busca é a compreensão daquilo que caracteriza o referendo, quais suas múltiplas facetas, tentando antever quais as escolhas que devem ser feitas para que ele possa se constituir em verdadeiro instituto promotor da democracia e da legitimidade por proximidade, integrando cidadãos no processo decisório e trabalhando em conjunto com os parlamentos e eleitos em geral.

Para tanto, iniciaremos esclarecendo algumas questões terminológicas que têm impacto na compreensão do instituto. Após, voltar-nos-emos ao estudo dos vários tipos de referendos, estudo que é, sobretudo, descritivo. Na terceira subparte, veremos as funções que o referendo pode desempenhar dentro dos

³⁰⁶ Os referendos locais têm ganhado uma grande importância no processo de renovação do sistema representativo, na Europa, com a edição de novas legislações locais adequadas à recomendação 1704/2005 da Comissão Europeia. Ela é o quadro normativo básico para a promoção da democracia local e tem, no referendo, um dos seus instrumentos.

³⁰⁷ PREMAT, Christophe. **La pratique du référendum local en France et en Allemagne**. Tese (Doutorado em Sciences de l'Homme et Société) - Institut d'études politiques de Bordeaux. Université Montesquieu – Bordeaux IV. Bordeaux. 2008. Disponível em: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00294728>. Acesso em: 27 jun. 2017. p. 206 a 209.

³⁰⁸ Idem, p. 88.

mecanismos de uma democracia, funções boas e más. Por fim, daremos relevo aos perigos no uso do referendo, perigos que não são poucos e que devem ser evitados na utilização do instituto – mas que são, a nosso ver, sobrevalorizados pela doutrina contrária a sua utilização.

3.1.1 Questões terminológicas, mas não meramente terminológicas

O primeiro estranhamento que o leitor brasileiro tem ao se deparar com a maioria da doutrina estrangeira sobre o assunto é que a palavra mais usada para se referir ao instituto é “referendo”. Raras são as referências a plebiscito, normalmente pejorativas. Surpreende ler, na tipologia dos referendos, a afirmação que “o referendo de orientação [é aquele] que fixa aos governantes um objetivo, sendo-lhes deixada a escolha dos meios para o atingir”³⁰⁹. Esse não seria o nosso plebiscito?

Sim, seria. A estruturação normativa dos institutos do plebiscito e do referendo, no Brasil, repousa, exatamente, sobre essa diferença. O referendo é aquela decisão tomada diretamente a respeito de um texto, seja para colocá-lo em vigor, seja para o retirar. Enquanto o plebiscito é uma votação sobre uma ideia, deixando ao governo decidir quais os meios para realizar essa ideia. Se é de lei que se trata, o legislativo escolherá livremente o conteúdo da lei, desde que se realize a vontade expressada pela maioria no sufrágio plebiscitário. Essa distinção é muito clara para nós³¹⁰, decorrendo, inclusive, de texto expresso da lei 9709/98³¹¹.

Para os fins deste trabalho seria técnico repetir, todas as vezes em que a doutrina estrangeira se refere a referendo, “plebiscito e referendo”. Isso porque a expressão “referendo”, quando usada alhures, refere-se aos nossos dois institutos.

³⁰⁹ HAMON, Francis. *op. cit.*, p. 18. Livre tradução. No original: “le référendum orientatif qui fixe aux gouvernants un objectif tout en leur laissant le choix des moyens pour l’atteindre”.

³¹⁰ Sendo, a propósito, o único conhecimento a respeito dos institutos que a maioria de nós possui, sendo a única que já vimos presente em provas de concursos públicos.

³¹¹ BRASIL. **Lei 9709** de 18 de novembro de 1998: “Art. 2o Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

§ 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.

§ 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.”

A escolha, apesar de técnica, se mostraria cansativa e esteticamente desastrosa. E é por isso que temos utilizado, e seguiremos utilizando, a expressão “referendo” para referir tanto ao plebiscito quanto ao referendo propriamente dito. Seguimos a expressão em língua estrangeira para manter uma unidade no tratamento, ainda que isso traga, sempre, algum estranhamento.

A próxima questão que se impõe é: por que, existindo a palavra ‘plebiscito’, franceses, americanos e ingleses preferem a palavra ‘referendo’? O motivo é histórico, e se liga às primeiras experiências referendárias no mundo, ocorridas na França, após a Revolução. O primeiro referendo, na sua estrutura moderna, havido no mundo foi aquele que aprovou a Constituição de 1793, a chamada Constituição da Primeira República³¹². O projeto de tal constituição dava importante papel para um mecanismo semelhante ao referendo, chamado de “censura popular”, segundo o qual o povo poderia, de maneira semelhante a um referendo derogatório, opor-se a uma lei feita pelos representantes^{313 314}. Note-se que a utilização do referendo já é prevista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ainda que de maneira genérica: “art 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por seus representantes, à sua formação.”³¹⁵.

Apesar dessa alvissareira reflexão referendária inicial, a ideia de conselho (ou júri) popular foi derrotada na constituinte. Robespierre e os jacobinos entendiam que os direitos de irresignação e de desobediência contra uma lei não poderiam ser institucionalizados. E, assim, a proposta de Condorcet foi derrotada ainda na Assembleia, sem ser levada ao povo³¹⁶. E, exatamente por isso, referendos

³¹² HAMON, Francis. *op. cit.*, p. 83.

³¹³ FACCHINI NETO, Eugênio. SALDANHA, Leonardo Tricot. *op. cit.* “implicações são de difícil aceitação para o pensamento majoritário da Revolução Francesa. Não, porém, para Condorcet. O filósofo defendia que a soberania popular deveria se expressar por diversos meios. O povo é duplo, triplo, muitas vezes múltiplo.”

³¹⁴ ROSANVALLON, Pierre. **La contre-democratie**. *op. cit.*, p. 142.

³¹⁵ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão** de 26 de agosto de 1789. Livro tradução. No original: “Art. 6º. La Loi est l’expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation.”

³¹⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. SALDANHA, Leonardo Tricot. *op. cit.* “Segundo Robespierre, a verdadeira finalidade de um tal júri seria impedir que o povo se rebelasse contra situações tirânicas. Um povo acostumado a reclamar para um órgão estatal quando se sente injustiçado é um povo domesticado, incapaz de se revoltar. E esse era, verdadeiramente, o pensamento de Condorcet: institucionalizar a insurreição, evitando que danos laterais e nefastos prevalescessem. Já aí, e de forma muito clara, a ideia de um controle externo ao do parlamento foi rejeitada muito veementemente.”

pós-revolucionários só existiram para ratificar as novas constituições, e com participação popular sempre decrescente.

O referendo ressurgiu com o nome de plebiscito, ou de “chamado ao povo” a partir de 1799. Apenas sete vezes o instituto foi usado, até 1945, quatro vezes por Bonaparte I, três vezes por Bonaparte II, constituindo-se em um dos eixos do regime político denominado “bonapartismo”. Trata-se de um fortalecimento do poder central a partir de uma relação direta entre o chefe e o povo, legando aos corpos intermediários algum pouco poder durante os tempos de maior tranquilidade. Trata-se de uma espécie de autoritarismo, apesar de seu requinte pretensamente democrático (e, em que, admitamos, houve avanços, como o voto nacional e secreto). O imperador assenta-se, diretamente, na vontade do povo, manifestada em plebiscito³¹⁷. Esse sistema prevaleceu até o último dos referendos que, em 1870, marca o início da terceira república, com a limitação dos poderes de Napoleão Terceiro por um parlamento que volta a ter a centralidade perdida.

O certo é que o modelo bonapartista, de união entre o chefe e o povo foi imitado por grande parte dos regimes autoritários ulteriores, no mundo inteiro. Assim, o plebiscito ficou conhecido³¹⁸ como o tipo de consulta popular que serve para fortalecer o poder central (o executivo), em face dos outros poderes. Até hoje, quando um referendo assume uma dimensão de confiança, ou não, no trabalho do prefeito (por exemplo), diz-se que é um referendo de natureza plebiscitária. E a tradição é especialmente forte na França onde é comum prefeitos abandonarem seus cargos ao verem suas posições derrotadas nos referendos. Dizer a um governante que ele chamou um plebiscito é uma ofensa; equivale a afirmar que ele não possui os valores democráticos, e que quer manipular o povo para fortalecer o seu poder.

É curioso observar que, na Alemanha, o termo plebiscito não possui o mesmo conteúdo negativo que possui na França, nos Estados Unidos e na Inglaterra (entre outros). Lá, a palavra “Plebiszit”³¹⁹ engloba todas as votações, mesmo as representativas, diferenciando o tipo de democracia que se realiza por

³¹⁷ HAMON, Francis. *op. cit.*, p. 87.

³¹⁸ DENQUIN, Jean-Marie. **Référendum et plebiscite. Essai d’une théorie générale.** Paris: LGDJ, 1976, p. 6. O autor faz uma arqueologia dos termos, demonstrando a prevalência desse significado na língua francesa.

³¹⁹ PREMAT, Christophe. *op. cit.* p. 35.

meio do voto de todos os outros mecanismos democráticos. Aproxima-se da noção que temos de “direitos sufragiais” que são, no nosso direito, exatamente aqueles realizados por meio do voto.

3.1.2 Tipologia dos referendos e procedimentos

O referendo é um instituto em crescimento na Europa e em várias outras partes do mundo. A diferença das tradições políticas e, portanto, das legislações, faz com que sua análise unificada seja complexa. Mas é essa análise que pode abrir portas para a compreensão das várias funções que o instituto pode desempenhar no funcionamento dos regimes políticos em que se insere, conforme veremos na próxima subparte. Passaremos, portanto, à tentativa de apresentar uma tipologia dos referendos, questão que se imbrica com o procedimento adotado.

O referendo sempre é, como vimos, uma consulta feita à totalidade do povo a respeito de uma questão real, ou seja, não de índole representativa. Seu objeto pode ser, então, uma ideia abstratamente considerada, mas também pode ser uma proposta de emenda constitucional, uma lei ordinária ou um ato administrativo, seja normativo ou concreto.

Será a força jurídica atribuída à decisão popular que definirá a **natureza** do referendo. Denominamos de consultivo aquele referendo cuja decisão nada mais é do que um elemento de apreciação para os governantes³²⁰. Ele não “modifica o direito existente: a definição de referendo consultivo é, então, negativa, o que explica sua heterogeneidade, que se manifesta tanto do ponto de vista formal quanto material.”³²¹ Do ponto de vista formal, o uso de um referendo consultivo não depende de previsão legal, já que não se transfere poder – qualquer governante, em uma democracia, pode fazer uma consulta antes de tomar uma decisão. Do ponto de vista material, existe uma imensa liberdade a respeito do que

³²⁰ HAMON, Francis. *op. cit.* p. 18.

³²¹ DENQUIN, Jean-Marie. *Référendums consultatifs. Pouvoirs* 77. p. 77-93. Paris: Seuil, 1996. p. 82. Livre tradução. No original: “Le référendum est consultatif, en revanche, s’il ne modifie pas le droit existant : la définition du référendum consultatif est donc négative, ce que explique l’hétérogénéité de celui-ci. Hétérogénéité qui se manifeste à deux niveaux : d’un point de vue formel et d’un point de vue matériel”.

se pode perguntar ao povo, mesmo que a pergunta apenas tangencie a lei ou uma política pública.³²²

O referendo orientativo é uma espécie do gênero consultivo, já que, por si, não gera uma mudança no ordenamento jurídico. Sua particularidade é que ele engaja o poder público autor da consulta na realização do resultado fixado pelo povo. Ao poder consulente não é dado deixar de cumprir a decisão tomada – ele está juridicamente vinculado³²³. É o caso do nosso Plebiscito que tem por objeto uma ideia, não uma regra jurídica, propriamente. Pode-se discutir, ainda assim, a viabilidade de tal vinculação. No direito brasileiro, por exemplo, os atos legislativos ou administrativos elaborados em cumprimento da decisão plebiscitária não precisam passar por um referendo. Assim, o grau de vinculação do legislador ou do administrador é de difícil aferimento – poderia haver controle de conteúdo da lei cujo motor principal foi estabelecido em plebiscito em face desse motor? Parece-nos difícil, ante o poder representativo que a própria constituição dá ao parlamento.

Por fim, tem-se o referendo deliberativo, que é aquele que possui força suficiente para modificar o ordenamento jurídico. Isso por que a legislação ou o ato administrativo (existente ou proposto) é o objeto, mesmo, da consulta – pergunta-se ao povo se ele está de acordo, ou não, com um texto. E a decisão é capaz de gerar, por si, imediatamente³²⁴, uma mudança no direito. Se a pergunta deu-se sobre uma lei existente, para que ela deixe de existir, o referendo é chamado de abrogatório, ou revogatório; se se deu sobre lei que não existe, mas que passará a existir se for aprovada em referendo, chama-se o referendo de confirmatório, ou criador³²⁵ ou, se o texto foi proposto pelo povo, de referendo propositivo ou Referendo de Iniciativa Popular (RIP - existentes no nível constitucional na Suíça e no nível legal na Itália)³²⁶.

³²² Idem, p. 85.

³²³ HAMON, Francis. *op. cit.* p. 18.

³²⁴ Quando dizemos “imediatamente”, não estamos inviabilizando a possibilidade de previsão de *vacatio legis*. Como sabemos, a *vacatio* atinge a exigibilidade, não a existência, do direito.

³²⁵ DENQUIN, Jean-Marie. *op. cit.*, p.82.

³²⁶ Idem, *ibidem*.

Outra classificação que auxilia na compreensão do referendo, suas funções e seu alcance, diz respeito à **necessidade** de sua convocação. Sob esse ponto de vista, um referendo pode ser obrigatório, facultativo ou vedado.

Obrigatórios são aqueles referendos que participam de determinados, e bastante raros, processos legislativos ou procedimentos administrativos. O primeiro exemplo que nos salta é a necessidade de plebiscito para alterações territoriais no Estado Federal Brasileiro³²⁷. Ainda que se possa discutir a necessidade de aprovação da proposta de alteração do território do município no plebiscito para que ele seja, efetivamente, aprovado, o certo é que a consulta popular deverá ocorrer, sob pena de nulidade de todo o procedimento de alteração territorial, aí incluídas as leis emanadas. A mesma obrigatoriedade de referendo é estabelecida na República Federal da Alemanha.³²⁸

Obrigatórios são os referendos a respeito de todas as Emendas Constitucionais, bem como para a adesão a organizações internacionais, na Suíça. Para a proposição de Emenda Constitucional, são necessárias as assinaturas de cem mil cidadãos, a serem recolhidas nos dezoito meses posteriores ao depósito da proposta³²⁹. É curioso perceber que, no nível federal, esse é o único referendo propositivo de que dispõe a população – não há referendo propositivo de lei ordinária, há revogatório. Assim, a Constituição Suíça tende a absorver demandas que não são, usualmente, atendidas no texto constitucional. Há uma espécie de constituição analítica devido à participação popular, o que não deixa de ser

³²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5 de outubro de 1988: Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.”

³²⁸ ALEMANHA. **Constituição da República Federal da Alemanha**. 23 de maio de 1949. Versão em português disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2017. Art. 29, 3.

³²⁹ SUÍÇA. **Constitution fédérale de la Confédération suisse**. de 18 de abril de 1999. Versão francesa disponível em: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html#a139>. Acesso em: 08 jul. 2017: Art. 139. Initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution: 100 000 citoyens et citoyennes ayant le droit de vote peuvent, dans un délai de 18 mois à compter de la publication officielle de leur initiative, demander la révision partielle de la Constitution.

curioso. A aprovação da Emenda Constitucional dependerá do voto da maioria dos cidadãos e, ainda, de, ao menos, oito Cantões (que são os Estados Federados Suíços).³³⁰

Os referendos obrigatórios são, normalmente, chamados pelo parlamento, como é o caso da Austrália, da Dinamarca, da Irlanda e, mesmo, da Suíça (já que o parlamento chama o referendo obrigatório no caso de adesão a organização internacional, dentre outros casos)³³¹. Referendo obrigatório que é iniciado pelo povo, como explicado no parágrafo anterior, é caso exclusivo da Suíça, ao menos no nível nacional – dado que a Califórnia também tem o instituto³³².

Há referendos vedados ou, melhor, assuntos que são de tratamento vedado em referendos. Essa vedação pode ser explícita ou implícita. É certo que a vedação explícita, como todo o mais, varia de acordo com a legislação nacional, mas, em regra, há exclusão de medidas urgentes, leis de anistia, leis relativas ao regime jurídico dos servidores públicos, as leis orçamentárias e as leis fiscais³³³. Na Suíça, mesmo as leis fiscais podem ser objeto de referendo. As vedações implícitas são as mesmas que sofreria uma lei normal, que não passem por referendo. Assim, na maioria dos países, não poderá uma lei ordinária desrespeitar a constituição, nem uma Emenda Constitucional violar cláusulas pétreas³³⁴ apenas pelo fato de terem origem referendária. Isso vale para o Brasil e, da mesma forma, para a Alemanha, em que os referendos estaduais sempre podem ser controlados, em sua constitucionalidade, ante as Cortes Constitucionais Estaduais e, no caso de referendos federais, ante o Tribunal Constitucional Federal³³⁵. A situação não é a mesma, porém, na França, em que o Conselho Constitucional possui jurisprudência firme, reasentada em decisão de Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC) em 2014, que afirma que “As leis adotadas pelo Povo francês em um referendo constituem a expressão direta da soberania nacional. Nenhuma disposição da Constituição ou de uma lei orgânica dá competência ao Conselho Constitucional

³³⁰ HAMON, Francis. *op. cit.*, p. 116.

³³¹ *Idem*, p. 28.

³³² *Idem*, *ibidem*.

³³³ *Idem*, p.25.

³³⁴ Cláusulas pétreas é o nome que a doutrina dá a uma técnica de redação constitucional que subtrai certos assuntos da possibilidade de revisão (total ou parcial) por parte do poder revisor instituído pelo poder constituinte.

³³⁵ SCHOTT, Stéphane. *op. cit.*, p. 59

para examinar a conformidade à Constituição das leis adotadas em referendo.”³³⁶ O controle de constitucionalidade das leis ordinárias adotadas pelo parlamento é possível, exatamente utilizando a QPC; o controle das leis referendárias, não. A essa regra apenas parece-nos escapar a única cláusula pétrea da constituição francesa de 1958 – a perpetuidade da República. A pouca proteção do conteúdo normativo da constituição ante uma lei referendária, ainda que se leve em conta toda a tradição, parece-nos um perigo desnecessário de ser corrido.

Ainda quanto à necessidade de referendo, chegamos ao último tipo, qual seja, o referendo facultativo. Nele, o órgão constitucional ou legalmente competente convoca o referendo por vontade sua – não estaria obrigado a convocar, mas o faz por livre decisão. A grande maioria dos referendos havidos no mundo é facultativa – mas é grande a diferença entre os referendos facultativos se advindos do legislativo, do executivo, ou do povo.

No Brasil, apesar de raríssimos casos, os referendos facultativos são, sempre, de competência do órgão encarregado de tomar a decisão que será submetida ao povo³³⁷. Assim, se o Congresso Nacional entender que uma lei deva ser objeto de referendo, o determina, comunicando à Justiça Eleitoral para a realização da consulta. O mesmo fará o Presidente da República, no âmbito de sua competência, ou os poderes locais, como veremos em outro capítulo. O certo, porém, é que o poder que chama o referendo não precisaria fazê-lo.

Não há, entre nós, referendo ou plebiscito de iniciativa popular. É certo que há projetos de lei de iniciativa popular, como sabemos, para a apresentação dos quais é necessária a assinatura de um por cento do eleitorado nacional, dividido em, pelo menos, cinco Estados, desde que, em cada estado, os proponentes representem 0,3% dos eleitores daquele Estado³³⁸. Nada impede que o povo faça um projeto de lei de origem popular que preveja um referendo. No caso, ainda

³³⁶ FRANÇA. **Conselho Constitucional**. Decisão nº 2014-392 QPC, de 25 de abril de 2014. Disponível a partir de <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/mai-2014-les-lois-adoptees-par-le-peuple-francais-a-la-suite-d-un-referendum.141510.html>. Acesso em: 8 jul. 2017. Livre tradução. No original: “Les lois adoptées par le Peuple français à la suite d'un référendum constituent l'expression directe de la souveraineté nationale. Aucune disposition de la Constitution ou d'une loi organique prise sur son fondement ne donne compétence au Conseil constitutionnel pour examiner la conformité à la Constitution des lois adoptées par référendum.”

³³⁷ BRASIL. **Lei 9709** de 18 de novembro de 1998, art. 2.

³³⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, art. 61, §2º.

assim, seguiria sendo competência do Congresso Nacional aprovar, ou não, o projeto de lei de iniciativa popular podendo, em outras palavras, negar a convocação do referendo. O que chamamos de Referendo de Iniciativa Popular aqui é, apesar da similitude das palavras, coisa bem diversa. É a possibilidade do povo, a partir de certo número de assinaturas, impor a realização do referendo. Esse tipo de referendo usado, sobretudo, com intuitos revogatórios, é desconhecido no direito pátrio.

Assim, o referendo facultativo poderá vir a ser convocado por atores diversos, de acordo com a legislação e a tradição democrática de cada país. Dependendo de quem convoca, o referendo terá funções dentro do sistema político que são bastante diversas.

O referendo facultativo pode ser chamado pelo poder legislativo. É a situação que o parlamento submete ao povo uma lei que já foi aprovada e está em vigor (referendo de eficácia revogatória), ou um projeto de lei, ou parte de uma lei cuja vigência dependa da manifestação popular. É o tipo de referendo que melhor se adequa ao regime representativo, e não é surpresa que seja o único conhecido em países de tradição parlamentar forte, como é o caso da Grã-Bretanha, da Suécia ou da Noruega – países em que os referendos são raros e que a importância do poder legislativo é muito grande³³⁹. O que leva o parlamento a se convocar o referendo pode ser o fortalecimento de sua autoridade, uma espécie de voto de confiança popular ao discernimento dos representantes, ou a sensibilidade cultural da questão (como a legalização do aborto ou do divórcio), ou a verdadeira divisão no seio do parlamento, que será resolvida pelo detentor último da soberania.

Também chamados pelo parlamento, mas com outro prisma e outro viés, são os referendos convocados pela minoria parlamentar, como ocorre na Dinamarca³⁴⁰ e na Renânia-Palatinado, Estado-Membro da Alemanha³⁴¹. Trata-se de sistema já não tão adequado à ideia de soberania do parlamento, – há a possibilidade de questionamento da lei feita por parte da minoria, que, em ambos os casos apresentados, deve-se expressar por um terço do parlamento. Ainda assim, não se trata de uma minoria irrisória – apenas questões que dividam muito

³³⁹ HAMON, Francis. *op. cit.*, p. 26.

³⁴⁰ *Idem*, p. 27.

³⁴¹ SCHOTT, Stéphane. *op. cit.*, p. 57.

radicalmente o país conseguirão um terço dos parlamentares para chamar um referendo do estilo. No mesmo sentido de proteção da minoria parlamentar, a Constituição Italiana estabelece uma possibilidade de convocação de referendo no procedimento das emendas constitucionais. Diferentemente da Suíça, o referendo não é obrigatório no procedimento de emendas na Itália, mas ele pode ser chamado por um grande número de legitimados, dentre os quais um quinto dos membros de qualquer casa parlamentar, desde que a aprovação não se tenha dado por dois terços de cada casa.³⁴²

O referendo facultativo pode ser iniciado pelo governo (poder Executivo) em alguns casos, sendo a França o principal modelo do tipo³⁴³. A França adota, a partir da constituição de 1958 (V^a República) um sistema político peculiar, chamado de Semipresidencialismo³⁴⁴. Nele, o Presidente da República divide com o Primeiro Ministro grande parte das funções governativas. O Presidente não é um mero símbolo da nacionalidade, como ocorre nos sistemas parlamentaristas tradicionais – ele dirige os destinos do governo, sendo o principal responsável, aos olhos do povo, pelo sucesso ou insucesso do mesmo.

Não surpreende que seja o Presidente da República o responsável pela convocação dos referendos nacionais. Se é verdade que o artigo 11 da constituição francesa³⁴⁵ também prevê a possibilidade de convocação parlamentar, a prática do

³⁴² ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**. Versão traduzida para o português pela Província de Milão. Disponível em: [http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf). Acesso em: 10 jul. 2017. “Art. 138. As leis de revisão da Constituição e as outras leis constitucionais são adoptadas por cada uma das Câmaras por duas deliberações sucessivas com intervalo não inferior aos três meses, e são aprovadas com maioria absoluta pelos membros de cada uma das Câmaras na segunda votação. As próprias leis são submetidas a referendo popular quando, no prazo de três meses da sua publicação, são pedidas por um quinto dos membros de uma Câmara ou quinhentos mil eleitores ou cinco Conselhos regionais. A lei submetida a referendo não é promulgada, se não for aprovada pela maioria dos votos válidos. Não há lugar a referendo se a lei tiver sido aprovada na segunda votação de cada uma das Câmaras com a maioria de dois terços dos seus membros.”

³⁴³ A França é um modelo para os referendos facultativos operados pelo executivo, mas não é caso isolado. O Estado de Baden-Württemberg também o adota. SCHOTT, Stéphane. *op. cit.*, p. 57. O Brasil também tem a hipótese de referendo facultativo convocado pelo Presidente da República, mas apenas para atos administrativos de sua lavra – ou seja, é bem outra a função se comparada com o que, aqui, vemos.

³⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.234 – 234.

³⁴⁵ FRANÇA. **Constituição da República Francesa**, de 4 de outubro de 1958. Texto disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/constitution/constitution.pdf. Acesso em: 10 jul. 2017. “Art. 11. Le Président de la République, sur proposition

instituto ainda não verificou ocorrências³⁴⁶ – é o Presidente que pode convocar o referendo – e o faz poucas vezes. Foram nove os referendos nacionais convocados desde 1958: três sobre a modificação do estatuto de um território, três sobre mudanças institucionais e três sobre ratificação de tratados³⁴⁷. Há duas fases marcadas: os referendos do período Gaullista (1959 a 1969) e o período ulterior³⁴⁸. Nos referendos do período de Charles de Gaulle, a consulta servia tanto para decidir uma questão complexa quanto para reforçar o poder do chefe – são outros tempos, muito mais democráticos, se comparados com os de Napoleão. Mas o “chamado ao povo” do período imperial é utilizado pelo General. Após sua morte, os referendos vão se tornando cada vez menos plebiscitários (apesar de diferenças entre eles, certamente; imenso o esforço pessoal de Mitterrand, por exemplo, para aprovar os tratados de Maastricht, conformadores da União Europeia) até o ponto de o referendo a respeito da Constituição da Europa ter decidido contrariamente ao que defendido pelo governo, sem que isso gerasse um impacto sobre o governo que o desestabilizasse gravemente.

Por fim, o referendo facultativo pode ser iniciado pelo povo, a partir da assinatura de certo número de cidadãos. No nível nacional, o exemplo de maior

du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux Assemblées, publiées au Journal Officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.” Em tradução para o português disponibilizada pelo Conselho Constitucional em http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf “o Presidente da República, através de proposta do Governo durante as sessões ou através de proposta conjunta das duas Assembleias, publicadas no Diário Oficial, pode submeter a um referendo qualquer projeto de lei sobre a organização dos poderes públicos, sobre reformas relativas à política econômica, social ou ambiental da Nação e sobre os serviços públicos que contribuem para a sua efetivação ou que visem a autorização da ratificação de um tratado que, sem ser contrário à Constituição, afetaria funcionamento das instituições.

³⁴⁶ Trata-se de uma lei constitucional de 2008 que estabeleceu um procedimento híbrido para a chamada de um referendo facultativo, hipótese ainda não usada. Trata-se da possibilidade de uma iniciativa de 1/5 dos parlamentares, com o apoio de 10% dos eleitores inscritos (ou seja, quatro milhões e meio de eleitores). Trata-se de um número difícil de ser alcançado, indubitavelmente. E, ainda que um dia seja alcançado, o parlamento ainda pode aceitar a lei, evitando o referendo.

³⁴⁷ São eles: o da modificação sobre a política argelina (1961), os Acordos de Evian (1962) e o Estatuto da Nova-Caledônia (1988); eleição direta para presidente (1962), Senado (1969) e a diminuição do mandato do Presidente da República de sete para cinco anos (2000); aumento das comunidades europeias (1972), Maastricht (1992) e o tratado constitucional europeu (2005), que foi o único a ser rejeitado.

³⁴⁸ HAMON, Francis. *op. cit.*, p. 100.

brilho é o da Suíça, apesar de ter importância o caso italiano; nos níveis locais mais amplos (regionais), o da Alemanha e dos Estados Unidos.

A fixação do número de assinaturas necessário para o início do procedimento referendário é feito de maneira fixa na Suíça (cinquenta mil assinaturas para o referendo revogatório, cem mil para o propositivo que, como vimos, é, sempre, constitucional) e na Itália (quinhentos mil, para um referendo revogatório). Nos Estados dos EUA, o número é fixado em uma percentagem de 5 a 10% dos eleitores ativos, ou seja, daqueles que votaram na última eleição representativa, o que é bem mais favorável ao procedimento do que a fixação do total dos inscritos, como acontece no Uruguai, onde são necessários 10% dos inscritos se o referendo é propositivo e 25% se é revogatório³⁴⁹. Ainda assim, quinze foram os referendos convocados no Uruguai de 1989 a 2009³⁵⁰.

A Suíça é o país em que o modelo referendário mais se desenvolveu, tendo um uso cotidiano. Desde 1875 (data de uma reforma na lei de participação direta) até 2011, foram 570 votações nacionais, das quais 276 aprovações e 294 rejeições³⁵¹. Os referendos facultativos derogatórios têm por objeto a lei e alguns tratados, sendo que as assinaturas devem ser reunidas nos noventa dias posteriores à feitura da lei – período após o qual se torna impossível o referendo derogatório. E, diferentemente do que acontece com as Emendas Constitucionais, a aprovação dos referendos revocatórios não dependem da vitória em oito Cantões³⁵².

Nos Estados Unidos nunca houve referendo nacional, mas o instituto é muito desenvolvido no nível local. A maioria dos Estados possui um referendo facultativo de origem parlamentar, mas um menor número possui referendos de origem popular – vinte e quatro Estados, o que tampouco é insignificante.³⁵³ A maioria desses Estados é do Oeste, apesar de o instituto ter nascido na Nova

³⁴⁹ HAMON, Francis. *op. cit.*, p. 38 – 39.

³⁵⁰ LARROSA, Sebastián Chocca. **25 Años de Democracia Directa em Uruguay: “Razones del Fracaso/ Claves del Éxito”**. Artigo apresentado nas IX Jornadas de pesquisa da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade da República, Montevideu, ocorrida de 13 a 15 de setembro de 2010. Disponível em: http://cienciassociales.edu.uy/wp-content/uploads/2013/archivos/Mesa_49_Chocca.pdf. Acesso em: 10 jul. 2017.

³⁵¹ GIRAUX, Denis. *op. cit.*, p. 33

³⁵² HAMON, Francis. *op. cit.*, p. 116.

³⁵³ LASSALE, Jean-Pierre. Le référendum aux États-Unis. **Pouvoirs** 77. p. 149-162. Paris: Seuil, 1996. p. 157

Inglaterra, mais especificamente em Massachusetts e New Hampshire³⁵⁴. Há referendos constitucionais, consultivos, deliberativos – mas o mais comum e importante é o derogatório, em que o número de assinaturas que devem ser recolhidas para que o procedimento inicie varia de 2%, no Massachusetts, a 15%, no Wyoming³⁵⁵. Sempre calculados com base no número total de eleitores que votaram na eleição representativa anterior.

A vitalidade dos referendos facultativos de origem popular também é grande na Itália, onde, de 1974 a 1995, quarenta referendos derogatórios foram realizados³⁵⁶. Como já se apontou, quinhentos mil é o número de assinaturas necessário para que se comece o procedimento, um número que não é tão alto. Ao mais, o povo habituou-se ao instituto, o que levou, por exemplo, a 11.582.396 cidadãos assinarem um pedido de referendo em 1996³⁵⁷. E o referendo tem tido importante impacto tanto sobre a legislação italiana quanto sobre a evolução cultural daquele país. Em 1974, um movimento político conservador contrário ao divórcio conseguiu convocar um referendo que visava revogar a lei permissiva. A lei do divórcio foi mantida pela população italiana por uma maioria de 59,3%, em um referendo que teve a participação de 87,7% dos eleitores inscritos³⁵⁸.

Pode-se observar, a partir daquilo que nesta subparte se expôs, que os referendos têm origem muito diversas entre si. Alguns são obrigatórios, assentados na importância da soberania popular para tomar as decisões mais importantes do país. Os facultativos, algumas vezes são chamados pela maioria parlamentar; outras, pela minoria. Outras, pelo Chefe de Estado. Não se pode supor que os objetivos de atores políticos tão diversos sejam os mesmos. Mesmo o povo, ao chamar um referendo propositivo ou um revogatório, possui uma motivação bastante diversa. Passaremos a analisar as funções mais importantes que o referendo desempenha nos diversos ordenamentos em que se insere.

³⁵⁴ Idem, p. 152-153

³⁵⁵ Idem, p. 157

³⁵⁶ MANZELLA, Andrea. Le référendum italien. **Pouvoirs** 77. Traduzido do italiano para o francês por Mariangela Portelli. p. 137-148. Paris: Seuil, 1996. p. 137

³⁵⁷ Idem, ibidem.

³⁵⁸ Idem, p. 145.

3.1.3 As funções desempenhadas pelos referendos de acordo com os procedimentos adotados e os atores mais relevantes

Não há como se falar DO referendo, como tipo ideal. Esse instituto pode ter uma prática extremamente democrática, que insere pessoas na discussão pública, que faz avançar costumes e que valoriza o papel do representante, mais racional e menos extremista. E também pode ser a morte da democracia, uma vez que seja utilizado com esse objetivo – a força simbólica que encerra é prodigiosa e devastadora. Por outro lado, é possível recolher as funções que o referendo exerce em cada realidade. A diferença dessas funções assenta-se na iniciativa, já estudada, mas, também, nos procedimentos escolhidos e nos atores envolvidos no processo. E é isso que se estudará nesta subparte, dando ênfase aos usos vantajosos do instituto, deixando para a próxima os perigos envolvidos em seu uso.

A mais tradicional função desempenhada pelo referendo nos sistemas políticos ocidentais é o de ser uma **forte manifestação** da soberania popular. A ideologia democrática diz que o poder é do povo – qual maneira mais propícia de identificar a vontade do povo, senão em um procedimento em que todos os cidadãos se manifestam diretamente a respeito de um assunto, que é de interesse comum e que ditará suas vidas? Assim, o referendo não é apenas um procedimento decisório – ele ocupa um papel legitimador que resulta da força simbólica que ele encerra. O referendo, com essa função, importa em três tipos de momentos distintos.

Primeiro, o momento das grandes mudanças institucionais. Muitos países têm a tradição de fundar novas ordens institucionais submetendo as novas constituições a referendo. A França funda essa tradição, e a atual constituição, apesar de promulgada em 4 de outubro de 1958, foi submetida a referendo em 22 de setembro daquele ano. Sustenta, ao chamar o preâmbulo, a referência processual e histórica a esse fato: “O Governo da República, em conformidade com a lei constitucional de 3 de junho de 1958, propôs, o povo francês adotou, o Presidente da República promulga a lei constitucional cujo teor segue”³⁵⁹. E é

³⁵⁹ FRANÇA. **Constituição da República Francesa**. Disponível em língua portuguesa em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 11 jul. 2107.

exatamente a referência simbólica ao povo que adota a constituição que é fortalecida pelo referendo. A existência de uma consulta popular formal dá ao processo de feitura de uma nova constituição³⁶⁰ ou, mesmo, de reforma³⁶¹, uma força de legitimação que é incomparável.

Há críticas a respeito do poder do referendo para dar a aparência de legitimidade a qualquer ordem constitucional, mesmo autoritária. Em momento futuro analisaremos essas críticas mais detidamente – reconhecemos, aqui, que o referendo possui grave e terrível força simbólica que pode, sim, ser usada com propósitos antidemocráticos.

O segundo momento em que essa forte manifestação da soberania pode ser usada é o da busca de um voto de confiança do povo no seu governo ou no seu parlamento. Quando o órgão que convoca o referendo é o Chefe do Estado, e, em muitas vezes em que é a maioria parlamentar, o que se busca é um aval do povo para a política desenvolvida que deverá, segundo a firme convicção daquele que convoca, ser ratificada pelo povo. Quando o Presidente da República Francesa chama um referendo, “a questão normativa é eventualmente secundária em relação à questão política: o referendo é, ao mesmo tempo, um *chamado ao povo* a aprovar o texto proposto, e, ao fazê-lo, renovar a confiança no chefe de Estado.”³⁶² Essa ideia de “chamado ao povo” possui raízes no bonapartismo, mas é desenvolvida na segunda metade do século XX pelo General Charles de Gaulle – o governo (1º ministro) é responsável em face do parlamento; o Presidente, em face do Povo³⁶³. Todos os referendos chamados por De Gaulle enquanto era chefe de Estado tiveram essa natureza de confirmação.

³⁶⁰ A Constituição da Alemanha estabelece, no art. 146, que uma nova constituição só poderá ser “adotada em livre arbítrio por todo o povo alemão.” Isso parece indicar, e parte da doutrina o tem por certo, que uma nova constituição para a Alemanha só poderia ser adotada se passasse por referendo. v. SCHOTT, Stéphanne. *op. cit.*, p. 53.

³⁶¹ A Suíça, como vimos, vai ainda mais longe – todas as emendas constitucionais precisam ser submetidas a referendos. Entende, a constituição suíça, no art. 139, que a mudança constitucional também possui a essencialidade que faz importar a consulta popular. Da mesma forma, a Dinamarca, que exige a aprovação de 40% da população às Emendas Constitucionais aprovadas pelo parlamento. v. HAMON, Stéphane. *op. cit.*, p. 170.

³⁶² HAMON, Stéphane. *op. cit.*, p. 65-66. Livre tradução. No original: “l’enjeu normatif est parfois secondaire par rapport a l’enjeu politique : le référendum constitue en même temps un *appel au peuple* car, en approuvant le texte qui lui est proposé, ce dernier est censé renouveler sa confiance au chef de l’État.”

³⁶³ Idem, p. 67, citando fórmula de René Capitant.

Da mesma maneira, um parlamento que pode chamar um referendo apenas pela maioria dos seus membros, como é o caso do Reino-Unido, da Suécia e da Noruega tende a o chamar apenas em casos muito raros, para reforçar a autoridade do parlamento, sua racionalidade e representatividade. Mas há exceções, o que nos faz chegar ao terceiro motivo para se usar a imensa força que um referendo nacional encerra.

O terceiro motivo, referido, é o de dar resposta “definitiva” a questão difícil, que o parlamento - pelo equilíbrio de forças presentes - ou a própria sociedade - pela dificuldade da questão - necessitam de uma decisão clara, forte, que coloque um fim (ainda que, necessariamente, momentâneo) à questão.

Um bom exemplo do primeiro caso é o do surgimento do referendo no Reino-Unido, país de tradição parlamentar extremamente antiga. O país teve o seu primeiro referendo em 1975, a respeito dos termos da adesão do mesmo à Comunidade Econômica Europeia (CEE), à qual tinha aderido em 1973, durante o governo do conservador Edward Heath. Após a eleição de fevereiro de 1974, o governo mudou, foram os trabalhistas que negociaram os termos da adesão. Como o partido não estava unido em torno do projeto de ingresso na CEE, o primeiro ministro Harold Wilson comprometeu-se a submeter tais condições de entrada a um referendo, em 5 de junho de 1975. Foi vitorioso, com o voto de 2/3 dos cidadãos³⁶⁴. Mas, note-se, foi uma questão conjuntural que fez nascer o referendo no Reino Unido. Não há uma tradição de governança direta nas ilhas e, após este, apenas dois referendos se deram – um sobre a reforma eleitoral e outro a respeito da saída do Reino Unido da União Europeia – o chamado Brexit.³⁶⁵

O segundo caso de uso do referendo para tomar uma decisão difícil, que ponha um fim a discussões de grande apelo emocional, é o caso da Itália. Como já vimos, a tradição referendária desse país é rica, tudo ao contrário do que no Reino Unido. Exatamente por isso, o referendo é visto como um meio de solução das questões que dividem a sociedade italiana. Ele dá um elemento de realidade a questões que, sem ele, ficariam destinadas à eterna discussão passional das

³⁶⁴ Idem, p. 166.

³⁶⁵ HAMON, Francis. Le référendum n'est qu'une caricature de la démocratie ? in **Le Débat**, 193. Paris : Gallimard, 2017. p. 141-151

convicções³⁶⁶. Em 1974, o Movimento pela Vida, católico, conseguiu o número de assinaturas necessário para iniciar o referendo derogatório da lei do divórcio. Em um país em que mais de 90% dos cidadãos se declaravam católicos, a questão possuiu uma importância transcendente, e foi importante marco para a consolidação da separação entre Igreja e Estado. A lei do divórcio foi mantida com o voto de 59,30% da população³⁶⁷. Em 1981, dois referendos sobre o mesmo tema foram levados às urnas, a revogação da lei do aborto. Com significativa participação, 79,4% dos inscritos, a proposta do Partido Radical foi rejeitada por 88,4% dos votos, enquanto a do Movimento pela Vida, católico, por 68% dos votos. Na mesma esteira, em 1993 aboliu-se a penalização do uso de algumas drogas, por 76,9% dos votos; no mesmo ano aboliu-se a nomeação de dirigentes de bancos para o Ministério do Tesouro (Fazenda), por 89,8% dos votos. Em 1981, 77,4% dos eleitores não aceitaram o fim da prisão perpétua.³⁶⁸ Em 1987, três referendos sobre questões nucleares, promovidos pelo Partido Verde, tiveram sucesso, o que fez da Itália um dos países vanguardistas no gradual abandono dessa matriz energética³⁶⁹, assunto que povoou a eleição presidencial francesa de 2017, trinta anos depois.

Com a escolha da exposição dos temas acima, pode parecer que se defenda que o referendo é uma maneira segura de se tomar boas decisões. De maneira alguma é esse o nosso objetivo. Concordamos com algumas (quase todas, em realidade) decisões tomadas pelo povo italiano, o que é uma questão política, apenas. Institucionalmente, porém, nada garante que o referendo seja uma maneira mais eficiente de tomar decisões.

O que é certo é que esses referendos encerraram discussões antigas, de difícil solução fora do âmbito referendário. O uso do referendo em tais situações possui a vantagem de gerar uma discussão na sociedade que será destinatária da decisão. É certo que essa decisão desagradará muitas pessoas. Mas se a decisão fosse tomada por uma corte suprema ou pelo parlamento também haveria inconformados. Trata-se de escolher a qual poder quer-se dar maior relevo no momento de tais decisões difíceis. O uso do referendo como instrumento de

³⁶⁶ MANZELLA, Andrea. *op. cit.*, p. 144.

³⁶⁷ Idem, p. 145.

³⁶⁸ Idem, p. 145-148.

³⁶⁹ HAMON, Francis. **Le référendum**. *op. cit.*, p. 154.

solução “definitiva” de controvérsias no seio da sociedade permite que novas questões sejam postas na discussão pública, gerando uma evolução do debate. Faz com que o cidadão flexível, contemporâneo, sinta-se mais representado, tendo participado, seja criando, seja posicionando-se, de uma discussão de fundo.

Os referendos podem exercer a função de **contra-poder**. Essa é uma das duas funções centrais do constitucionalismo liberal, e consiste em impedir que o poder possa fazer qualquer coisa - impedir o arbítrio - por meio de algum “freio” institucional. O freio mais comum é a atribuição a órgãos autônomos do poder estatal as funções legislativa, executiva, fiscalizatória, judicial – dentre outras – o que se costuma chamar de separação de poderes. Muitos são os institutos pensados para realizar a função de contra-poder e, em algumas legislações, o referendo pode ser um deles.

Previsto nas constituições³⁷⁰ de seis *Länder* (Estados-Membros)³⁷¹ alemães, o referendo pode ser usado para a dissolução do parlamento estadual³⁷². Cada Estado possui o seu regramento para essa espécie de dissolução, mas tomaremos o exemplo da Constituição da Baviera³⁷³. O art. 16 estabelece a duração do mandato em cinco anos. Mas esse tempo pode ser abreviado, dentre outras formas, por um referendo chamado por um milhão de cidadãos habilitados a votar (art. 18 – 3). A dissolução do parlamento é uma possibilidade nos sistemas de governo parlamentaristas, mas o fato de tais constituições possibilitarem uma dissolução por iniciativa popular, com ou uso do referendo, é uma realização curiosa e significativa da ideia de soberania popular. E funciona, como visto, como um instituto de contra-poder – o parlamento eleito não se pode comportar de maneira irresponsável, sempre há a possibilidade de dissolução. Foram dois os casos de

³⁷⁰ É interessante notar que vários *Länder* alemães preveem referendos, enquanto a constituição federal não o faz. Isso decorre de dois fatos. Em primeiro lugar, da preexistência de muitas dessas constituições em face da Lei Fundamental, estabelecida apenas em 1949; os Estados seguiram a tradição da República de Weimar, em que havia a previsão de Referendo. Outra razão é a maior adequação de institutos de democracia semi-direta a espaços territoriais menores. Ver, a respeito, FROMONT, Michel. La démocratie semi-Directe en République Fédérale d’Allemagne. In: CONAC, Gérard; MAUS, Didier. (Org.) **Le référendum, quel avenir?** Paris: STH: 1990, p. 54.

³⁷¹ Constituições de Bremen, Brandemburgo, Berlim (art.39), Renânia-Palatinado (art. 109), Baden-Württemberg (art. 43) e Baviera (art. 18).

³⁷² SCHOTT, *op. cit.*, p. 57-58.

³⁷³ BAVIERA. Constituição de 2 de dezembro de 1946, versão publicada em 15 de dezembro de 1998. Disponível, em tradução francesa, em https://www.bayern.landtag.de/fileadmin/Internet_Dokumente/Sonstiges_P/BV_Verfassung_Franzoesisch_formatiert_14-12-16.pdf. Acesso em: 11 set 2017.

iniciativa popular que levaram à dissoluções de parlamentos estaduais: um em Sarre em 1953³⁷⁴ e outro em Berlim em 1983, caso em que o referendo foi chamado por 300 mil cidadãos mas, antes de se realizar, o parlamento dissolveu-se³⁷⁵. Pode-se argumentar que o uso do instituto é raro, o que é verdade, mas ele se destina a situações excepcionais, tendo a virtude de possibilitar uma fiscalização parlamentar incomum.

Outra situação em que se pode considerar o referendo como um instrumento de contra-poder é a dos referendos revogatórios. E é a mais clara das manifestações do instituto com essa função – o parlamento faz a lei, um grupo de cidadãos ou de parlamentares dela discorda e deslança um processo de consulta que, ao fim, pode desfazer a lei feita pelos representantes. Trata-se da estrutura, mesma, da ideia de contrapeso, pois o poder representativo, advindo do voto, é contido por outro poder. Poderia ser uma corte constitucional, ou, mesmo, o Poder Executivo, por meio do veto, mas é a manifestação direta da vontade popular que desfaz a lei.

Para que o referendo revogatório exerça a função de contra-poder, porém, é essencial que o procedimento de convocação do mesmo seja acessível à minoria parlamentar, ou a um número viável de cidadãos. O referendo não exerce essa função no Brasil, por exemplo, onde sua convocação é facultativa e é determinada pela maioria parlamentar. Nem em países com forte tradição parlamentar, como é o caso da Inglaterra, da Suécia e da Noruega³⁷⁶, pelo mesmo motivo.

Por outro lado, pode-se ver o referendo revogatório como instrumento de contenção do poder político na Dinamarca³⁷⁷ e na Renânia³⁷⁸, em que um terço dos parlamentares – uma minoria considerável, mas, ainda assim, uma minoria – pode convocar a consulta popular. Maior evidência, ainda, ganha a função quando o referendo revogatório pode ser chamado pelos cidadãos, diretamente, como é o

³⁷⁴ Quando, na realidade, o território ainda era protetorado francês. Após sua incorporação à República Federal da Alemanha, em 1º de janeiro de 1957, a nova constituição estadual não prevê o referendo para a finalidade de dissolver o parlamento. cf. FROMONT, *op. cit.*, p. 57.

³⁷⁵ Idem, *ibidem*.

³⁷⁶ HAMON, Francis. *op. cit.*, p. 26.

³⁷⁷ Idem, p. 171.

³⁷⁸ SCHOTT, Stéphanne. *op. cit.*, p. 57.

caso da Suíça³⁷⁹, da Itália e do Uruguai. O caso da Suíça, já estudado, é o mais rico, dado que o referendo é utilizado como contraponto ao poder legislativo há muito – o sucesso do instituto se deve a muitos motivos, mas o baixo número de assinaturas necessárias para a convocação do referendo revogatório³⁸⁰ desempenha um papel central. O número de eleitores necessários é, certamente, o elemento mais relevante para o sucesso, ou não, do uso do referendo com funções repressivas, sendo apontada a solução uruguaia (que exige a assinatura de 25% dos eleitores) como a mais extrema. E, conforme vimos, mesmo no Uruguai há casos de referendos revogatórios.

O uso do referendo com a função de contra-poder pode ser dificultado por outros elementos do procedimento que não o da iniciativa. Um dos casos nos é apontado pela legislação italiana que exige, para a revogação da lei, que a maioria dos eleitores inscritos vote no dia da consulta³⁸¹. Assim, uma lei de limitado impacto social, mas fortemente rejeitada pelos votantes, provavelmente não será revogada, prevalecendo o *status quo*. Foi o caso da legislação de caça, pela revogação da qual 92,2% dos cidadãos votantes manifestaram-se em 3 de junho de 1990. A lei, porém, não foi revogada, pois os votantes (mais de vinte milhões de cidadãos) representavam, na época, 43,3% dos inscritos eleitoralmente³⁸². Isso faz com que, em vários plebiscitos italianos, os defensores da permanência da norma vigente façam uma campanha pela abstenção – ou seja, a inatividade está do lado do *status quo*. Um tanto poético, aliás. Mas inimigo do uso do referendo como instrumento de contra-poder.

Um problema semelhante era vivenciado na Suíça antes de 1987³⁸³. Apresentava-se em outra espécie de referendo, o propositivo, aquele em que uma pequena parcela do povo recolhe cinquenta mil assinaturas e propõe um projeto de lei. O parlamento, ao receber a iniciativa, pode acolhê-la, transformando-a em lei, ou pode chamar o referendo. Mas pode, da mesma forma, apresentar um contra projeto a ser submetido ao povo. Neste último caso, no dia do referendo, três

³⁷⁹ SAGER, Fritz; BÜHLMANN, Marc. Checks and balances in Swiss direct democracy. In: SETÄLÄ, Maija; SCHILLER, Theo. **Referendums and representative democracy**. Nova Iorque/Oxon: Routledge, 2009. p.186-206.

³⁸⁰ GIRAUX, Denis. *op. cit.*, p.31.

³⁸¹ MANZELLA, Andrea. *op. cit.*, p. 143.

³⁸² Idem, p. 147.

³⁸³ GIRAUX, Denis. *op. cit.*, p. 33.

alternativas são submetidas ao eleitor: ou a manutenção da lei, como ela está, ou o texto de iniciativa popular, ou o contra projeto apresentado pelo parlamento.

Até 1987, a aprovação do texto oriundo da iniciativa popular só ocorreria caso ele obtivesse a maioria dos votos válidos no dia da votação. Se, em um exemplo hipotético, 20% dos eleitores votassem pela continuidade da legislação como ela estava, 40% votasse no projeto de iniciativa popular e 40% votasse no contra projeto apresentado pelo parlamento, a decisão seria a manutenção da lei existente. Essa situação sempre foi criticada, já que a vontade popular indica, na hipótese, para um claro desejo de mudança – exatamente o inverso do resultado. Por isso, em 1987, aprovou-se³⁸⁴ na constituição suíça, estabelecendo o sistema do “duplo sim”. A primeira pergunta feita ao cidadão é se ele entende que a legislação existente deve ser alterada. Caso o voto seja afirmativo, então a segunda pergunta feita é se o eleitor prefere o projeto de iniciativa popular ou o contra projeto do parlamento.

Veja-se que os referendos propositivos só podem ser considerados instrumentos de contra-poder na hipótese de preexistência de lei, lei que será revogada se tiver sucesso o referendo – caso seja uma iniciativa em matéria completamente nova, ainda não regulada em lei, não se vislumbra o uso do referendo como contrapeso. Outra constatação é a da importância do procedimento. Para qualquer instituto jurídico funcionar, especialmente aqueles que tratam de direitos fundamentais – no caso, políticos – é imprescindível atenção redobrada ao procedimento. Ou corremos o risco de falsear a vontade popular, como no caso agora apresentado; ou de estimular a abstenção, como vimos na situação italiana.

Uma terceira função que pode ser identificada na prática dos países que utilizam o referendo como maior habitualidade do que nós o fazemos é a do **aperfeiçoamento do processo legislativo** e de tomada de decisões no âmbito estatal. O referendo promove, muitas vezes, uma melhoria da qualidade da legislação local ao trabalhar em conjunto com a representação popular. Ao dar relevo a assuntos importantes para o cotidiano, mas não necessariamente atrativos do ponto de vista da “grande política”, ao gerar a reflexão sobre práticas estatais

³⁸⁴ Idem, ibidem.

das mais diversas, o referendo cumpre uma importante função, tantas vezes eclipsada, na história, pela força simbólica que ele possui. A função de ser um instrumento de democracia semidireta que, por isso, não se deve impor ao parlamento ou negligenciá-lo, mas trabalhar em conjunto com ele³⁸⁵ para o melhor funcionamento do Estado e da sociedade.

Essa função de aprimoramento do processo legislativo é possível exatamente pela adoção de procedimentos engenhosos, advindos da reflexão e da experiência. Os principais elementos a serem levados em conta são o número de assinaturas necessárias para chamar o referendo, como são feitas as perguntas a serem submetidas ao povo, a possibilidade de participação do parlamento no processo referendário, o mínimo de presentes à votação para que uma decisão possa considerar-se válida e adoção de regras de transição para a entrada em vigor das novas regras. O sucesso no uso do referendo para aprimorar o processo legislativo dependerá da boa relação de, sobretudo, essas questões, e um erro pode ser muito deletério à finalidade desejada. Passamos a revisar algumas experiências já apresentadas sob esse ponto de vista.

A Alemanha, recordemos, não possui referendos no nível federal. Por outro lado, todos os Estados-Membros os possuem, com regramentos próprios. A maioria dos *Länder* adotam procedimentos binários, em que certo número de cidadãos propõe o projeto de lei a ser submetido ao referendo. O parlamento (ou o governo, em alguns casos) apenas verifica se a quantidade de assinaturas é suficiente e se não há inconstitucionalidade flagrante – ou seja, não há controle de constitucionalidade judicial prévio das propostas de referendo, apenas a cautela contra a flagrante inconstitucionalidade³⁸⁶. Logo após, o referendo é realizado, a

³⁸⁵ Nas palavras de Austin Ranney: “... nunca encontrei um defensor do referendo que propusesse que abolíssemos as assembleias representativas e que todas as leis fossem feitas por meio referendário. Contudo, os defensores do referendo pensam que o governo representativo poderia se apropriar de algumas virtudes da democracia direta permitindo aos cidadãos, eles mesmos, sob certas condições, confirmar, rejeitar ou elaborar diretamente as leis. Eles pensam que reforçar as instituições representativas pelo recurso ao referendo oferece muitas vantagens.” Livre tradução. Na versão lida: “...je n’ai jamais rencontré un partisan du référendum qui propose que l’on abolisse les assemblées représentatives et que toutes les lois soient introduites par initiative et référendum. Cependant, les partisans du référendum pensent que le gouvernement représentatif pourrait s’approprier certaines des vertus de la démocratie directe en permettant aux citoyens eux-mêmes, sous certaines conditions, de reconfirmer, rejeter ou élaborer directement les lois. Ils pensent que renforcer les institutions représentatives par le recours au référendum offrirait plusieurs avantages.” RANNEY, Austin. **Référendum et démocratie**. *op. cit.*, p. 10.

³⁸⁶ SCHOTT, Stéphane. *op. cit.* p 60.

não ser que o parlamento adote a lei, situação na qual ele perde o objeto. Na Baviera, por exemplo, é exigido que a proposta de alteração da constituição seja aprovada por, pelo menos, 25% de votos favoráveis sobre o número de inscritos nas listas eleitorais. Esse número mínimo não é exigido para as leis ordinárias³⁸⁷.

Alguns poucos Estados-Membros alemães³⁸⁸ adotam um procedimento ternário, que consiste em facilitar as proposições populares. Caso se deseje propor uma iniciativa popular decisional, por meio referendário, há de se realizar uma iniciativa propositiva prévia, para a qual o número de assinaturas é bem menor. Stephane Schott³⁸⁹ apresenta o exemplo de Schleswig-Holstein, onde uma proposição de lei pode ser apresentada por vinte mil cidadãos, menos de um por cento do corpo eleitoral. Caso o parlamento não adote a lei, os seus propositores necessitarão de cinco por cento do corpo eleitoral para convocar um plebiscito, ou seja, cerca de 110 mil eleitores.

A prática deste complexo procedimento de democracia direta no *Länder* mostra 251 procedimentos iniciados entre 1946 e 2010. Destes, a maioria não se transformou em iniciativa deliberativa (ou seja, que pode ensejar o referendo caso o número suficiente de assinaturas forem reunidas) – apenas 72. Desses 72 casos, apenas 18 transformaram-se em verdadeiros referendos, a maioria na Baviera e na cidade-estado de Hamburgo³⁹⁰. Em tais referendos, em nove o texto advindo do povo transformou-se em lei, em nove, foi derrotado.

Uma análise inicial a respeito desses dados pode dar a impressão de que a experiência dos referendos nos Estados Membros alemães é de pequena importância – tanto esforço para a aprovação de nove leis. Essa interpretação é viável, mas não nos parece a mais acertada. Se 251 procedimentos foram iniciados e em apenas 72 casos a discordância entre os promotores do referendo e o parlamento prevaleceu, isso significa que, nos outros casos, houve ou um acolhimento dos argumentos apresentados³⁹¹, com a consequente modificação legislativa, ou um convencimento dos promotores da iniciativa. O certo é que o

³⁸⁷ BAVIERA. **Lei de 5 de julho de 2002**. Modificada em 25 de outubro de 2011, art. 79, 1.

³⁸⁸ Brandemburgo, Renânia Palatinado, Schleswig-Holstein, Saxônia e Hamburgo. SCHOTT, Stéphane. *op. cit.*, p 61.

³⁸⁹ Idem, p. 63, nota 21.

³⁹⁰ Idem, p. 66 e 67.

³⁹¹ O que aconteceu em mais de vinte por cento das ocorrências. Idem, p. 71, nota 34.

sucesso de um procedimento de democracia semidireta que inclui a possibilidade de um referendo não pode ser medido pelo número de vezes que o referendo aconteceu, verdadeiramente. Talvez seja exatamente o contrário – o referendo aparece como a situação em que acordos foram impossíveis, em que a solução “mais extrema” teve que ser adotada. O fato de que 251 procedimentos foram iniciados – com a participação de cidadãos, desde a iniciativa até as assinaturas – tem um grande significado no sentimento de pertencimento e de singularidade de que se faz a integração de cada indivíduo na sociedade democrática. Os cidadãos podem expressar a sua individualidade, sua diferença e criatividade ao atuarem na formação do projeto, no debate com o parlamento e, caso não aceitos os argumentos pelo legislativo, na elaboração da campanha eleitoral.

O procedimento apresentado possui algumas características distintivas em face do adotado em outros países, características que parecem indicar caminhos virtuosos. Em primeiro lugar, o relativamente baixo número de cidadãos necessário para iniciar um procedimento de consulta. Da mesma forma, ao menos nos procedimentos ternários, a possibilidade de o parlamento refletir sobre a proposição, podendo vir a adotá-la. E, por fim, o número relativamente baixo de votantes para que uma decisão referendária possa ser considerada válida, o que prevalece na grande maioria dos Estados-Membros. Não há o incentivo à abstenção que detectamos na legislação italiana.

A Alemanha é exemplo de um país em que a tradição referendária não é central no processo político – como, de resto, acontece com a quase totalidade dos Estados ocidentais. O efeito do uso massivo dos referendos sobre o processo legislativo só pode ser observado na Suíça onde, como vimos, ele possui uma forte função de contra-poder. O que faz um parlamento cujas leis podem ser (e, frequentemente, são) questionadas por apenas cinquenta mil cidadãos?

Em primeiro lugar, e de maneira mais intensa do que na Alemanha, os poderes públicos tendem a absorver as censuras feitas pelo povo no procedimento referendário. Uma vez recebido o projeto de iniciativa popular, o parlamento tende a acatá-lo, ao menos em parte, o que pode agradar suficientemente os promotores da consulta³⁹². Forma-se, assim, um hábito de consulta mútua entre o parlamento e

³⁹² GIRAUX, Denis. *op. cit.*, p. 37 e 38.

os grupos de interesse que, na maioria das vezes³⁹³, é eficiente do ponto de vista do processo legislativo. Há uma possibilidade de organização de minorias³⁹⁴ que dificilmente conseguiriam eleger bancadas significativas no parlamento, o que enche de vitalidade a cidadania.

Outro fenômeno observado é a diferença de comportamento dos partidos políticos suíços. Apesar de ideológicos, precisam abarcar duas realidades evidenciadas pelo uso frequente de referendos. A primeira é a multiplicidade de opiniões dentro da mesma agremiação quando o assunto envolve comportamento, costumes ou moral – nem todos os socialistas serão favoráveis à adoção por casais homossexuais, por exemplo. A segunda é a tendência ao pragmatismo que os partidos acabam por apresentar. Como as leis aprovadas pela maioria parlamentar podem ser questionadas pela população, há um viés de continuidade que diminui as rupturas entre os governos. As diferenças ideológicas serão minoradas e haverá um maior diálogo entre os partidos³⁹⁵.

Apresentada está, no nosso sentir, a colaboração positiva que o referendo pode ter no processo legislativo. Ela se resume na ideia de maior abertura do parlamento à sociedade que, se ativa, levará aos representantes realidades e argumentos novos, estabelecendo um diálogo em tudo favorável à boa elaboração da lei. Se a iniciativa dos cidadãos resulta em uma modificação voluntária da lei, esse cidadão sente-se integrado no sistema representativo, partícipe do regime democrático. Mas se, não ouvido, o cidadão é capaz de levar o assunto a referendo e, eventualmente, vencer, ele mostra-se poderoso o que, sempre resguardados os limites constitucionais, é a própria essência da democracia.

Um regime que acolha mecanismos de democracia semidireta e que os use com habitualidade tenderá a ter cidadãos mais capazes à participação, cidadãos que pensam a vida comum, que superam o isolamento individualista. Na Suíça, em 12 de março de 2012, fez-se um referendo a respeito de uma lei que estabelecia uma sexta semana de férias remunerada. Contra toda a evidência, o povo suíço

³⁹³ Pode haver influência desproporcional das empresas e das corporações. Mas, sabemos bem, um procedimento completamente representativo não é isento a tais pressões. Talvez o contrário. v. HAMON, Francis. *op. cit.*, p. 184.

³⁹⁴ Idem, p. 226.

³⁹⁵ Idem, p. 128.

rejeitou a lei, e por uma forte maioria³⁹⁶. Alguém dirá, não sem razão: isso acontece na Suíça, em que a educação é muito desenvolvida e a tradição protestante ligada ao trabalho grassa. Mas parece-nos um pouco mais do que isso: os cidadãos suíços estão acostumados a pensar as questões públicas com mais profundidade do que aqueles que apenas votam em representantes. E isso se deve, em grande parte, à prática secular da democracia semidireta³⁹⁷. Mesmo em lugares em que o referendo não ocupa espaço relevante, como na França, o seu emprego eventual pode surpreender. Antes do referendo de 2005, a respeito da ratificação do tratado constitucional europeu, um texto de leitura difícil, técnica, “um número surpreendente de cidadãos participaram das discussões públicas ou privadas, apresentando argumentos que não eram menos sérios do que aqueles que podemos encontrar nos debates parlamentares.”³⁹⁸ Nessa passagem aparece um de nossos argumentos centrais. O referendo não é importante para a democracia por que, por meio dele, a melhor decisão será tomada. Ele é importante por que é instrumento de integração de subjetividades no processo decisional, o que, como vimos, é essencial ao conceito de legitimidade por proximidade. Um regramento democrático que utiliza procedimentos de democracia semidireta com habitualidade é mais capaz de dar os “sinais de legitimidade” que um cidadão contemporâneo entende como tais. O resultado é a maior participação, o maior pertencimento – a maior legitimidade aos olhos do povo.

3.1.4 Os perigos do uso do referendo

Ao lado das boas experiências no uso do referendo marcham muitas más. A força simbólica que possui uma decisão tomada pela maioria do povo, diretamente, cria uma série de perigos, perigos que fazem múltiplos os inimigos do instituto. Nesta subparte analisaremos alguns desses perigos com o objetivo de, discutindo-

³⁹⁶ HAMON, Francis. *Le référendum n'est qu'une caricature de la démocratie? op. cit.*, p. 145.

³⁹⁷ Prática de democracia semidireta que faltou ao Reino Unido no momento do referendo de 2016, que resultou na saída do país da União Europeia (o chamado Brexit). Lembramos que aquela foi a terceira vez, na história, que o povo foi chamado a se manifestar diretamente.

³⁹⁸ *Idem*, p. 144. Livre tradução. No original: “... un nombre surprenant de citoyens ont participé à des discussions publiques ou privées en faisant valoir des arguments qui n'étaient pas moins sérieux que ceux que l'on peut trouver dans les débats parlementaires.”

os, demonstram que são acidentais – o referendo é um instrumento e, como qualquer outro, pode ser usado para diversos fins, democráticos ou não. Da mesma maneira, o referendo é apenas um instrumento da democracia. Ele deve compor, com os demais, um mosaico adequado a cada realidade nacional. Ele é, sim, limitado, imperfeito e incapaz, muitas vezes, de manifestar a exata vontade do povo. Uma democracia puramente referendária não faz sentido; da mesma maneira, porém, uma democracia que não utiliza o instrumento é, no nosso ver, uma democracia mais pobre. Analisaremos os principais perigos do uso do instituto, em ordem decrescente de ameaça ao regime democrático - não de interesse.

A primeira constatação é que, por seu imenso poder simbólico, o referendo pode ser utilizado para **personalizar decisões**, com o objetivo de mostrar o apoio popular a um governo mais do que, verdadeiramente, decidindo uma questão. A tradição francesa de “chamado ao povo”, já apresentada, é contundente exemplo do uso personalista do referendo. E Jean-Marie Denquin, em seu clássico estudo sobre o tema³⁹⁹, desnuda a falha do argumento: em um plebiscito (ou seja, o referendo personalista) apresenta-se ao povo uma falsa decisão, entre o que existe (bem ou mal) e o que não existe. Rejeitar o líder político é dar “salto no escuro”, é apostar em algo cujas delineações não são claras. As decisões políticas são, no mais das vezes, conservadoras, pois é mais fácil manter aquilo com o qual estamos acostumados a conviver. Mesmo que esse algo seja, essencialmente, ruim e prejudicial, ele é conhecido. E é por isso que o povo não é verdadeiramente livre ao votar em um plebiscito. Por que ele escolhe entre o existente e o virtual.

A personalização que o plebiscito pode trazer é ainda mais perigosa em momentos de ruptura institucional, sobretudo quando há um líder carismático no governo, situação em que o plebiscito pode ser usado, mesmo, como instrumento de derrubada do Estado de Direito e de consolidação do poder antidemocrático. Henry Roussillon enfatiza o perigo que uma situação como essa pode significar, seja pela impossibilidade de controle de constitucionalidade eficaz, seja pela aparência de democracia que tal situação encerra⁴⁰⁰. Nesse sentido, o referendo pode ser usado para enfraquecer o Estado de Direito. Nada impede que uma

³⁹⁹ DENQUIN, Jean-Marie. *op. cit.*, p. 79.

⁴⁰⁰ ROUSSILLON, Henry. *Contre le Référendum! Pouvoirs* 77. p. 181-190. Paris: Seuil, 1996. p. 186.

minoria proponha algo que agrida direitos fundamentais e, na inexistência⁴⁰¹ ou impossibilidade política de controle de constitucionalidade, a proposta agressiva possa prevalecer.

O somatório dessas questões – personalização, carisma, emocionalismo - podem levar a que a vontade expressa em um referendo não seja a vontade autêntica do povo. O processo de formação da vontade popular pode “inserir distorções suscetíveis de orientar a percepção e a compreensão dos projetos submetidos ao referendo”⁴⁰². E o elemento pessoal do líder desempenha um papel nessa situação.

Outro grupo de problemas que se pode identificar em virtude do uso de referendos tem a ver com **a relação do referendo com a representação**. No final da subparte anterior apresentamos situações em que o referendo pode auxiliar no aprimoramento do processo legislativo. Outras experiências mostram que o inverso pode acontecer.

Em primeiro lugar, pela própria natureza do referendo. Ele permite que “cidadãos comuns rejeitem decisões tomadas por representantes eleitos, e os referendos propositivos permitem a feitura de leis sem a participação dos eleitos e, até, contra suas objeções.”⁴⁰³ Haveria um enfraquecimento do prestígio e da autoridade das assembleias e dos governos em virtude do uso do referendo. E, da mesma maneira, da responsabilidade dos parlamentos – eleitos para tomar decisões, eles prefeririam entregá-las ao povo caso houvesse excessiva complexidade⁴⁰⁴. A objeção, porém, não nos parece prosperar. Sua essência parece-nos evidenciada no termo “prestígio”, acima transcrito. Trata-se muito mais de uma questão simbólica do que real. Aqueles que defendem o caráter estável da democracia parlamentar, pronta a garantir governabilidade por meio de

⁴⁰¹ Lembremos que este é um problema francês. Como visto, o Conselho Constitucional tem decisão firme no sentido de não caber controle repressivo (QPC) sobre matéria submetida a referendo, a não ser que atente contra a perpetuidade da República.

⁴⁰² TAILLON, Patrick. *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple?* Paris: Dalloz, 2012. p. 163.

⁴⁰³ RANNEY, *op. cit.*, p. 18, na tradução para o francês de Isabelle Richet: “...le référendum permet aux citoyens ordinaires de rejeter des décisions prises par les représentants élus, et les initiatives populaires leur permettent de faire adopter des lois sans la participation des élus et, même, en passant outre leurs objections.”

⁴⁰⁴ Idem, *ibidem*. No mesmo sentido, PAOLETTI, Marion. **La démocratie local et le référendum**. Paris: L' Harmattan, 1997. p. 119.

compromissos em longo prazo temem que o referendo possa vir a ameaçar tal estabilidade. A situação é pouco provável no mundo dos fatos – o referendo, pontual e eventual, dificilmente colocaria em risco a preponderância legislativa do parlamento. Caso isso ocorresse, diluída estaria a confiança popular em seus representantes – mais o agente dessa diluição não seria o referendo. No mesmo sentido, um órgão representativo dificilmente abre mão do poder de decidir as questões mais difíceis. Pode fazê-lo eventualmente, não de forma habitual.

Outra objeção, essa mais viável, é que a decisão de um referendo pode vir a obrigar um governo contrariamente a suas convicções ou desejos. Uma decisão referendária é bastante clara, deixando pouco espaço para manobra a um governo que a queira descumprir. O descumprimento não é, nem mesmo, uma possibilidade, dado o caráter imperativo da decisão. Um referendo é, nesse sentido, muito diferente de uma sondagem que, apesar de apontar ao governo o caminho desejado pelo povo, sempre deixa um espaço de manobra ao governante – que pode questioná-la, revisar os métodos ou, mesmo, ignorá-la. O referendo, não, pois não é sugestão, é ordem⁴⁰⁵. E isso pode ser um perigo à coesão de grupos em um universo político estruturado. A desestabilização de um governo pode ser fruto de uma derrota em referendo. Um dos exemplos mais fortes deu-se no referendo de saída do Reino Unido da União Europeia (Brexit) – a maioria do parlamento desejava a continuidade do país na União Europeia. O povo, porém, decidiu pela saída – o que exigiu a formação de um novo governo na Inglaterra e gerou um perigoso enfraquecimento do próprio Reino Unido – já que a decisão contrariou a maioria da população da Escócia e da Irlanda do Norte que, dependendo do processo de saída do Reino Unido da União Europeia poderão deixar aquele para manter-se nesta⁴⁰⁶. Difícil pensar em uma decisão tão desestabilizadora quanto esta – não devemos esquecer, porém, que a iniciativa do referendo foi do próprio governo inglês.

Um argumento comumente apontado por aqueles que combatem o uso do referendo é que ele seria responsável por uma alta nos índices de abstenção, o que

⁴⁰⁵ DENQUIN, Jean-Marie. *op. cit.*, p. 302.

⁴⁰⁶ HAMON, Francis. *Le référendum n'est-il qu'une caricature de la démocratie?* p. 143.

prejudicaria a legitimidade do regime democrático⁴⁰⁷. Na Suíça, graças ao grande número de votações por ano (uma média de nove), há frequentes decisões tomadas por minorias⁴⁰⁸. A abstenção em votações referendárias é maior do que em representativas na Austrália, Áustria, Dinamarca, França, Irlanda, Itália, Nova Zelândia, Noruega, Suécia, Suíça e Reino Unido. Apenas nos Estados Unidos a abstenção mostra-se menor em eleições mistas (representativas e referendárias) do que nas puramente representativas⁴⁰⁹. Na França, os referendos locais têm uma média de participação de 60%, oscilando entre um mínimo de 20% e de 80%⁴¹⁰.

O fenômeno da abstenção precisa ser analisado com bastante cuidado, não devendo significar, automaticamente, um déficit democrático. Não se há de esquecer que as democracias liberais definem-se a partir das duas palavras do conceito – são democracias, mas são liberais, o que significa dizer que a formalização da participação política também é uma escolha. A abstenção é uma manifestação política não formalizada, cujo conteúdo não é, necessariamente, pernicioso à democracia. Francis Hamon nos recorda que alta foi a participação nos referendos de adesão ao Tratado de Maastricht, bem como é alta a participação naqueles referendos que envolvem questões culturalmente sensíveis, como o divórcio ou o aborto. Mas que a participação foi baixa no referendo suíço de 1987 em que se discutia o regime de seguro dos veículos automotores⁴¹¹. Um aumento pontual da abstenção pode significar, apenas, que qualquer das opções é boa, como nos parece ter sido o caso. O índice de abstenção, sozinho, não parece significar que haja uma menor intensidade da democracia – essa afirmação dependerá de outras análises, de outra natureza, para poder afirmar-se. É claro que a abstenção pode ser fruto do desencanto com a vida pública. Nesse caso, os democratas devemos discutir quais os limites de nossa prática, bem como das opções apresentadas ao povo.

⁴⁰⁷ Austin Ranney, discutindo o livro *Strong Democracy*, de Benjamin Barber, indica que o elemento mensurável de vitalidade de uma democracia seria a participação dos cidadãos nas eleições. v. RANNEY, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁰⁸ *Idem*, p. 14. No mesmo sentido: GIGAUX, Denis. *op. cit.*, p. 49.

⁴⁰⁹ RANNEY, *op. cit.*, p. 14.

⁴¹⁰ BELLOUBET-FRIER, Nicole. Les référendums municipaux. **Pouvoirs** 77. p. 163-179. Paris: Seuil, 1996. p. 175.

⁴¹¹ HAMON, Francis. **Le référendum**. *op. cit.* p. 191.

Por outro lado, a abstenção pode ser, apenas, resultado de uma ponderação de custo/benefício do ato de votar, sobretudo em países que votam com muita frequência. A abstenção foi diminuída no cantão suíço de Schaffhouse, por exemplo, a partir da adoção do voto por correspondência⁴¹². Ainda mais a partir do ano 2000, em que o voto pela internet foi disponibilizado⁴¹³ em todo o território federal.

O uso do referendo também é acusado de poder gerar uma ruptura no “tecido” social em questões que dividem muito fortemente a sociedade⁴¹⁴. Um debate aberto, por mais maduro que seja, tende a gerar uma clivagem. Se a decisão dá-se por um número relativamente pequeno de votos, os vencidos dificilmente aceitarão. E isso pode gerar uma ruptura prejudicial a projetos futuros, uma espécie de emocionalismo no processo de decisões futuras. Trata-se de objeção correta, isso verdadeiramente pode acontecer. Ainda assim, parece-nos o preço a pagar pela autonomia política de cada indivíduo na discussão racional compartilhada, conforme defendeu Habermas e que foi apresentada no primeiro capítulo deste trabalho. Se somos democratas, devemos acreditar na possibilidade da discussão madura dos temas. Mesmo que saibamos que eventuais rupturas existirão e que terão possibilidade de prejudicar nossa vida comum. O uso da técnica da representação para resolver “questões difíceis” é absolutamente viável. Mas é fácil pensar que defender o seu uso em virtude de eventual resistência para aceitar o resultado por uma minoria descontente significa esconder a decisão, poupando os cidadãos de um posicionamento maduro.

Outro grupo de críticas afirma que o referendo assenta-se sobre uma **simplificação excessiva do mundo**. Henry Roussillon afirma que “o referendo não é um progresso democrático já que ele desconhece profundamente o processo decisional democrático.”⁴¹⁵ Toda a decisão coletiva democrática deve ser precedida por um debate em que as partes possam ser ouvidas verdadeiramente, o que significa possibilitar recuos, novas propostas, substitutivos - até consenso.

⁴¹² GIGAUX, Denis. *op. cit.*, p. 49.

⁴¹³ Idem, p. 50.

⁴¹⁴ TAILLON, Patrick. *op. cit.*, p. 140 e ss.

⁴¹⁵ ROUSSILLON, Henry. *op. cit.*, p. 183. Livre tradução. No original: “Le référendum n’est pas un progrès démocratique car il méconnaît fondamentalement de processus décisionnel démocratique.” No mesmo sentido: DENQUIN, Jean-Marie. *op. cit.*, p. 271.

Assim funciona qualquer órgão coletivo, do parlamento aos tribunais. O referendo opera uma excessiva simplificação da realidade, reduzindo sua complexidade a um simples “sim” ou “não”. Críticos do Brexit afirmaram que esse foi um dos principais erros do plebiscito – as opções foram manter-se ou retirar-se da União Europeia. Muitos defensores da saída do Reino Unido, entrevistados, disseram que poderiam ter votado em uma permanência na União caso ela se desse em outros termos.⁴¹⁶

A crítica apresentada é muito interessante e possui algo de decisiva. Não podemos crer, por exemplo, que a pergunta submetida ao povo é neutra, havendo completa liberdade de manifestação e de escolha. Quem decide o momento da consulta, por exemplo, é o legitimado para a iniciativa do mesmo. E isso reduz imensamente os perigos corridos pelo proponente, sobretudo caso se trate de um poder do Estado – Jean-Marie Denquin demonstra a sagacidade do imperador durante a terceira república francesa para escolher o momento da consulta⁴¹⁷, sendo esse um dos elementos que o levaram a nunca perder um plebiscito. No mesmo sentido, a escolha da pergunta é absolutamente fundamental. As possibilidades de desvio neste momento são muitas – a pergunta pode sofrer de erros técnicos ou estratégicos, que poderão dotá-la de obscuridade ou desestimular o voto. Ou podem ser manipuladas por aquele que detém o poder de a redigir.

Devemos, portanto, absorver essa crítica e marcar, com a maior ênfase: o processo de iniciativa dos referendos e de elaboração das questões deve ser o mais plural possível. Não é bom que apenas uma pessoa, pior se o Chefe do Estado, seja a única legitimada para chamar o referendo. Da mesma forma, há de se cuidar para que a legislação sobre o referendo não incentive a iniciativa de corporações, ou de grandes empresas, sozinhas – o referendo pode ser usado para fazer prevalecer interesses egoísticos, desde que transvestidos⁴¹⁸. Chegado o momento de elaboração da questão (ou das questões), uma comissão técnica deve ser formada, com a participação dos grupos que defenderão as posições em discussão. A experiência de realização de referendos pelo mundo permite induzir uma técnica

⁴¹⁶ HAMON, Francis. Le référendum n'est-il q'une caricature de la démocratie? *op. cit.*, p. 143.

⁴¹⁷ DENQUIN, Jean-Marie. *op. cit.*, p 79.

⁴¹⁸ HAMON, Francis. **Le référendum**. *op. cit.*, p. 184.

que ditará o número de questões, a clareza da linguagem, a estrutura direta e positiva das proposições, dentre outras⁴¹⁹.

Por outro lado, a crítica que afirma a simplificação exacerbada da complexidade do mundo por parte de um referendo dual não pode ser abraçada com tanta facilidade. É, sim, possível que uma consulta popular com tal natureza seja realizada – mas tal simplificação não lhe é essencial. Caso houvesse uma substituição de toda a democracia representativa por uma democracia referendária – o que, além de não se defender, parece-nos impossível – a superficialidade da análise se instalaria. Mas não há de se esquecer que o papel advogado para o instituto é muito pequeno. Quer-se que o referendo sirva como elemento integrador de uma série de subjetividades, bem como se quer que o procedimento como um todo (que não se deve reduzir à votação) auxilie no processo legislativo, na forma do que foi, na subparte anterior, argumentado, com o uso do exemplo dos *Länder* alemães. Levar-se uma matéria a referendo pressupõe, em tal situação, que discussões já foram feitas, argumentos, projetos e contra projetos trocados. E que chegou um momento em que uma decisão política fundamental precisa ser tomada. E que ela se dá sobre ponto específico e adequado, dentre aqueles que as forças políticas tradicionais escolheram.

O último grupo de críticas diz respeito à **baixa qualidade que as decisões vindas de referendos** apresentariam. A experiência do referendo demonstraria que um grande número de decisões tomadas seriam más decisões e que, por isso, o referendo não seria um meio eficaz de tomar boas decisões. O mais grave dos exemplos é o do Brexit, já citado – a maioria dos acadêmicos, bem como dos parlamentares ingleses (bem como a dos demais parlamentos “locais”), possuíam uma posição contrária à saída do Reino Unido da União Europeia⁴²⁰, saída que foi referendada pela maioria dos cidadãos. E o impacto dessa decisão afigura-se imenso, em todos os campos, dos quais exemplificamos o econômico – grande parte dos bancos tem migrado, seja para Paris, seja para Frankfurt⁴²¹. A decisão é

⁴¹⁹ Uma proposta de organização de tais técnicas são é feita por Patrick TAILLON, *op. cit.*, p. 179-182.

⁴²⁰ A análise mais precisa por nós conhecida da inserção de tal referendo é dada por Francis Hamon. v. HAMON, Francis. **Le référendum n'est-il q'une caricature de la démocratie?** Tais argumentos são, em boa medida, acolhidos no texto.

⁴²¹ CHAPERON, Isabelle. Brexit: Paris et Francfort se disputent les faveurs des banques britanniques. *in Le Monde* de 29 de março de 2017.

tão desastrosa que coloca em perigo a unidade do próprio Reino Unido, ante a ameaça de independência da Escócia.

A doutrina recolhe alguns outros exemplos em que a “má” decisão foi tomada em referendos. Na Irlanda, a interrupção voluntária da gravidez (aborto) foi objeto de três perguntas feitas à população, em 1992. A primeira, que proibia o aborto mesmo quando houvesse o perigo de vida para a mãe, foi rejeitada. A segunda pergunta dizia respeito à liberação da interrupção voluntária da gravidez em si, que foi rejeitada. A terceira perguntava se o fato da proibição do aborto deveria incluir, da mesma maneira, a proibição da informação a respeito dos procedimentos de interrupção voluntária disponíveis em outros países, bem como a proibição de saída de mulheres para abortar no exterior, o que foi rejeitado. O saldo das três perguntas era uma situação verdadeiramente criticável – as mulheres Irlandesas pobres não podiam abortar; as demais iam à Inglaterra e, lá, abortavam⁴²². Mudança da situação deu-se a partir de novo referendo, em 25 de maio de 2018. Nele, 66,4% da população decidiu descriminalizar o aborto, sendo que as mudanças legislativas serão de competência do governo e do parlamento.⁴²³ Aqueles que defendem a descriminalização do aborto argumentam que o advento do novo referendo foi tardio – por mais de vinte e cinco anos as pessoas sofreram com uma legislação defasada em face dos vizinhos europeus. Mas, no sentido dos argumentos apresentados quando se analisava o referendo na Itália, poderia uma decisão tão importante para aquela sociedade ser tomada pelo parlamento com o mesmo grau de aceitação e de pacificação social? Dificilmente. Da mesma forma o divórcio que, após referendo de 1986, segue com restrições graves, apesar da emenda constitucional de 1995 que o retirou da total ilegalidade⁴²⁴.

Austin Ranney lembra que apenas a Suíça (e, mesmo assim, em casos de emendas constitucionais) e 26 Estados-Membros dos EUA⁴²⁵ possuem referendos

⁴²² HAMON, Francis. **Le référendum**. *op. cit.* p. 178-179.

⁴²³ FOLHA DE SÃO PAULO (jornal). **Irlandeses votam por legalizar o aborto em referendo histórico**. Edição de 26/5/2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/05/primeiros-resultados-apontam-vitoria-do-sim-em-referendo-sobre-aborto-na-irlanda.shtml>. Acesso em: 11 ago. 2018.

⁴²⁴ HAMON, Francis. *op.cit.*, p. 179. O autor analisa a situação específica da República da Irlanda em que o referendo tende a se inserir na lógica política de uma maioria católica e de uma minoria protestante. Bandeiras identificadas com a minoria tenderão a não prevalecer, a não ser que apoiadas pelos grandes partidos, católicos, e da hierarquia católica em si.

⁴²⁵ Aos quais se somam alguns *Länder* alemães, como sabemos.

de iniciativa popular⁴²⁶. Ou seja, na grande maioria dos referendos feitos no mundo há uma convocação do referendo por algum órgão estatal – seja o governo, o parlamento ou, ao menos, a minoria parlamentar. Esses órgãos dotados de iniciativa são responsáveis por convocarem os referendos – se o fazem, é por um cálculo de viabilidade política e de interesse. Assim, é injusto atribuir más decisões ao povo, apenas. Boa parte da responsabilidade pela convocação de um referendo cujo tema é sensível pode ser atribuída a órgãos da democracia representativa. Ao mais, argumenta que as más decisões nem são tantas assim. O referendo suíço de 1987 que tinha por objetivo limitar o número de estrangeiros autorizados a residir naquele país, e que seria um claro ataque às minorias, obteve 33% dos votos, sendo rejeitado. A rigor, a experiência é múltipla – a iniciativa popular de referendo nos Estados americanos aponta essa multiplicidade. O aumento dos poderes da acusação e dos juízes de instrução foi submetido ao voto em seis Estados no período de 1988 e 1990, sendo aprovado em todos. Nos anos 90, a limitação do uso de dinheiro público para financiar o aborto de mulheres pobres foi aprovada no Arkansas, mas rejeitada no Colorado e no Michigan⁴²⁷.

Há, na doutrina⁴²⁸, uma referência ao despreparo do povo para deliberar a respeito de questões complexas, o que conduziria a más decisões. Falta de instrução ou de dedicação à cidadania impossibilitariam que a democracia semidireta fosse um bom instrumento de tomada de decisões. Esse grupo de objeções é, no nosso ver, o menos viável dos quatro grupos aqui apresentados. Há toda a espécie de argumentos contundentes contrários, desde a igual necessidade de assessoria ao parlamento quando uma decisão complexa é tomada até o igual perigo, talvez maior, das eleições representativas que podem atribuir um poder imenso e de longa duração a pessoas não comprometidas com os valores democráticos em si⁴²⁹.

⁴²⁶ RANNEY, Austin. *op. cit.*, p. 17.

⁴²⁷ Idem, p. 18.

⁴²⁸ Alguns autores discordando do argumento, como RANNEY, Austin *op. cit.*, p. 15 a 17; HAMON, Francis. **Le référendum n'est-il qu'une caricature de la démocratie?** *op. cit.*, p. 143. Outros concordando, como ROUSSILLON, Henry, *op. cit.*, 185. Ainda, os que explicam motivos para a falha do referendo como meio de tomar decisões (e que têm, nos parece, a incapacidade do povo como pressuposto), tais como Jean-Marie Denquin e Patrick Taillon,

⁴²⁹ Como é quase um consenso a respeito da eleição do presidente estadunidense Donald Trump. Ver o editorial do jornal *Le Monde* de 21 de setembro de 2017, **Trump rebaisse l'ONU**, em que a

O principal argumento para a finalidade deste trabalho, porém, liga-se a duas ideias. A primeira, é que não há decisão política correta ou, em outras palavras, que a verdade política é relativa⁴³⁰. Excluindo-se um núcleo de assuntos que não podem ser agredidos (direitos fundamentais, por exemplo, em homenagem à triste memória de regimes que os violentaram) não há limites às decisões, pois a democracia não privilegia uma visão ampla do que seja o bem, o justo ou o correto. Assim, taxar de errada a vitória do Brexit é uma postura contrária à ideologia democrática, pois elege uma série de ideias como “progressistas”, a despeito de outras. Por mais que, pessoalmente, sejamos a favor da interrupção voluntária da gravidez (gratuita, feita pelo sistema público de saúde e absolutamente anônima), não podemos dizer que a decisão anterior da Irlanda era “errada”, ou que tenha advindo de alguma espécie de despreparo do povo. Ao mais, há de se sublinhar que a vontade do povo só foi manifestada por ter sido chamado, o referendo, pelos órgãos do Estado, tanto em um caso quanto em outro. No caso do Brexit, uma imprevisão do então primeiro ministro David Cameron levou a uma consulta especialmente temerária, cujo objeto não era adequado ao referendo⁴³¹, em um momento emotivo que previsivelmente levaria a uma campanha emotiva, campanha que colocaria em risco o trabalho de gerações passadas e que comprometeria o destino de outras tantas gerações futuras.

A segunda das ideias com base na qual refutamos a chamada “incapacidade” do povo para tomar boas decisões diz respeito à finalidade do procedimento de tomada de decisões em uma democracia. Conforme já se argumentou⁴³², os ideais democráticos acreditam na possibilidade de uma comunidade que debata, com paridade de armas, em uma esfera pública, tomar uma boa decisão. Mas o que verdadeiramente importa não é a qualidade da decisão tomada, mas o grau de legitimidade que a decisão possui. O domínio jurídico é uma violência – a democracia quer que essa violência seja a menor possível, idealmente identificando mandantes e mandados. Assim, a boa decisão não deixa de ser um valor democrático; mas maior é o valor da identificação individual com a decisão.

redação do jornal enumera quais são os valores liberais, democráticos e de direito internacional que o presidente agrediu em sua manifestação do dia anterior na ONU.

⁴³⁰ Ver o primeiro capítulo deste trabalho, em que são estabelecidas as crenças principais da democracia.

⁴³¹ HAMON, Francis. *op. cit.* p.145.

⁴³² Novamente no primeiro capítulo deste trabalho.

Austin Ranney apresenta os resultados de uma pesquisa feita nos Estados Unidos em que a maioria dos eleitores duvida da maior qualidade de uma legislação feita a partir de iniciativa popular e de referendo. Ainda assim, esses mesmos eleitores manifestam-se mais tendentes a cumprir essas leis do que outras, pois eles seriam mais legítimas. Ainda que fossem leis piores.⁴³³

Encerramos, assim, a apresentação das principais críticas feitas pela doutrina ao uso do referendo. Acolhemos algumas das reparações, de outras discordamos. Passaremos, agora, ao conhecimento das especificidades dos referendos locais, ou seja, aqueles que se realizam em espaços menores do que os nacionais, especialmente em municípios. Veremos que várias das vantagens do uso do referendo persistem, enquanto muitos dos perigos desaparecem. Sobretudo no que diz respeito à integração de um grande número de cidadãos, e de suas subjetividades, no processo decisório – o que pode aumentar a legitimidade do sistema político e do ordenamento jurídico, por força da ideia de proximidade.

3.2 Os referendos locais – discussões específicas

Apresentadas as características dos referendos em geral (incluindo os locais) bem como suas funções e perigos, é hora de discutirmos o que há de específico no referendo local. Em uma primeira aproximação, parece que o referendo local nada mais é do que um referendo em que se consulta um menor número de cidadãos - e isso é verdade. Mas uma série de especificidades, que tentaremos expor, leva-nos a crer que as virtudes da consulta direta ao povo são mais acentuadas neste tipo de referendo – ao menos, para a tese que se sustenta. É mais fácil conhecer o objeto da pergunta feita, há uma potencial maior interação entre as pessoas, o que viabiliza uma maior legitimidade do sistema político por proximidade. Sem dizer que os perigos do uso do instituto são minorados, apesar de outros perigos surgirem.

A essencial diferença do referendo local em face do nacional é que aquele não é dotado de toda a força simbólica que este é. Quando todos os cidadãos de um

⁴³³ RANNEY, Austin. *op. cit.*, p. 12.

país⁴³⁴ são chamados a se manifestar, palavras como soberania, nação e povo, usadas em seus sentidos mais simbólicos e, por que não, metafísicos, retumbam nas consciências. O uso do referendo com objetivo de beneficiar um grupo no parlamento ou o governante aparece com mais força, bem como o perigo do desvio populista. A decisão dos cidadãos de uma cidade ou de uma região sobre uma questão comezinha pode, sim, ser usado para fortalecer grupos ou governantes – mas o fato da decisão inserir-se em uma complexa rede de controle legislativo e judicial faz com que ela não encarne seculares conceitos de ciência política, o que o faz mais adaptado ao seu uso principal – a manifestação das pessoas em parte de um processo legislativo que privilegia o debate entre parlamento e sociedade.

Essa “dessacralização” do referendo é a origem de uma série de vantagens que seu uso local pode ter em face do seu uso nacional. Para que o argumento seja desenvolvido, seguir-se-ão quatro subpartes, em que se apresentarão: a origem dos referendos locais; alguns detalhes procedimentais e as funções do referendo na vida local; as possibilidades que o referendo local abre à integração dos indivíduos e à legitimação “por proximidade” do regime e, por fim, alguns singulares perigos do referendo local.

Antes de começarmos, porém, ainda há uma questão teórica a ser tratada. Quais os níveis de poder que podem chamar um referendo local ou, em outras palavras, o que é local? A questão se põe ante a diversidade de formas de estado adotadas pelos países – há federações em que os Estados-Membros são preponderantes, como os Estados Unidos da América; outras, em que a tendência é unionista, em menor grau (Alemanha) ou em maior grau (Brasil). De todas elas, apenas o nosso país reconhece o município como dotado de autonomia (art. 18 da CRFB), o que deveria, aparentemente, fazer com que a atividade legiferante vicejasse nos municípios – o que não se verifica na realidade. Por fim, há estados

⁴³⁴ Ou de grupo social que se pretenda nacional em virtude de características compartilhadas ou por desejo de vida em comum. Assim, um referendo a respeito da independência de uma região, como aconteceu no Quebec várias vezes, ou na tentativa catalã de 1º de outubro de 2017, possui uma densidade simbólica imensa. Esses casos, porém, afastam-se, por sua natureza, dos referendos tipicamente locais, apesar de serem, formalmente, regionais. Trata-se de uma manifestação de uma nacionalidade, ainda que não estatal. A tradicional doutrina francesa da Nação tem dificuldades de aceitar a ideia de nacionalidade separada do Estado. Mas, hoje, ela essa é uma ideia majoritária. v. TAILLON, Patrick. *op. Cit.*, p. 104, nota 306, em que vários autores são citados. No mesmo sentido, PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima; RODRIGUES, Celso. *op. cit.* Ainda, DELACAMPAGNE, Christian. **A filosofia política hoje**: ideias, debates, questões. Tradução Lucy Magalhães. São Paulo: Zahar, 2001.

unitários, como o Uruguai ou a França. Nesta, a prática da descentralização é antiga e importa um complexo emaranhado de competências entre regiões, departamentos e cidades o que, na prática, resulta em um maior número de atividades governativas locais do que no Brasil, com municípios autônomos. Há, ainda, Estados Regionais, em que certas regiões possuem um poder de direito público intermediário entre autonomia e soberania, como é o caso da Espanha (e suas regiões Catalunha, País Vasco e Galícia) ou de Portugal (com Madeira e Açores).

Definir qual refendo será considerado local depende, portanto, da estruturação de cada país e de como a questão é encarada pela doutrina. Diz Christophe Premat: “Na França, a tradição centralista considera como local tudo o que não diz respeito ao governo central, enquanto que na Alemanha, por exemplo, a escala local refere-se explicitamente às comunas e aos *Kreise*⁴³⁵, não aos *Länder*, dotados de constituições próprias.”⁴³⁶. O critério distintivo apontado é, portanto, a autonomia. Locais são os entes que não a possuem, que fazem seus referendos a partir da legislação nacional ou estadual que é permissiva⁴³⁷. No nosso entender, porém, a situação brasileira afasta-se dessa solução, já que ambos os tipos de entes federados (estados e municípios) possuem autonomia. Da mesma maneira, o plebiscito e o referendo são direitos políticos fundamentais constitucionalmente previstos (art. 14, I e II da CRFB). Da interpretação conjunta das duas normas, é difícil aceitar que apenas os entes não autônomos poderiam fazer referendos locais. Tendemos a considerar locais os referendos que fossem, porventura, chamados tanto por estados quanto por municípios, tendo o corpo eleitoral limitado a esses entes. Não será o tema que definirá se o referendo é local, conforme se verá, ainda que o ideal seja que a pergunta a ser levada ao povo decida algo de competência direta do ente convocador.

Feita essa reflexão, iniciemos o desenvolvimento do plano antes anunciado.

⁴³⁵ Conjunto de comunas.

⁴³⁶ PREMAT, Christophe. *op. cit.*, p. 31. Livre tradução. No original: “En France, la tradition centralisatrice a considéré comme local tout ce qui ne relevait pas du gouvernement central alors qu’en Allemagne, par exemple, l’échelon local renvoie explicitement aux communes et aux *Kreise*, puisque les *Länder* ont des constitutions propres.”

⁴³⁷ Idem, p. 34.

3.2.1 As origens dos referendos locais

O fenômeno dos referendos tem uma origem local, seja para a aprovação da Constituição do Estado do Massachusetts, entre fevereiro e junho de 1788, seja na anexação das cidades de Avignon e de Comtat à França em 1791⁴³⁸. Logo após a revolução, várias cidades francesas adotaram um sistema de governo que envolvia o uso de referendos, como é o caso de Lyon em 1793⁴³⁹. Apesar do interesse moderno que desperta essas experiências de governo local, elas foram abandonadas com o desenvolvimento da Revolução, sobretudo pela necessidade de se construir um poder forte e centralizado⁴⁴⁰.

O desenvolvimento institucional dos Estados Unidos da América deu-se com ênfase na autonomia estadual – ou seja, já havia a aceitação, desde a constituição de 1787, das diferenças de realidade dentre os estados, e que seria o tratamento de tais diferenças o que possibilitaria a união. O referendo, que nasceu para a confirmação da constituição do Massachusetts, foi utilizado com a mesma função em outros estados. Ainda assim, a elite política que fundou o país nunca foi partidária da democracia direta, não pelo motivo da eventual desunião que ela poderia gerar, mas pelo temor que tinham das massas populares⁴⁴¹. Dessa forma, o referendo desenvolveu-se nos estados (e, até, nos municípios, em decorrência das chamadas *town meetings*⁴⁴²), mas nunca houve, sequer, um referendo nacional nos EUA.

A história dos referendos locais nos EUA começou logo após o final da Guerra da Secessão (1865). O final da guerra trouxe consigo um grande crescimento econômico, mas esse crescimento não era percebido como favorável a toda a comunidade – apenas alguns bancos, companhias ferroviárias e indústrias

⁴³⁸ Idem, p. 30 e 31.

⁴³⁹ Idem, p. 31, citando o trabalho de Anne-Sophie Chambost, *Les enjeux de la consultation populaire au niveau urbain. Éléments de réflexion dans les premiers temps de la Revolution*. in **Anuaire 2006 des collectivités locales**. Paris : CNRS, 2006.

⁴⁴⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. SALDANHA, Leonardo Tricot. *op. cit.* A ideologia da Revolução Francesa defendia a unidade do povo, componente da Nação. Não via com bons olhos a consulta a parcelas da população, o que poderia fomentar identidades locais, indesejadas. A formação do Estado francês foi uma história de pequenas e de grandes violências exercidas contra poderes locais – de nada serviria à Revolução que essas identidades locais fossem reforçadas.

⁴⁴¹ v. MADISON, James. **O Federalista, paper 10**. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho e outros. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 94 – 100, em que esse temor se demonstra.

⁴⁴² HAMON, Francis. **Le référendum**. *op. cit.*, p. 133.

que possuíam uma posição quase monopolista e que, por isso, tinham fácil acesso aos contratos públicos, verdadeiramente vicejavam. As medidas protetivas aos fazendeiros e trabalhadores⁴⁴³, apesar de apresentadas no parlamento, eram de difícil aprovação, já que grande parte dos eleitos dependia do dinheiro desses beneficiados para se manter no poder⁴⁴⁴. Nesse contexto surgiu, dentre 1890 e 1920, os movimentos populista e progressista, sendo este um desenvolvimento mais ao centro (politicamente falando) daquele. Os movimentos, além da pauta econômica, apresentavam propostas de reforma institucional, inserindo nas constituições estaduais uma série de instrumentos de democracia direta e semidireta, dentre os quais o referendo de iniciativa popular.

O primeiro estado governado pelo partido populista foi a Dakota do Sul, em 1896. Mudanças constitucionais foram promovidas e aprovadas em referendo em 1898. Reformas análogas foram promovidas nos estados de Utah (1900), Oregon (1902)⁴⁴⁵, Nevada (1904), Montana (1906), Oklahoma (1907), Missouri (1908), Califórnia (1911), Washington (1912), dentre outros⁴⁴⁶. Ao final, 26 dos 50 estados norte-americanos possuem referendos em nossos dias. Note-se que a grande maioria desses estados são estados do centro-oeste americano, o que fez surgir o termo (e a ideia) da *western democracy*, a partir de uma aproximação baseada na responsabilidade individual e em uma certa espécie de igualitarismo⁴⁴⁷. Ainda assim, a vida nos estados americanos é bastante mais comunitária, subsidiária e democrática do que na União, o que faz que consultas populares surjam no nível municipal mesmo em estados que não as prevejam nas constituições estaduais.⁴⁴⁸

O movimento populista seguiu seu caminho, até ser, nos anos vinte, absorvido no campo do Partido Democrata. Um dos legados deixados foi um grande número de instrumentos de democracia direta e semidireta nos Estados em

⁴⁴³ A expansão para o Oeste fez com que o preço dos produtos agrícolas caíssem. A alta dos fretes, a queda da produção e os baixos preços do algodão fizeram com que os sindicatos de agricultores organizassem a fundação do novo partido. v. MONTGOMERY, Winona. **The populist movement**. Universidade do Arizona, 1923. Disponível em: http://uair.library.arizona.edu/system/files/usain/download/azu_e9791_1923_11_w.pdf. Acesso em: 25 set. 2017

⁴⁴⁴ HAMON, Francis, *op. cit.*, p. 134.

⁴⁴⁵ Que seguiu um modelo referendário radical, baseado na experiência suíça, com previsão de referendos e de iniciativas populares nos níveis estadual e comunal. v. LASSALLE, Jean-Pierre. *op. cit.*, p. 152.

⁴⁴⁶ HAMON, Francis, *op. cit.*, p. 135.

⁴⁴⁷ LASSALLE, Jean-Pierre *op. cit.*, p. 153.

⁴⁴⁸ Idem, p. 154.

que foi preponderante. Cumpre dar o devido relevo: o número de referendos estaduais (que envolvem iniciativas de emendas constitucionais, legislativas e, também, administrativas) no período de existência do instituto supera os 17 mil, segundo dados de David B. Magleby, citados por Francis Hamon⁴⁴⁹. Os impactos de tal prática referendária em um país com federalismo acentuado são significativos, e serão apreciados na próxima subparte. Por hora, refere-se, apenas, que um número tão grande de referendos tornou-se instrumento da cultura de fiscalização e de controle, importantes valores constitucionais norte-americanos.

Na França, a prática de referendos locais possuía, apenas, efeitos consultivos, até a revisão constitucional de 2003. Ali, o novo art. 72-1, 2, da constituição⁴⁵⁰, estabeleceu a possibilidade de uso do referendo local deliberativo nas coletividades territoriais, na forma da lei orgânica. A lei orgânica citada foi feita em 1º de agosto de 2003⁴⁵¹, modificando o código geral das coletividades territoriais, e estabelece que referendos locais decisórios só podem ser demandados pelo executivo, ao legislativo. Os referendos de iniciativa popular são possíveis, mas, não são decisórios. Cumpre lembrar que a expressão coletividades territoriais abrange todas as descentralizações do estado unitário francês, a saber as regiões, departamentos, cidades e coletividades do além-mar.

Comparando-se com a experiência de referendos nos *Länder* alemães, apresentada na parte anterior, fica evidente a inferioridade de experiência francesa com o uso do instituto. Isso se explica, em parte, pela maior adequação da democracia semidireta aos Estados Federais⁴⁵², mas, também, pela forte resistência apresentada pelos eleitos franceses, ao longo da história, a tais

⁴⁴⁹ HAMON, Francis, *op. cit.*, p. 139. Como os dados estatísticos não são precisos, Vincent Hoffmann-Martinot (citado por PREMAT, Christophe, *op. cit.*, p. 88) afirma que não foram menos de dez mil, nem mais de dezenove mil, o número de referendos chamados desde as reformas constitucionais implementadas no final do séc. XIX e início do séc. XX.

⁴⁵⁰ FRANÇA, Constituição da República. Em livre tradução: Artigo 72-1, 2: Nas condições previstas pela lei orgânica, os projetos de deliberação ou de ato relevante da competência de uma coletividade territorial podem, a sua iniciativa, ser submetidos, por via do referendo, à decisão dos eleitores da coletividade. No original, article 72-1, 2: Dans les conditions prévues par la loi organique, les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité.

⁴⁵¹ FRANÇA, Lei Orgânica de 1º de agosto de 2003. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000428976&categorieLien=id>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁴⁵² PREMAT, Christophe. *op. cit.*, p. 306.

instrumentos⁴⁵³. Os números mostram essa realidade: a França realizou pouco mais de 750 referendos locais no período de 1975 a 2005⁴⁵⁴, enquanto a Alemanha, levando em conta os referendos “estaduais” e “comunais”, 3004 referendos⁴⁵⁵. A experiência institucional também é mais rica, pois o federalismo alemão permite regras distintas para o exercício deste direito político em diferentes estados e em diferentes cidades. Isso faz com que haja iniciativa popular em alguns lugares, em outros, não; maior ou menor quórum para aprovação de um projeto, referendos deliberativos, outros consultivos, procedimentos referendários binários, ternários ou, até, quaternários (com a utilização de duas manifestações populares – iniciativa de projeto e, se rejeitado, de referendo – e do parlamento – rejeição o projeto e apresentação de contra projeto à votação).

A experiência de referendos locais na Suíça, por sua vez, é muito maior, tanto em complexidade quanto em quantidade. A riqueza da experiência nacional revela-se, da mesma maneira, nas cidades – apenas a cidade de Berna, por exemplo, submeteu 130 assuntos a referendo no período de 1980 a 1990⁴⁵⁶. Em Portugal, a previsão dos referendos locais está no art. 241, 3, da constituição, apesar de possuir um uso pouco constante, segundo Jorge Miranda⁴⁵⁷.

3.2.2 Funções dos referendos locais e notas procedimentais

O referendo local repete majoritariamente as funções que estudamos alhures – é certo que pode ser usado de maneira plebiscitária, sobretudo em países com essa tradição, por exemplo. Mas, por ser local, por não encarnar a totalidade do povo – sendo mais “leve”, por assim dizer – algumas funções apresentam especificidades.

Iniciamos pela função de **aprimorar o processo legislativo**. Presente também nos referendos gerais, a maior proximidade entre o cidadão e o

⁴⁵³ HAMON, Francis. *op. cit.*, p. 99 e seguintes.

⁴⁵⁴ PREMAT, Christophe, *op. cit.*, p. 206. Importante referir que este foi o número de referendos que verdadeiramente ocorreram, excluídas as iniciativas populares que foram adotadas voluntariamente pelos parlamentos e que constituem, no nosso entender, contribuição decisiva do instituto no aprimoramento do processo legislativo.

⁴⁵⁵ *Idem*, p. 209.

⁴⁵⁶ *Idem*, p. 80.

⁴⁵⁷ MIRANDA, Jorge. **Ciência Política**. Lisboa: Pedro Ferreira, 1996, p. 260.

representante tende ao favorecimento dessa função. O referendo não é previsto para substituir ou lutar com a representação, ainda que isso possa vir a acontecer. Ele é pensado à margem da representação, para auxiliar o controle e a regulação do espaço público local, bem como a formação de normas, que não devem estar sob o controle, apenas, dos representantes⁴⁵⁸.

Na Alemanha, o referendo local de iniciativa popular é, em regra, quaternário, não terciário, como nos *Länder*. Tudo começa por uma fase de elaboração da questão (*Bürgerinitiative*) feita por um grupo de cidadãos; logo após, uma coleta de assinaturas que não é genérica, ou seja, já é uma aprovação da questão anteriormente elaborada por um grupo muito maior de cidadãos; alcançado o número de assinaturas previsto, leva-se à votação popular; e, por fim, a avaliação do resultado e de suas consequências.⁴⁵⁹ Em algumas comunas, o momento de apresentação das assinaturas é aquele em que o conselho local pode apresentar um contra projeto, bem como pode aceitar o projeto e encerrar o procedimento por perda de objeto, no que não há especificidade ante os referendos estaduais. O processo de elaboração da questão a ser levada, eventualmente, a referendo antes da coleta das assinaturas acrescenta clareza ao procedimento referendário comunal, bem como tende a ser um outro espaço de participação popular.

Os estados norte-americanos possuem regras próprias de participação, a maioria permitindo referendos deliberativos de iniciativa popular e de iniciativa parlamentar, tanto em matérias legislativas quanto constitucionais. As mudanças das constituições estaduais, em regra quase sem exceções (apenas Delaware não a segue), passam por referendo popular para entrarem em vigor – o que representa um grande número de referendos, haja vista a natureza analítica das constituições estaduais norte-americanas e a extensão das competências legislativas atribuídas aos estados naquele país⁴⁶⁰. A propósito, há semelhança com a situação da Constituição Suíça, antes apresentada, na qual vários elementos de natureza não constitucional são, nela, inseridos – as constituições dos estados americanos também são infladas por iniciativas populares. Nada impede que se insira na

⁴⁵⁸ Idem, p. 37.

⁴⁵⁹ Idem, p. 44.

⁴⁶⁰ HAMON, Francis. *op. cit.*, p. 137.

constituição, por exemplo, “o preço dos seguros de saúde ou as bases da responsabilização médica.”⁴⁶¹

O referendo de iniciativa popular é mais raro, mas representativo – vinte dois estados o instituíram em matéria legislativa, quatorze em matéria constitucional. Alguns dos estados adotam um procedimento binário: o projeto de referendo de iniciativa popular, uma vez atingido o número de assinaturas, é submetido diretamente ao voto popular; outros, ternário, já que o parlamento será chamado a votar o projeto de iniciativa popular, que só irá a referendo caso saia derrotado da votação⁴⁶². E matérias tipicamente locais (como a adição de flúor à água, condições de venda de bebidas alcoólicas) podem ser objeto de referendos nas cidades ou condados, após autorizados pelo parlamento estadual.⁴⁶³

Nos estados norte-americanos, a iniciativa popular de referendo é bastante comum, e é utilizada tanto com objetivos legislativos quanto de promoção de uma causa ou de uma candidatura. Os membros do comitê de organização de uma iniciativa tendem a chamar a atenção da mídia e do público para si, o que pode ser uma maneira de renovação do parlamento relativamente barata⁴⁶⁴ (promoção dos *outsiders*, ou seja, daqueles que não são, já, políticos). Esse mecanismo pode ser considerado uma maneira de interação entre a democracia representativa e a semidireta, ainda que se possa objetar um desvio de função.

Há toda uma riqueza de experimentação da legislação local referendária nos estados dos EUA que a preveem. Se, durante os períodos de grande união nacional (sobretudo os de guerra, como os anos de 1918 e 1942-45) os referendos são raros, noutras épocas muito fizeram com que a discussão local avançasse. Por ano, a maioria desses estados passam pelos mais diferentes referendos, como o aumento de impostos, a venda de bebidas alcoólicas, o estatuto dos homossexuais, o funcionamento do sistema escolar, a duração dos mandatos eletivos, a luta contra a criminalidade, a eutanásia, o financiamento das campanhas eleitorais, os direitos dos estrangeiros, dentre outros. Assuntos que, nos estados que não preveem o referendo, não são discutidos com o público, apesar das decisões serem tomadas

⁴⁶¹ LASSALLE, Jean-Pierre. *op. cit.*, p. 156

⁴⁶² HAMON, Francis. *op. cit.*, p. 137.

⁴⁶³ LASSALLE, Jean-Pierre. *op. cit.*, p. 156

⁴⁶⁴ HAMON, Francis. *op. cit.*, p. 139.

pelas assembleias da democracia representativa ⁴⁶⁵. E assuntos que, pelo temor da complexidade, do conteúdo moral e das implicações das decisões poderiam ser afastados da deliberação popular.

Neste mesmo sentido argumentativo, mas já com outra função, **a de prestação de contas** do governo para com o povo, o uso dos mais diversos elementos de participação popular é comum nos Estados Unidos. O referendo também, já que as questões orçamentárias e fiscais não são excluídas do seu domínio, razão pela qual a população discute tributos, orçamento público e sua realização⁴⁶⁶. Pode-nos parecer surpreendente, mas o orçamento escolar do Estado de Nova Iorque (não o da cidade) é matéria frequente de referendos. É comum que os valores propostos pela administração sejam considerados insuficientes, e que o povo indique o corte de outras rubricas, como a saúde ou os transportes⁴⁶⁷.

Assim também se dá na Suíça, onde a relação entre prestação de serviços públicos e aumento de impostos é abertamente discutida com a população. Mas não é o caso da França e da Alemanha, em que a discussão orçamentária é expressamente proibida na legislação regulamentadora da participação popular. Aqui se mostra, no entender de Christophe Premat, a essencial diferença entre o referendo local nos países citados e nos estados norte-americanos adeptos à *western democracy* – o papel que o referendo local ocupa na França e na Alemanha é auxiliar, subordinado ao parlamento, não devendo perturbar a administração, técnica. O referendo é a expressão de uma “intervenção circunstancial dos habitantes” ⁴⁶⁸ na vida política local, que recusa uma decisão tomada pelo parlamento ou que propõe novos assuntos, uma nova pauta. Naqueles estados norte-americanos parece haver um certo dever de lealdade do parlamento ao povo – aquele não deve colocar-se como vanguarda deste, algo aprendido, ainda, do movimento populista. Citando Guy Sorman, o autor afirma que “Nos EUA, a ideia de que os eleitos possam ser a vanguarda do povo é inaceitável. Exige-se, ao contrário, que eles se comportem como uma fotografia instantânea da opinião pública. O

⁴⁶⁵ LASSALLE, Jean-Pierre. *op. cit.* p. 158.

⁴⁶⁶ PREMAT, Christophe. *op. cit.*, p. 89.

⁴⁶⁷ LASSALLE, Jean-Pierre. *op. cit.* p. 156.

⁴⁶⁸ PREMAT, Christophe. *op. cit.*, p. 89.

representante é quase supérfluo, um mal necessário.”⁴⁶⁹ É importante ressaltar que essa consciência é, mormente, local e estadual. A representação federal não cumpre a mesma lógica, com menores possibilidades de controle e de responsabilização, sendo distante dos cidadãos. Uma democracia ambígua, no mais amplo sentido do termo – nos estados, participação popular; na União, distanciamento - mas que é, a sua maneira, funcional.⁴⁷⁰

O referendo local presta-se a outra função, na maioria dos lugares em que seu exercício é habitual, a de servir como **instrumento de pressão do governo local sobre o geral**, normalmente nacional, algumas vezes da região (estado, departamento, o nome que for dado no direito estudado). Um projeto local que necessite de apoio político e orçamentário de um nível mais amplo de governo, um projeto abrangente que seja de interesse local ou que seja contra o interesse local pode ser objeto desse tipo de consulta.

A questão que se põe possui nuances importantes. Ela parece, em um primeiro momento, um desvio de finalidade do uso do referendo local. Este serve, como vimos, para que a população discuta e delibere a respeito daqueles assuntos que seu município, estado ou região possua competência. Assim, promover um referendo para discutir assuntos que excedem a competência local é, nessa visão inicial, um problema ou, mesmo, uma ilegalidade⁴⁷¹. É um dos casos de controle judicial prévio dos referendos tanto na França como na Alemanha – da mesma maneira que o prefeito ou o parlamento local não poder exceder suas competências, não podem chamar um referendo que o faça⁴⁷².

Há vários inconvenientes apontados quando se faz um referendo local sobre matéria cuja competência é de outrem. O mais desagradável é o desgaste que um tal tipo de pergunta pode trazer ao próprio processo democrático – ao ser

⁴⁶⁹ Idem, *ibidem*. Livre tradução. No original: “Aux États-Unis, l’idée que les élus puissent être en avance sur la société est inacceptable. On y exige, au contraire, que ce qu’ils portent et ce qu’ils entreprennent corresponde à la photographie instantanée de l’opinion publique. L’élu est presque superfétatoire, il n’est qu’un mal nécessaire.”

⁴⁷⁰ LASSALLE, Jean-Pierre. *op. cit.*, 157-158.

⁴⁷¹ BELLOUBET-FRIER, Nicole. *op. cit.*, p. 166. A autora reconhece a complexidade da questão, mas se posiciona pela perniciosidade do uso do referendo local para tratar de assuntos não locais. Entende que há maior chance de personalização da questão apresentada ao povo, em como a promoção de uma lógica nefasta de desunião, de “nós contra eles”.

⁴⁷² Idem, p. 167. No mesmo sentido PREMAT, Christophe, p. 89.

chamado para decidir em um referendo, o povo acredita que vai fazê-lo. Ou seja, que vai decidir. O que adianta que o povo manifeste seu desgosto com a construção de uma autoestrada que passe dentro dos limites do município, se a decisão é tomada por níveis mais amplos de poder? Ao ver sua posição ser vitoriosa por ampla maioria e, ainda assim, a estrada ser construída, o cidadão objetante tende ao desencantamento⁴⁷³ com o regime. E, mais: não é errado que o interesse local seja desconsiderado caso haja um interesse regional ou nacional em jogo – ao contrário. Em todo o lugar há obras e atividades de interesse geral que não o são sob o ponto de vista local. Se uma autoestrada pode ser problema na Europa, aqui pensaríamos em um presídio federal, ou em um aterro sanitário. Ninguém os deseja, todos deles necessitam. O citado desencantamento do cidadão com o regime democrático é evidente inimigo da legitimidade por proximidade, que aqui se defende⁴⁷⁴.

Essa primeira impressão pode ser problematizada no campo jurídico, ainda. Quais são as competências das autoridades locais? Na maioria dos países o conceito é fluído, tendendo a uma experimentação institucional de grande duração temporal. Apesar de termos, em nosso país, pouquíssima experiência no uso de referendos locais (como veremos no próximo capítulo), de repartição de competências federativas temos, e bastante. E a dúvida a respeito dos limites das competências de cada ente federado é contínua, periodicamente solvida por tribunais e por obras doutrinárias. Os municípios, no Brasil, podem legislar a respeito de meio-ambiente? Se lermos o art. 24, VI, da CRFB,⁴⁷⁵ não. O *caput* do citado artigo fixa competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal. Porém, a competência administrativa dada aos municípios para fiscalização ambiental (art. 23, VI)⁴⁷⁶, somada à competência municipal para tratar de assuntos

⁴⁷³ Este exemplo é trazido por BELLOUBET-FRIER, Nicole. *op. cit.*, p. 167.

⁴⁷⁴ A análise do efeito deslegitimador de um referendo como o citado vai depender das circunstâncias da campanha e da pergunta a ser feita ao povo. Se, na própria pergunta, o caráter de consulta política está inserido (como: você concorda que a prefeitura defenda a instalação de um porto em nossa cidade?) esse efeito desaparece por completo.

⁴⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

⁴⁷⁶ Idem, Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (...) VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

de interesse local, mesmo legislativamente (art. 30, I e II)⁴⁷⁷, faz com que muitos municípios tenham editado regras de direito ambiental material. E se um tema de direito ambiental fosse submetido a referendo no Brasil, isso agrediria a repartição de competências? Claro que vai depender do caso e da pergunta, mas, *a priori*, não nos parece caso de flagrante inconstitucionalidade. O que se quer argumentar é que os limites dos assuntos de interesse local não são claros e que dependem de uma problematização individualizada. A realidade apresentada nada tem a ver com um defeito da regulação constitucional brasileira mas, sim, com a natureza da atribuição de competência local. Na França, país unitário, o que estabelece a competência da comuna é a chamada “clausula geral de competência”, existente desde 1884 e, hoje, acolhida no art. 4º da lei de 27 de janeiro de 2014⁴⁷⁸. Ela afirma que “é atribuída à coletividade uma capacidade de intervenção geral, sem que seja necessário proceder a uma enumeração de atribuições. Assenta-se sobre as matérias da coletividade ou sobre o interesse público local”⁴⁷⁹. Percebe-se a escolha dos dois países por normas de textura aberta para definirem competências locais, cujo objeto é construído no tempo pela experiência das instituições administrativas e jurisdicionais.

A grande dificuldade de limitar os referendos a questões tipicamente locais não é, porém, jurídica. O resultado de um referendo pode ser uma arma política importante da cidade ante o poder central. Na França, estima-se que um terço dos referendos locais até hoje realizados tratam de assuntos que escapam às competências do órgão que o convoca, como é o caso do referendo sobre o traçado da linha férrea do Trem de Grande Velocidade (TGV) realizado na cidade de Ventabren em 14 de abril de 1994⁴⁸⁰. A vitória no referendo foi a principal arma usada pelo prefeito na sua exitosa luta para mudar o traçado inicialmente previsto

⁴⁷⁷ Idem, Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - complementar a legislação federal e a estadual no que couber;

⁴⁷⁸ Livre tradução. No original: “qu’il est accordé à la collectivité qui en est bénéficiaire une capacité d’intervention générale, sans qu’il soit nécessaire de procéder à une énumération de ses attributions. Elle repose sur les “affaires de la collectivité” ou l’intérêt public local.” FRANÇA. Lei de 27 de janeiro de 2014, artigo 4. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte= JORFTEXT000028526298](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028526298). Acesso em: 28 set. 2017.

⁴⁷⁹ Ver ainda: FRANÇA. Vie Publique. Site. Disponível em: <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/collectivites-territoriales/competences-collectivites-territoriales/qu-est-ce-que-clause-generale-competence.html>. Acesso em: 28 set. 2017.

⁴⁸⁰ BELLOUBET-FRIER, Nicole. *op. cit.*, p. 165.

para a linha férrea. Marion Paoletti relaciona outros casos de referendos locais franceses cujo objetivo declarado pelos prefeitos é o de angariar mais poder político para combater projetos do governo central, de ministérios ou de empresas públicas⁴⁸¹: 1) contra linhas aéreas de transmissão de energia elétrica de grande voltagem – 225 mil volts – nas cidades de Charvonnex e Saint Martin Bellevue, com concordância de 97,3% dos votos; 2) proposta de um traçado mais favorável à cidade de Gap para uma estrada cujo projeto ainda não havia sido aprovado, 68,71% dos sufrágios; 3) oposição ao estabelecimento de empresas de material químico ou radioativo – em Chomérac, em 19/12/1993, 99% dos votos. Em várias cidades associadas de Moselle, 96,32% da população; 4) em 1991, em sete comunidades do Carmaussin, 92% da população se opôs à exploração de carvão, mesmo com a diminuição de empregos.

De maneira semelhante, um referendo sobre assunto estranho às competências do ente que o convoca pode dar voz a uma manifestação desejada pela população de repúdio a um ato do governo central. Muitos estados dos EUA tiveram referendos propostos a respeito da proibição de atividades militares que não fossem de defesa, nos anos 1970. Tratava-se de clara discordância ante a política externa norte-americana na Coreia e no Vietnã, assuntos que, por certo, não são estaduais⁴⁸².

Um posicionamento, por fim, se impõe. A inadequação do uso do referendo local para tratar de assuntos que não sejam próprios à entidade que o convoca parece certa se nos colocamos em um ponto jurídico-institucionalista. O referendo é um modo de tomada de decisão ou, ao menos, de conselho – aquele que tem o poder de decidir pergunta para o povo. Mas decide. A existência de um número tão grande de referendos que fogem da circunscrição indica que aí está um fenômeno social importante, que não pode ser, simplesmente, rotulado de “ilegal” ou de “errado”. Sem maiores discussões, parece que esses referendos desviantes também podem cumprir (e, eventualmente, cumprem) uma função democrática.

Do ponto de vista da tese defendida, importa-nos, sobremaneira, que o referendo seja um meio de expressão pública da subjetividade do cidadão. O

⁴⁸¹ PAOLETTI, Marion. *op. cit.*, p. 126.

⁴⁸² LASSALLE, Jean-Pierre. *op. cit.* p.151.

cidadão que refletir, só ou em conjunto, que concluir e expressar suas convicções, que participar do processo de formação do referendo, de seus procedimentos e votar, tendo consciência do limite deliberativo de seu voto, confiará mais na legitimidade democrática do direito. Como dissemos há pouco, tudo pode ser perdido se o cidadão sentir-se enganado pela autoridade que convocou um referendo inútil. Mas a participação de cidadãos norte-americanos em referendos com intuito pacifista não é sem significado para aqueles que se submetem ao direito.

Outra situação semelhante é a do uso do referendo com a **finalidade de resistência de cidade ou região**. A diferença essencial é que a matéria objeto do referendo não é estranha às competências municipais, mas, ainda assim, contrariam o interesse do governo central que é, numericamente, majoritário na sociedade. O referendo local, então, ganha ares de nacional, com cobertura da grande mídia, interesses e pressões normalmente raras. Um exemplo é-nos dado pelas Consultas Populares em Comunidades Indígenas, na Colômbia⁴⁸³. A Colômbia possui um completo regramento dos instrumentos de participação popular, que se funda sobre o art. 103 da Constituição Política da Colômbia⁴⁸⁴. A convenção 169 da OIT⁴⁸⁵ foi ratificada pela Colômbia em 7 de agosto de 1991, ou seja, logo após a feitura da Constituição⁴⁸⁶, e nela está expresso o dever de consulta às comunidades tribais e indígenas de toda a atividade econômica que envolva as terras demarcadas. A lei estatutária 1757, de 6 de julho de 2015⁴⁸⁷, tornou vinculantes as

⁴⁸³ A respeito, ver URREGO, Cielo Rusinque; RAMIREZ, Luis-Miguel Gutierrez. De la démocratie constitutionnelle au constitutionnalisme démocratique : enjeux de la démocratie semi-directe en Amérique Latine à la lumière d'un cas colombien. Comunicação no Xº Congresso da Associação Francesa de Direito Constitucional. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/75bfc7_dae409c82b0b45c6a58aea9ec19f263a.pdf. Acesso em: 28 set. 2017. Agradecemos a Cielo Rusinque Urrego pela explicação didática do sistema de participação popular na Colômbia.

⁴⁸⁴ COLOMBIA. Constitución Política, de 6 de julho de 1991. Disponível, atualizada, em <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>. Acesso em: 29 set. 2017.

⁴⁸⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção sobre os povos indígenas e tribais**. Vigor em 05/09/1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 29 set. 2017.

⁴⁸⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenções ratificadas pela Colômbia. Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102595. Acesso em: 29 set. 2017.

⁴⁸⁷ COLOMBIA. Lei Estatutária 1757, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62230>. Acesso em: 29 set. 2017.

decisões tomadas pelas comunidades indígenas, nos quadros de um referendo local. Ocorre que grande parte das atividades extrativistas da Colômbia ocorre em terras indígenas. Consultadas, as comunidades tendem a se manifestar contrariamente a todas as atividades que destruirão a terra e o meio-ambiente, muitas vezes de maneira unânime (como em Catamarca, onde 98% da população manifestou-se contrária ao projeto mineiro da Anglo Gold Ashanti Colombia S.A.)⁴⁸⁸. O caso ganha interesse pela decisão da Corte Constitucional Colombiana de 2 de janeiro de 2017⁴⁸⁹ que estabeleceu a inconstitucionalidade do Código de Minas no que respeita à proibição de municipalidades barrarem projetos mineiros – e que gerou uma quase paralisação de tais projetos em terras indígenas. As comunidades locais, indígenas ou não, passaram a sofrer toda a espécie de pressão tanto dos governos centrais quanto das próprias empresas, haja vista os vultosos valores econômicos envolvidos. O caso, socialmente tormentoso na sociedade colombiana, tem evolução incerta. Mas bem exemplifica a função de resistência aqui apresentada.

O referendo local também tem a virtude de colocar na pauta da discussão pública **novos valores sociais** que, sem ele, provavelmente demorariam mais a serem discutidos pelo parlamento. Isso ocorre, em maior medida, nos referendos propositivos de iniciativa popular, em que a abertura temática é significativa, permitindo que minorias de todas as espécies levem suas demandas à coleta de assinaturas e, eventualmente, à votação popular. Mesmo que a proposição falhe por falta de assinaturas, o assunto ganha visibilidade, uma visibilidade que provavelmente auxiliará na legislação futura. Em outras palavras, a demanda, antes escondida, é escrita em linguagem política, a única que é pode ser tratada pelo aparato político-administrativo. Mesmo um referendo de iniciativa governamental tende a trazer inovações, já que se trata de uma eventual política pública futura, ou de projeto de lei controverso⁴⁹⁰.

Os atores do processo de discussão mudam, saindo do âmbito apenas parlamentar (mantendo, os parlamentares, central importância) e acolhendo cidadãos, minorias, mídia e juízes. E isso faz surgir ideias novas, como ocorreu nos

⁴⁸⁸ URREGO, Cielo Rusinque; RAMIREZ, Luis-Miguel Gutierrez. p.9.

⁴⁸⁹ Idem, ibidem.

⁴⁹⁰ PREMAT, Christophe. *op. cit.*, p. 352.

anos 1980 com a preocupação ambiental⁴⁹¹ nos Estados Unidos. De uma questão desimportante, a proteção ambiental foi tomando o centro das preocupações modernas constituindo-se, hoje, em ideologia verdadeiramente global – a única que pretende universalidade. Há uma mudança de posicionamento a respeito das questões políticas a partir dos anos 1980 – a tradicional clivagem direita e esquerda não desapareceu, mas ganham espaço assuntos que ultrapassam as ideologias econômicas em si, como argumentado no capítulo dois⁴⁹². Assuntos como o meio ambiente, em que pode haver políticos de qualquer espectro que sejam sensíveis aos argumentos ecológicos, bem como outros que não são. E esse tipo de assunto foi ganhando espaço: políticas de gênero, qualidade de vida, energia nuclear, movimentos de integração e de independência nacional. Esses exemplos, apesar de globais, têm reflexos locais, e os referendos podem ser usados para os acolher, tornando mais complexo (e não mais simples) o sistema político local.

O referendo local também tem por função, pois, a **aumentar a complexidade do sistema político**. Essa complexidade, essencialmente, significa que outros participantes passam a atuar no processo de criação de normas (apesar do parlamento e dos partidos políticos seguirem os principais atores) e na formulação de políticas (apesar da primazia do prefeito, no tema). A atuação de cidadãos na iniciativa ou na decisão modifica a atuação dos representantes, mas não a diminui, muito menos a extingue. E essa parece ser a questão central neste ponto – a mudança em um sistema representativo já implantado e que dá bons resultados é temida.

Não é o que a prática evidencia, porém. Na Alemanha, em que o orçamento municipal é mais significativo, a tendência dos cidadãos tem sido, e de forma crescente, buscar as “janelas” que a legislação abre para que possam influir na fixação de investimentos e de prioridades⁴⁹³. Ali, onde o parlamento tem mais poder para definir políticas públicas do que na França, a existência do referendo de iniciativa popular aumentou o papel da negociação para a tomada de decisões⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ LASSALLE, Jean-Pierre. *op. cit.*, p. 160.

⁴⁹² PREMAT, Christophe. *op. cit.*, p. 357, citando Anthony Giddens.

⁴⁹³ *Idem*, p. 320.

⁴⁹⁴ *Idem*, p. 600.

Com isso, o parlamento local ganhou centralidade e importância, em vez de perdê-la. Os cidadãos organizados em comitê para referendo sabem de seus poderes (o de, eventualmente, ter sucesso na convocação do referendo e na votação em si) e limites (falta de assinaturas e eventual derrota na votação) ao negociarem com o parlamento. Este, por sua vez, sabe que é melhor debruçar-se no estudo das novas questões trazidas pelos cidadãos, emendando o projeto, cedendo, legislando já que sabe que seu desdém pode dar guarida a uma campanha referendária. E a existência de uma legislação referendária eficiente é uma chave para que esse novo modelo de negociação evolua⁴⁹⁵ ⁴⁹⁶. O cidadão é partícipe na busca de soluções criativas, bem ao gosto da legitimidade por proximidade.

3.2.3 O referendo local como instrumento de integração do cidadão e de legitimidade por proximidade – outros argumentos

O tema da presente subparte já não nos é estranho, dele tratamos muitas vezes. É certo que maior participação dos cidadãos no processo de legitimação da política e do direito é benquista por qualquer teoria democrática. Aqui, porém, argumenta-se que o uso do referendo local pode atuar no tipo de legitimidade que estudamos, a que é denominada “por proximidade”. Ela percebe o surgimento de um subjetivismo individualista que reconhece como legítimo aquilo em que participa, que aceita autoridade⁴⁹⁷ passivamente caso haja desinformação ou exclusão. Que não constrói simbolicamente a autoridade por mera admiração, que

⁴⁹⁵ Após análise de dados sobre a permeabilidade dos parlamentos dos *Länder* alemães às novas demandas dos cidadãos, Christophe Premat conclui que “Quanto mais a legislação for favorável ao desenvolvimento de práticas referendárias, mais os eleitos serão forçados a negociar com os atores das iniciativas para evitar a convocação de um referendo local.” Livre tradução. No original: “Plus la législation est favorable au développement des pratiques référendaires, plus les élus seront contraints à négocier avec les acteurs des initiatives pour éviter de subir le lancement d’un référendum local.” Idem, p. 403.

⁴⁹⁶ Interessante perceber, ainda, que a maior atividade referendária (negociação, assinaturas e presença nas votações) dá-se, na Alemanha, em municípios menores. Idem, 472.

⁴⁹⁷ INGLEHART, Ronald. Postmodernization erodes respect for authority, but increases support for democracy. In: NORRIS, Pippa (Org.) **Critical citizens, global support for democratic government**. p. 236-256. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999. p 242.

exalta a experiência. O referendo nacional pode ser útil a essa espécie de legitimidade, mas é o local que reúne as condições mais adequadas para isso⁴⁹⁸.

O referendo local tenderá a envolver uma maior participação popular. Mesmo no caso da iniciativa ser estatal, como é possível na legislação brasileira, o tema é, mais das vezes, habitual na vida de todos, o que facilita seu conhecimento existencial⁴⁹⁹ - o que importa para a legitimidade por proximidade. Da mesma maneira, raramente ele será tão técnico ou complicado ao ponto de excluir cidadãos da sua compreensão. Marion Paoletti afirma que “é essa congruência suposta entre assuntos públicos locais com assuntos privados que confere toda a eficácia à assimilação da comuna e da democracia”.⁵⁰⁰ O que é mais um ponto favorável à proximidade – os cidadãos conhecem os assuntos públicos locais como se fossem privados de suas vidas, ou seja, com habitualidade, o que possibilita o debate e a tomada de posição. Os representantes, que chamam o referendo neste caso, são pessoas que fazem parte da mesma comunidade política concreta, existente, sendo muito mais “iguais” ao cidadão comum do que o representante nacional.⁵⁰¹

Na hipótese da legislação nacional permitir o referendo local de iniciativa popular, os proveitos que ele trará para a legitimidade por proximidade serão ainda maiores. Os argumentos há pouco apresentados sobre o processo de tornar o sistema representativo mais complexo estarão presentes. Cidadãos organizados em torno de um interesse negociarão com o parlamento, sempre cientes de poderem iniciar um processo referendário. O parlamento local, por sua vez, atuará de maneira mais responsiva, pois sabe que a demanda apresentada pode transformar-se em iniciativa popular de referendo, o que gerará uma melhor imagem e um aumento de poder real. Neste caso, sim, brilha a ideia da proximidade, já que o cidadão verdadeiramente identifica-se com o criador da norma – mesmo quando não o é, quando a nova norma resultou de uma eficiente

⁴⁹⁸ BELLOUBET-FRIER, Nicole. *op. cit.*, p. 169.

⁴⁹⁹ RANNEY, Austin. **The government of men**. 4ª ed. Hinsdale: The Dryden Press, 1975. p. 476.

⁵⁰⁰ PAOLETTI, Marion. *op. cit.*, p. 138. Livre tradução. No original: “C’est cette congruence supposée des affaires publiques et des affaires privées qui confère toute son efficacité à l’assimilation de la comune et de la démocratie.”

⁵⁰¹ Idem, *ibidem*.

negociação com o parlamento local⁵⁰². Há uma aproximação do processo legislativo da vida cotidiana das pessoas, já que essas pessoas podem vir a propor novas normas, negociando com o parlamento e, eventualmente, propondo referendos⁵⁰³. Da mesma forma, as mesmas vantagens podem ser sentidos no campo da real interpretação do quadro político local – na negociação diária os representantes mostram seus reais interesses, virtudes e defeitos para os eleitores, muito mais do que em uma campanha eleitoral, onde tudo se pode dizer, sem qualquer controle. Ou, nas palavras de Peter Graf von Kielmansegg, citado por Christophe Premat: “trata-se de atenuar a independência dos representantes e de substituir o monólogo por um verdadeiro diálogo.”⁵⁰⁴

A conquista de um regime político que seja sentido por parte significativa dos cidadãos como legítimo não é tarefa simples. Para ela, cada instituto existente de democracia representativa, direta e semidireta é importante, como é importante a criatividade institucional. Bem organizar os institutos, dando a cada um a relevância adequada a cada realidade é tarefa dos legisladores – especialmente dos constitucionais. Assim, há de ficar claro que o referendo local não é o único instituto capaz de realizar a legitimidade por proximidade. Em alguns ordenamentos, talvez ele nem seja imprescindível para esse desiderato. O que aqui se argumenta é que ele possui vantagens em face de outros institutos (e, no próximo capítulo argumentaremos, ele foi deixado de lado no Brasil).

A primeira vantagem do referendo local em face de outros instrumentos de democracia direta ou semidireta para a proximidade é sua universalidade. Diferentemente de assembleias de bairro, de conselhos populares (tais como as audiências prévias no processo de licenciamento ambiental) e de reuniões semelhantes, ele não depende de um grande esforço pessoal do cidadão⁵⁰⁵. Ele não

⁵⁰² E esse processo de negociação também tem efeitos sobre os partidos políticos, que passam a ter posições mais pragmáticas e congruentes com as forças vivas da sociedade. v. PREMAT, Christophe. *op. cit.*, p 81.

⁵⁰³ Idem, p. 552.

⁵⁰⁴ KIELMANSEGG, Peter Graf. Soll die Demokratie direkt sein? Wenn die Bürger selbst entscheiden, ersetzt der Monolog den Dialog zwischen Wählern und Gewählten. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25 de Abril de 2001, *apud* PREMAT, Christophe, *op. Cit.*, 554. No livro citado: “il s’agit d’atténuer l’indépendance des représentants et de substituer à leur monologue un véritable dialogue.”

⁵⁰⁵ O que, conforme estudamos na já citada obra *Stealth Democracy* de John R. Hibbing e de Elisabeth Theiss-Morse, é uma vantagem considerável.

exige um cidadão-Hércules que, após realizar os doze trabalhos em seu dia-a-dia, ainda encontre tempo suficiente para estudar a fundo uma questão e vá opinar em uma audiência prévia. Apenas pessoas que tenham um interesse muito específico comparecerão a tais reuniões. A participação dos poucos e interessados é boa para a democracia, obviamente; mas o referendo faz com que uma questão que passa por um processo de elaboração que a simplifica seja apresentada para a população. A população local, então, aprende a questão, discute, opina e vota. É nesse processo inclusivo que está uma das virtudes do referendo. Veja-se que a discussão, democrática e aberta, a respeito do tipo de filtro que se deve colocar em uma fábrica de celulose não é adequada para um referendo – ela demanda um conhecimento especializado que, apesar de acessível à população, não é de fácil esclarecimento. Questões tais devem seguir sendo tratadas em audiências prévias ao licenciamento ambiental. Mas um eventual zoneamento industrial da cidade, por exemplo, pode ser discutido pelo conjunto do povo, o que trará importantes efeitos legitimadores do regime democrático.

O sistema de conselhos populares sempre foi a espécie de instituto de democracia participativa preferida pelos eleitos, na França⁵⁰⁶. Ali o governante pode expor seus projetos, colher impressões e propostas de aprimoramento e, sobretudo, mostrar sua eficiência ante cidadãos interessados que estão felizes por participar. Não haveria sentido negarmos a importância de tais conselhos para a legitimidade por proximidade, ao contrário. Somos contemporâneos ao já citado “Orçamento Participativo” na cidade de Porto Alegre, por exemplo, e conhecemos seus êxitos. Em tais reuniões, porém, raramente o controle da discussão⁵⁰⁷ sai da mão do Prefeito ou dos eleitos. E Michel Koebel nos recorda que, nas reuniões dos conselhos de bairro, a palavra é dada, mantida e escutada de acordo com as características socioculturais e étnicas de quem fala⁵⁰⁸. O tipo de escuta que cada cidadão merecerá ultrapassa o conteúdo de seu discurso. Assim não é com o

⁵⁰⁶ KIELMANSEGG, Peter. *Graf. op. cit.* p. 528.

⁵⁰⁷ Analisando as instituições suíças, Christophe Premat argumenta que um dos motivos principais para a migração de um democracia de assembleias para uma democracia referendária está na necessidade de resistência das individualidades em face da realidade social. Como empregados contrariarão seus padrões apenas por estarem em uma assembleia, e não, na fábrica? *Idem*, p. 76-77.

⁵⁰⁸ KOEBEL, Michel. *Le local, lieu d'innovation politique?* In: BENOÎT, Richard; HOLEINDRE, Jean-Vincent. (Orgs.). **La démocratie – histoire, théories, pratiques.** p. 111-120. Auxerre: Éditions Sciences Humaines, 2010, p. 116.

referendo local que, por definição, reforça a ideia de igualdade. Aqui se resgata o primeiro capítulo, em que referimos que o igualitarismo é um valor, não uma constatação empírica. Assim, o uso do referendo realiza esse valor, fazendo do anonimato um insuspeito construtor da subjetividade dos socialmente mais fracos.

A utilização de referendos locais parece-nos, assim, bastante proveitosa à legitimação democrática por proximidade, como se argumentou. Vários dos elementos que, teoricamente, apreendemos na obra de Pierre Rosanvallon, são passíveis de realização pelo uso do referendo local. O que não significa que o instituto também não traga dificuldades e, mesmo, perigos, como veremos na seguinte subparte.

3.2.4 Os desafios e os perigos do uso do referendo local

O referendo sempre é um instituto poderoso, nacional ou local. Seu uso pode trazer muitos benefícios, como vimos, mas não é isento de dificuldades e, mesmo, de perigos. O referendo local também é assim, possuindo vários desafios e perigos próprios.

Iniciemos pelos desafios. Um dos que emerge do próprio nome da coisa é o que seja “local”. Tendemos a identificar essa localidade com uma organização administrativa qualquer, ou seja, um referendo local poderia dar-se, no caso do Brasil, nos estados, nos municípios e no Distrito Federal; no caso da França, em uma região, um departamento, uma região metropolitana ou uma cidade. A identificação entre a localidade da questão a ser tratada pelo referendo e a repartição administrativa local é, porém, arbitrária.

Em nosso país, a questão é posta no art. 18, §3º e §4º, da constituição, quando é tratada a realidade territorial dos estados e dos municípios⁵⁰⁹. O

⁵⁰⁹ BRASIL. Constituição da República. Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (...)§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar. § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por

plebiscito será obrigatório nesses casos, envolvendo, no caso dos estados, a “população diretamente interessada”; no caso dos municípios, os “municípios envolvidos”. Ou seja, no caso de fusão de três municípios, a população dos três; no desmembramento de um estado, a população da totalidade do estado. Essa escolha é feita pela lei 9709/1998⁵¹⁰ e, ainda que possa ser objeto de críticas, indica a solução do problema para as questões territoriais. A falta de uso do instituto faz-nos esquecer que esse tipo de plebiscito é, apenas, um dos tipos possíveis.

Os assuntos locais certas vezes interessam apenas a uma parte do território do município; outras excedem, até, um país. Um caso bastante interessante é do referendo convocado na cidade de Genebra a respeito da localização do aeroporto - dependendo da decisão popular, limitações de construir e problemas ambientais alcançariam outras cidades - ou, mesmo, outro país, já que uma das regiões propostas para o aeroporto é fronteira com região habitada da França⁵¹¹. A decisão de consultar todos os habitantes do Cantão de Genebra foi duplamente criticada; por uns, por que apenas algumas cidades teriam que suportar os problemas ambientais gerados pelo aeroporto - ou seja, pessoas que não seriam atingidas pelo prejuízo decidiram a quem o sacrifício deveria ser impingido; por outros, por que a localização do aeroporto também influencia a vida de outros cantões e, mesmo, das regiões francesas adjacentes.

Eis, portanto, o primeiro dos desafios a ser equacionado ao se pretender convocar um referendo local. Sua solução depende da compreensão da diferença entre o caráter local da questão exposta ao povo e a repartição, puramente voluntária e burocrática, do poder público no território.

Uma segunda dificuldade diz respeito a quem vota. A composição do corpo eleitoral é um problema mais claro no caso de referendos de independência ou

Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)

⁵¹⁰ BRASIL. Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998. Art. 7º Nas consultas plebiscitárias previstas nos arts. 4º e 5º entende-se por população diretamente interessada tanto a do território que se pretende desmembrar, quanto a do que sofrerá desmembramento; em caso de fusão ou anexação, tanto a população da área que se quer anexar quanto a da que receberá o acréscimo; e a vontade popular se aferirá pelo percentual que se manifestar em relação ao total da população consultada.

⁵¹¹ TAILLON, Patrick. *op. cit.*, p. 110.

redefinidores de território⁵¹². Mas ele se apresenta desde seus aspectos mais comezinhos, como até quando deve ser aceita uma transferência de domicílio eleitoral, até os mais difíceis, como a capacidade eleitoral de estrangeiros para votar em assuntos da localidade em que moram. Nicole Belloubet-Frier⁵¹³ expõe que a Suíça reconhece direito de voto a qualquer habitante de seu território, mesmo estrangeiros; na França, apenas os nacionais e os residentes em outros países da União Europeia. A experiência Suíça é vanguardista, mas detecta que a abstenção é maior entre os estrangeiros residentes do que entre os nacionais suíços.

Outras dificuldades enfrentadas pelos governos locais que utilizam referendos habitualmente são o perigo de uso dos referendos de iniciativa popular para fazer aprovar leis que interessem a segmentos econômicos definidos (ou seja, de empresas “camuflarem-se” em cidadãos para proporem leis)⁵¹⁴ e os custos da realização de muitos referendos⁵¹⁵. A respeito destes, cabe ressaltar que a doutrina raramente mostra-se preocupada com eles – mesmo a passagem apontada apenas indica que o excesso de referendos pouco efetivos pode ser uma atuação antieconômica. Talvez pela experiência mais habitual do instituto, talvez por não envolver convocação obrigatória de redes de televisão e de rádio, a questão dos custos dos referendos locais parece ser menos grave do que o são nos referendos nacionais.

Passemos, agora, aos perigos. É certo que o uso do referendo local possui alguns perigos em comum com o referendo nacional, normalmente minorados. É o caso do uso plebiscitário que se pode dar ao referendo, conforme vimos na parte anterior. Um prefeito que tenha um projeto cuja resistência seja alta no parlamento local pode convocar um plebiscito para impor-se com base no povo, com argumentos populistas⁵¹⁶. Mesmo que isso possa ocorrer, eventualmente, os efeitos de tal desvio são menores se comparados com os perigos nacionais, estrondosamente autoritários. O inverso também pode acontecer – um parlamento

⁵¹² Idem, p. 111.

⁵¹³ BOLLOUBET-FRIER, Nicole. *op. cit.*, p. 172.

⁵¹⁴ Idem, p. 173.

⁵¹⁵ PREMAT, Christophe. *op. cit.*, p. 437.

⁵¹⁶ BOLLOUBET-FRIER, Nicole. *op. cit.*, p. 169.

local que discorde do prefeito pode chamar um plebiscito de desestabilização⁵¹⁷ para evitar que um projeto legítimo seja levado a cabo – algo possível de se imaginar no Brasil, em que o Executivo frequentemente não tem maioria parlamentar para governar.

Um segundo perigo apontado por grande número de autores é que o referendo seja dominado por empresas ou adversários inescrupulosos. Os prefeitos manifestam esse temor em aproximadamente 30% dos casos como justificativa para não chamarem referendos, na França⁵¹⁸. A leitura que fazemos desse perigo é que há temor de perda de poder por parte dos eleitos, o que se reforça ao trazermos à consciência levantamento feito por Christophe Premat⁵¹⁹ na realidade alemã. O autor analisou a legislação participativa dos 16 *Länder* e as comparou com o domínio de um ou de outro partido nas eleições. Concluiu que aqueles estados em que o domínio de um partido é mais estável no tempo, a tendência é que os instrumentos de participação popular sejam mais desenvolvidos. Já nos estados em que a alternância entre partidos é mais comum, menos ampla é a legislação de participação popular. A interpretação desses dados nos parece clara – em lugares em que a disputa partidária pelo poder é mais intensa, os governantes do momento temem que seus adversários usem o referendo como elemento desestabilizador do governo.

O último perigo identificado como próprio aos referendos locais volta-se, especialmente, aos municípios e interessa por partir de uma realidade fática – dos entes políticos modernos, o município é o único que constitui um grupamento humano real, em que pessoas convivem todos os dias e que criam um sentido de comunidade. Assim, devem ser evitados assuntos de referendos que atinjam a possibilidade de existência da comunidade como tal, que privilegie ou que persiga grupos. Em 1994 a cidade de Awala-Yalimapo, na Guiana Francesa, fez referendo para impedir que estrangeiros (possivelmente brasileiros) se fixassem em seu território. Ao mais da ilegalidade da consulta, cumpre salientar que grande parte dos habitantes da cidade é formada por estrangeiros. Como levar a cabo tal

⁵¹⁷ KOEBEL, Michel. *op. cit.*, p. 115.

⁵¹⁸ BOLLOUBET-FRIER, Nicole. *op. cit.*, p. 167.

⁵¹⁹ PREMAT, Christophe. *op. cit.*, p. 343 – 344.

discussão sem ferir os laços comunais?⁵²⁰ O mesmo aconteceu em comunas governadas por prefeitos da Frente Nacional (partido político francês de extrema direita) e que discutia quais serviços públicos municipais deveriam ser negados aos moradores que não tivessem legalizada sua condição migratória⁵²¹. No caso específico, a população local rejeitou a proposta do prefeito, entendendo que a educação básica, por exemplo, deve ser alcançada mesmo no caso da criança ser filha de imigrantes em situação irregular. Nota-se, no caso, um perigoso desejo de impossibilitar a formação de uma comunidade intercultural, projeto político da Frente Nacional. Ou seja, há o uso de um instrumento de democracia semidireta com o objetivo de se criarem condições para uma comunidade mais fragmentada, condição para a continuidade do discurso da extrema direita⁵²².

⁵²⁰ BOLLOUBET-FRIER, Nicole. *op. cit.*, p. 167.

⁵²¹ *Idem*, p. 167 - 168.

⁵²² Note-se que essa análise é nossa. A autora citada apenas apresenta o tema como sensível por estimular a destruição da comunidade.

4 REFERENDOS LOCAIS NO BRASIL: DIREITOS FUNDAMENTAIS E OPORTUNIDADE DEMOCRÁTICA.

Os referendos locais demonstraram uma notável capacidade de ativação democrática. Nesta tese argumentou-se, inclusive, que eles servem a um novo tipo de cidadão surgido de mudanças no mundo produtivo e do trabalho, já que permitem um envolvimento ativo daquelas pessoas que são simpáticas às causas defendidas, sem excluir outras que não possuam tamanho interesse. Os referendos locais auxiliam no bom governo, aprimoram o processo legislativo local e, mais importante, aumentam o sentimento de pertença de boa parte da população, realizando a legitimidade por proximidade.

A prática dos referendos locais é, porém, bastante rara em nosso país. Logo aqui, em que a extensão territorial e a multiplicidade de realidades locais, em um estado estruturalmente federal, poderiam indicar o inverso. Quais os motivos para que isso se dê e quais as possibilidades futuras para o instituto entre nós, eis os problemas para este derradeiro capítulo.

Iniciaremos apresentando o status de direitos fundamentais de que gozam a totalidade dos direitos políticos no ordenamento jurídico brasileiro, investigando motivos para tanto e os efeitos hermenêuticos dessa decisão fundante sobre a totalidade do ordenamento. Na segunda parte exporemos a situação normativa dos referendos locais no direito brasileiro, discutindo insuficiências. Na terceira, buscaremos apresentar a casuística dos referendos – aqueles que ocorreram (a maioria na modalidade de plebiscitos para alteração territorial de entes federados) e aqueles que tiveram seus procedimentos de convocação iniciados mas que não se realizaram. Veremos a participação da jurisprudência eleitoralista nesse ambiente de pouca realização de referendos. Por fim, na quarta parte, opinaremos a respeito das possibilidades que a legislação atual nos dá para a convocação de referendos locais, discutiremos propostas de reforma legislativa na área e apresentaremos o referendo como oportunidade tanto para os poderes locais quanto para a própria justiça eleitoral.

4.1 Os direitos políticos como direitos fundamentais

A constituição do Brasil adota a concepção de serem, os direitos políticos, fundamentais. E o faz expressamente, ao reunir a quase totalidade desses direitos em um capítulo próprio (denominado “Dos Direitos Políticos”) inserido no título dois, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. A evidência topográfica é fundamental⁵²³, pois expõe uma escolha do constituinte que se relaciona com o momento vivido pelo país quando da elaboração da carta e com a concepção de ser humano abraçada pela CRFB de 1988.

A constituição brasileira de 1988 vem superar, no campo normativo, uma ditadura que violentamente desrespeitou direitos. É natural que os direitos fundamentais ganhem papel de destaque, pela primeira vez, na história constitucional pátria⁵²⁴, que sejam reforçados juridicamente para que se afaste a realidade de negação ou de aniquilação de direitos vivida durante a ditadura⁵²⁵. Assim, há previsão de amplo espectro de direitos que, na maioria das vezes, excede os deveres internacionais do país com os direitos humanos. Ainda que a efetivação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente seja um desafio, é inegável que se vive uma realidade muito mais protetora dos indivíduos a partir de 1988, o que inicia nos direitos liberais, passa pelos sociais, mas que alcança, também, os direitos políticos. Ingo Sarlet nos diz que “os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático [...]”⁵²⁶. O exercício dos direitos políticos pressupõe e reforça os direitos fundamentais em geral, criando um círculo virtuoso, na concepção dos constituintes de 1988 e da sociedade daquele momento.

Da origem de nossa constituição decorre, apesar de ser coisa apartada, uma determinada concepção de ser humano que só se realiza com a utilização política de seus direitos nas palavras de Peter Häberle:

⁵²³ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. *op. cit.*, p. 67. No mesmo sentido, ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 4 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 101 e GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 7.

⁵²⁴ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. *op. cit.*, p. 64.

⁵²⁵ Idem, p. 67.

⁵²⁶ Idem, p. 62.

Em verdade, o núcleo do ser humano como cidadão se vê atingido se não tem a possibilidade de exercer, na prática, seu direito ao voto ou de utilizar efetivamente sua liberdade de opinião e de manifestação também para fins políticos (“democracia dos cidadãos”).⁵²⁷

O ser humano, dotado de capacidade comunicacional e de auto-respeito, só se realiza plenamente tendo voz na política e percebendo que essa voz tem impacto sobre a vida comum. Nossa constituição abraça a concepção de pessoa humana autônoma, conforme estudado na quarta parte do primeiro capítulo desta tese, concepção que exige o exercício de diversos direitos fundamentais para se realizar⁵²⁸. E é esse o sentido de garantir os direitos políticos como direitos fundamentais – eles são tão importantes quanto quaisquer outros direitos para a realização do projeto de pessoa humana que a constituição brasileira abraça.

Garantidos como direitos fundamentais, os direitos políticos passam a ter um status especial de proteção. Sua maior manifestação está na vedação de abolição por meio de reforma constitucional, estabelecida no art. 60, §4, II e IV, da CRFB. O inciso II veda o abolição do “voto direto, secreto, universal e periódico”, permitindo outras mudanças que não o abolição⁵²⁹. A redação tem a virtude da clareza, explicitando quais elementos do sufrágio são essenciais e inaboliáveis, deixando ampla liberdade para reestruturações políticas futuras. Mas não abrange todos os direitos políticos, apenas o voto, o que faz com que os demais direitos sejam protegidos pela generalidade do inciso IV, que proíbe o abolição dos “direitos e garantias individuais”. Muitas páginas já foram escritas a respeito do alcance da expressão, e esse não é o foco deste trabalho. Parece-nos claro, porém, que o que a cláusula protege é o projeto total de direitos fundamentais da

⁵²⁷ HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Tradução para o espanhol de Héctor Fix-Fierro. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 318. Livre tradução. Na obra indicada: “En realidad, el núcleo del ser humano como ciudadano se ve afectado si no tiene la posibilidad de ejercer en la práctica su derecho al voto o de utilizar efectivamente su libertad de opinión y de manifestación también para fines políticos (“democracia de los ciudadanos”).

⁵²⁸ Idem, p. 328. Peter Häberle diferencia a democracia cidadã, em que as pessoas exercem suas capacidades políticas por vontade própria e protegidas por uma completude de direitos fundamentais, da mera democracia popular, que apenas substitui o soberano pelo povo, permitindo a este a mesma série de barbáries que aquele cometia.

⁵²⁹ SARLET, Ingo *et. al.* **Curso de Direito Constitucional**. *op. cit.*, p. 135. No mesmo sentido, dentre outros: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 219.

Constituição⁵³⁰. O que traz uma necessidade hermenêutica não tão simples, a ser empreendida a cada caso – quais modificações atingem o projeto total de direitos fundamentais da Constituição? Por exemplo, se um governo centralista propusesse Emenda Constitucional que abolisse os incisos I e II do artigo 14 da CRFB, que estabelece o exercício da soberania popular por meio de plebiscitos e referendos, dentre outros, essa emenda seria viável? Parece-nos certo que não, apesar de a hipotética emenda não violar qualquer característica do voto, segundo o art. 60, II, da CRFB. Viola, outrossim, o inciso IV do mesmo artigo, pois propõe abolir um direito fundamental que faz parte do projeto unitário de direitos estabelecido pela Constituição. Por outro lado, não nos pareceria inviável uma emenda constitucional que propusesse o aumento de prazo para a proposição de ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), previsto no art. 14, § 10, da CRFB⁵³¹, ainda que isso viesse a atingir a esfera individual de direitos de alguns cidadãos.

O mais importante para os objetivos desta parte, porém, reside em outra característica do regime especial dos direitos fundamentais que resulta do caráter programático da constituição de 1988. Os direitos fundamentais não são, nela, apresentados como uma descrição da realidade, como uma foto da sociedade. Ao contrário, trata-se de direitos que, na grande maioria das vezes, não eram gozados pelos cidadãos no momento da promulgação da constituição ou, se eram, não o eram em plenitude.

A constituição de 1988 foi pensada como constituição programática, a ser realizada na história, com claras inspirações das constituições alemã, espanhola e portuguesa. Entre nós, adotou-se a expressão dirigente a partir de obra fundante do professor Joaquim José Gomes Canotilho denominada Constituição dirigente e vinculação do legislador. Nela, o autor discutiu: “o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais.”⁵³² Defende, naquele momento histórico⁵³³, a força

⁵³⁰ SARLET, Ingo *et. al.* **Curso de Direito Constitucional**. *op. cit.*, p. 143. No mesmo sentido, TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.79.

⁵³¹ BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**. art. 14, § 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

⁵³² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 11.

normativa da constituição sobre a totalidade dos órgãos do Estado, inclusive do legislador, para que os objetivos e os direitos estabelecidos na constituição viessem a se realizar. Difícil exagerar as mudanças introduzidas na vida portuguesa pela Constituição de 1976, que supera décadas de autoritarismo salazarista e que quer, no lugar, construir um Estado Democrático de Direito. Assim, o autor defendeu a centralidade das decisões políticas estabelecidas na constituição, às quais novas composições legislativas deveriam respeito.

A constituição tem, nesse modelo, “um grande número de disposições dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, tarefas, incluindo diversas ordens (imposições) ao legislador, a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos”⁵³⁴. Esses programas e tarefas relacionam-se com os direitos fundamentais, de tal maneira que é certo que não se pode exigir a totalidade dos direitos na maior amplitude; ao menos não imediatamente.

Os direitos fundamentais têm a seu favor, porém, o dispositivo do art. 5º, § 1º, que afirma que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Se é certo que o dispositivo não é capaz de modificar toda a realidade vivida para transformar a sociedade⁵³⁵, é também certo que o dispositivo reforça, política e normativamente, a importância de se realizarem os direitos. Como os direitos são realizados, sobretudo, pelo Estado, surge um mandado, uma ordem, para todos os poderes empenharem-se na realização dos direitos o mais rapidamente possível.

A eficácia dos direitos fundamentais é, segundo Ingo Sarlet, reforçada:

[...] pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, nesse sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita a favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um

⁵³³ Naquele momento histórico porque o autor reformula sua posição a partir da segunda edição do livro. A reformulação, que enfatiza a vinculação material que a constituição gera (não a formal), teve maior impacto em Portugal do que no Brasil. Isso pois Portugal teve uma constituição muito mais revolucionária no contexto de 1976, e que passou por várias reformas que habilitaram a entrada do país na União Europeia.

⁵³⁴ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. *op. cit.*, p. 66.

⁵³⁵ *Idem*, p. 276 e 277.

dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.⁵³⁶

A defesa especial dos direitos fundamentais, como cerne dos projetos de sociedade e de pessoa humana que a Constituição normativamente prescreve, importa num contínuo zelo por parte dos poderes públicos, zelo de proteção e de ação. Não é dado ao poder público (seja ele administrador ou juiz) ser neutro no momento em que estão em jogo direitos fundamentais. Mesmo quando concorrentes, a cada direito fundamental deve-se dar a maior aplicação possível, protegendo-se ao máximo os direitos de todos os envolvidos⁵³⁷.

Eis os pressupostos para o desenvolvimento do argumento desta parte. Ora, se os direitos políticos são direitos fundamentais, e se aos direitos fundamentais deve-se dar aplicação imediata, tendo o indivíduo direito a um esquema plenamente satisfatório de direitos, que realize a dignidade, o que se pode concluir? Que no âmbito dos direitos políticos constitucionalmente previstos também há um dever de máxima aplicação, de otimização.

Um esquema plenamente satisfatório de direitos políticos constitucionalmente fundado tem um grande número de características. Iniciando-se pela ampliação da base de eleitores e a isonomia no processo eleitoral⁵³⁸, que envolve paritário acesso a uma mídia que não privilegie opiniões em virtude de posições políticas parciais. Da mesma maneira, um respeito ao pluralismo político (art. 1º, V, da CRFB) que é resultado de uma visão relativista a respeito da verdade política, como se explorou na segunda parte do primeiro capítulo desta tese.

Do ponto de vista institucional, há de se realizar eleições limpas, acessíveis a todos e periódicas. Foge-nos do foco uma análise mais aprofundada da questão, mas é inegável que eleições têm havido – vivemos o mais longo período contínuo de eleições universais após a proclamação da República. Há toda uma parte do poder judiciário voltada à garantia da legalidade das eleições representativas – a

⁵³⁶ Idem, p. 280. O autor aponta posicionamentos dissonantes de João Pedro Gebran Neto e de Sérgio Fernando Moro, que defendem uma maior restrição à ideia de aplicação imediata constante no art. 5º, §1º da CRFB.

⁵³⁷ É muito comum a expressão “mandado de otimização” utilizada por Robert Alexy para referir-se ao fenômeno no âmbito da interpretação dos princípios. Para o autor, a necessidade de realizar-se o direito na maior medida possível decorre da natureza principiológica da norma em que se inscreve o direito. V. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86.

⁵³⁸ SARLET, Ingo *et. al.* **Curso de Direito Constitucional**. *op. cit.*, p. 697.

justiça eleitoral. Os feitos da retomada da democracia pela Nova República são, assim, notáveis, não devendo ser diminuídos, sobretudo em um país de tradição autoritária.

Feita essa ressalva, analisemos o art. 14, I a III da CRFB:

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

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

O *caput* do artigo enfatiza a democracia representativa. Os incisos, porém, indicam alguns institutos de democracia participativa, a serem utilizados pelo povo. Que, na forma do art. 1º, parágrafo único, constitui a verdadeira fonte do poder, “que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A leitura distanciada dos dispositivos constitucionais parece apontar para uma importância equivalente dos institutos da democracia representativa e dos da democracia participativa. O parágrafo único do art. 1º é plasticamente claro nesse sentido, ao expor as duas espécies de institutos (representativos e participativos) em frase aditiva; o art. 14 dá a impressão, até, da maior importância dos institutos da democracia participativa. A pretensa igualdade, porém, não se verifica. Apesar de existirem várias iniciativas de oitiva do povo e de participação popular por parte dos governos, os institutos constitucionais do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, em si, são pouco utilizados.

O que seria um esquema de direitos políticos plenamente satisfatório em face das normas constitucionais? Certamente seria multifacetado, mas parece-nos claro que privilegiaria os institutos previstos constitucionalmente. Deveria utilizar maciçamente os referendos, sobretudo os locais, cujas virtudes já apresentamos. Ao extremo, poder-se-ia argumentar que haveria, mesmo, um direito das pessoas de verem referendos locais convocados. É claro que se entende a impossibilidade da pretensão ante a história do país, mas o direito à participação por meio de referendos parece decorrer na normatividade constitucional em termos de direitos fundamentais.

4.2 A situação normativa dos referendos locais no Brasil

O *status* de instrumento central da realização da democracia que o referendo apresenta, segundo a Constituição, não se reflete na realidade política nacional. Os motivos, por certo, são muitos. Para os compreender, propomos uma análise das normas existentes no ordenamento jurídico, sejam elas de origem legislativa ou regulamentar, de diversos entes federados. Após, discutiremos se o tratamento normativo é suficiente, no que ele é viável, e quais mudanças poderiam ser propostas para a vitalização do instituto.

A Constituição⁵³⁹ trata do referendo (ou plebiscito) em dois momentos. Um, na previsão abstrata do art. 14, I e II, já estudada. Outra, no processo de modificação territorial de estados-membros e de municípios, previsto no art. 18, parágrafo 3º e 4º⁵⁴⁰. Neste caso, o plebiscito é obrigatório – a população diretamente interessada deve ser ouvida antes da modificação territorial. Em virtude desse dever, a grande maioria dos plebiscitos realizados no Brasil, até o presente momento, o foram para alteração de limites de entes federados.

No que diz respeito à legislação federal, a lei 9.709 é a que estrutura o instituto, tendo surgido em virtude da necessidade de normatizar os plebiscitos obrigatórios, a rigor. É ela que marca a diferença entre plebiscito (que é a consulta

⁵³⁹ Adrian Sgarbi afirma que o referendo possuía uma maior abrangência no projeto da comissão presidida por Afonso Arinos de Mello Franco, formada por notáveis para a realização de um projeto de constituição. Nela, o referendo seria chamado em toda a vez que um projeto de lei alterasse a relação entre os poderes, sendo um garante da independência dos mesmos, portanto. Rejeitado o relatório da comissão, um processo de consulta popular foi aberto, no qual o professor Fábio Konder Comparato defendeu a convocação de conselhos consultivos municipais – o que se aproxima, de alguma maneira, do tema desta tese. Por fim, rejeitada a menção ao veto popular, a constituição tomou a forma que hoje tem e que vai apresentada no texto. v. SGARBI, Adrian. **O referendo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 20-26.

⁵⁴⁰ BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**. Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. [...]§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar. § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)

realizada a respeito de uma ideia, cuja regulamentação caberá ao órgão competente, após a decisão) e o referendo (em que o povo já vota em um texto normativo, colocando-o - referendo confirmatório - ou retirando-o - referendo revogatório - de vigor)⁵⁴¹. Essa diferença, como já se disse outras vezes, não foi levada em conta para a redação desta tese - tratou-se com o termo referendo ambas as realidades, já que assim faz a doutrina estrangeira. Tudo o que se disse a respeito de referendo pode-se aplicar, na imensa maioria das vezes, ao plebiscito, igualmente.

A lei fixa o objeto do referendo, que pode ser matéria constitucional, legislativa ou administrativa (art. 2º, *caput*). Estabelece o decreto legislativo como instrumento de convocação do referendo (seja ele facultativo ou obrigatório) sob iniciativa de um terço dos membros de qualquer das casas do Congresso Nacional (art. 3º)⁵⁴². Note-se, portanto, que a maioria a ser observada para a convocação é a da maioria simples, a mesma da lei ordinária. Esta, porém, não é a maioria necessária para aprovar o tipo normativo objeto do referendo - por exemplo, após a feitura de uma emenda constitucional, aprovada por três quintos de cada casa do Congresso, em dois turnos, pode-se convocar um referendo que tenha a Emenda Constitucional como objeto por um decreto legislativo, em até trinta dias da promulgação da Emenda (art. 11 da lei).⁵⁴³ Ao mais, a iniciativa ao decreto legislativo é privativa de um terço dos parlamentares de uma das casas, o que não é lógico quando se tratar de assunto administrativo do executivo. A escolha de não facultar aos cidadãos organizados o acesso ao referendo é uma decisão legítima da legislação e que pode, ao seu tempo, ser revista.

Especificamente a respeito dos referendos locais, a lei reconhece a competência das constituições e das leis orgânicas para os convocar (art. 6º). Não

⁵⁴¹ BRASIL. **Lei 9709**, de 18 de novembro de 1998. Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. § 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. § 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

⁵⁴² Idem, art. 3º. Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei.

⁵⁴³ Idem, art. 11. O referendo pode ser convocado no prazo de trinta dias, a contar da promulgação de lei ou adoção de medida administrativa, que se relacione de maneira direta com a consulta popular.

se trata de uma competência delegada pela lei, mas originária da própria autonomia estadual e municipal – como o referendo faz parte da auto-organização de cada ente federado, do processo legislativo, sua regulamentação deve ser feita pelas leis locais. Ainda assim, dois problemas avultam: qual a validade de leis locais que limitem excessivamente o espaço de utilização de referendos e como será a relação dos poderes locais com a justiça eleitoral, que tem a atribuição de realizar as votações. A primeira questão dependerá de análise fática, caso a caso, mas indicamos que a lei local que restringir excessivamente e desproporcionalmente o espaço de realização de referendos deve ser considerada inconstitucional. A segunda questão envolve uma definição política essencial – a justiça eleitoral verá a implementação massiva de referendos locais facultativos como oportunidade de crescimento (de atribuições e de poder) ou a verá apenas como aumento de trabalho (o que, inegavelmente, é)? Essa definição política é capaz de superar problemas instrumentais, como um eventual limite numérico de referendos que cada ente federado pode promover por ano, ou o funcionamento (e custos) de campanha.

A lei 9709/98 surge mais de dez anos após a promulgação da Constituição, o que mostra, em si, o pouco uso dos institutos de democracia participativa previstos no texto constitucional. Não por falta de interesse no tema – muitos municípios, como o de Porto Alegre, promulgaram legislações que falavam de referendos antes da lei federal⁵⁴⁴. Quando a lei veio, como se viu, tratou-se de lei curta, que pouco regulamentava e que foi inspirada pela necessidade de estabelecer regras para o plebiscito de modificação territorial, obrigatório.

A próxima norma importante para a estruturação do referendo no Brasil foi a Resolução 23.385 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), editada em 16 de agosto de 2012. Antes de mais nada, importa perceber o lapso temporal entre a lei e a resolução, mais de treze anos. Logo após, vale ressaltar a centralidade das resoluções do TSE no âmbito do direito eleitoral – há argumento consolidado

⁵⁴⁴ PORTO ALEGRE. **Lei complementar 282** de 16 de outubro de 1992. A lei estabelece uma espécie de consulta popular facultativa e não vinculativa, e a chama de plebiscito. No sentido do direito brasileiro, porém, a denominação é imprópria. Apenas as consultas que vinculam o legislador podem ter esse nome no Brasil. O certo, e é o argumentado no texto, é que interesse pelo tema havia, urgindo lei federal.

jurisprudencialmente que afirma a força obrigatória⁵⁴⁵ de tais resoluções, como se leis fossem, a partir de hermenêutica do Código Eleitoral⁵⁴⁶. Trata-se de uma interpretação que, ao nosso ver⁵⁴⁷, é equivocada, crítica em que estamos acompanhados⁵⁴⁸. Mas expressões como densa normatividade ou normatividade reforçada são utilizadas com grande frequência na jurisprudência eleitoralista, muitas vezes atingindo direitos, mesmo fundamentais, como foi o caso da perda do mandato por parte de políticos que trocavam de partido que, antes de ser prevista em lei, assentava-se, apenas, em uma resolução. Assim, as resoluções do TSE possuem, faticamente, grande aceitação nos tribunais eleitorais e no STF, sendo rara a declaração de inconstitucionalidade de algum dispositivo regulamentar.

As resoluções do TSE, em regra, apresentam uma limitação que, ao mesmo tempo, é virtude - elas possuem um caráter pragmático, voltado a adequar a realidade (natural ou normativa) às possibilidades da justiça eleitoral. A escolha de meios faz com que algumas oportunidades normativas, talvez mais democráticas, se percam. As escolhas feitas, por outro lado, dão ao instituto aplicabilidade, já que se adequam às possibilidades materiais do órgão responsável pela eleição e que contam com forte adesão ideológica dos tribunais regionais eleitorais e dos juízes eleitorais.

A resolução⁵⁴⁹ que passamos a comentar inicia por esclarecer seu objeto. Serão tratados os referendos (e plebiscitos) típicos, ou seja, cuja decisão vincula os órgãos legislativo e executivo (art. 1º). Isso não exclui a possibilidade de outras espécies de consultas populares, por óbvio. Mas as votações facultativas e cujo

⁵⁴⁵ O Supremo Tribunal Federal aceitou, por diversas vezes, questionamento de resoluções do TSE por via direta, como nos casos das ADIs 3345/DF e 3365/DF. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3345/DF e 3365/DF. Ainda, aceitou que toda a disposição a respeito da perda de direitos políticos fosse feita por uma resolução do TSE, a de número 22.610/2007.

⁵⁴⁶ BRASIL. **Lei 4737** de 15 de julho de 1965. Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: X - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código

⁵⁴⁷ SALDANHA, Leonardo Tricot. Basta filiar-te a um partido novo, ou da inconstitucionalidade sistêmica da exceção estabelecida no art. 1º, §1º, II da res. 22.610/2007 do TSE. *in* MACEDO, Elaine Harzheim. (Org.) **Jurisdição eleitoral e direitos políticos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.129-140.

⁵⁴⁸ ZILIO, Rodrigo López. *op. cit.*, p. 24: “[...] Por conseguinte, não é possível ao TSE, através de resolução, substituir à função legislativa, que é privativa do Poder Legislativo.” Ainda, COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **O poder regulamentar do TSE na jurisprudência do Supremo**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-out-29/constituicao-poder-regulamentar-tse-jurisprudencia-supremo#_ftn2. Acesso em: 26 ago. 2018.

⁵⁴⁹ BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Resolução 23.385 editada em 16 de agosto de 2012.

efeito seja consultivo estão excluídas da resolução, como é o caso da já citada LC 282/92 do Município de Porto Alegre. Nessa espécie de consultas, todos os custos e a organização da votação correrão por conta do poder local, apesar de ser absolutamente comum (e devido) que se firmem convênios com a justiça eleitoral para organização de eleitores e empréstimos de urna, por exemplo. Mas sendo consultas facultativas, a votação não se reverte de todas as proteções típicas de uma eleição em que o voto e o resultado são obrigatórios. Tecnicamente, portanto, e diferentemente do que em outros países que estudamos no capítulo anterior, referendos (e plebiscitos) no Brasil são votações que deliberam, que são obrigatórias para o eleitor (art. 4º) e vinculantes para os órgãos legislativos e administrativos.

A resolução repete a competência dos legislativos estaduais, distrital e municipais para convocarem referendos, de acordo com constituições estaduais e leis orgânicas (art. 3º). Essas votações se darão concomitantemente ao primeiro turno das eleições ordinárias subsequentes ao ato convocatório (art. 4º). Com isso, o TSE afasta a ideia de referendos a qualquer tempo, no momento em que sejam desejados pelos entes locais. Parece-nos que cria limitação excessiva, que não está na lei e que, em dado momento, poderá vir a colocar em risco o livre desenvolvimento dos referendos locais. No presente momento, porém, é uma daquelas disposições que auxiliam o desenvolvimento do referendo, por concretizá-lo. O art. 7º cristaliza essa noção de realidade: “A consulta popular utilizará a mesma estrutura administrativa e operacional destinada às eleições.”⁵⁵⁰ O que atinge os meios informáticos, que serão os mesmos disponibilizados pelo TSE (art. 10), bem como as regras para os funcionamento, assinatura digital e lacração dos sistemas.

A resolução faculta a formação e o registro de frentes de defesa das correntes de pensamento que serão discutidas na consulta, de acordo com o que for previsto no ato convocatório, mas limita a apenas uma por corrente (art. 14). Cada frente deverá possuir ao menos um legislador local, que a presidirá (art. 15, *caput*). A propaganda seguirá as regras previstas para as eleições ordinárias, inclusive no que diz respeito à gratuidade nos meios de comunicação de massa

⁵⁵⁰ BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Resolução 23.385, art. 7º.

(art. 25). As frentes arrecadarão recursos e prestarão contas, de maneira análoga à das campanhas ordinárias (art. 37 e ss).

A partir da análise da resolução, percebe-se um esforço de fazer com que a estrutura já existente e utilizada para as eleições representativas também seja usada para o referendo. Isso segue uma elogiável lógica de racionalidade e de diminuição de custos⁵⁵¹, mas que pode vir a ser uma barreira para o desenvolvimento do referendo local. O grande número de formalidades exigidas em uma eleição representativa talvez não se justifique em um referendo local, bem como pode pesar a um político de uma casa legislativa o fardo de mais uma prestação de contas. Ao mais, se o objetivo é não onerar excessivamente os cofres públicos – objetivo elogiável – o uso de propaganda de rádio e de televisão por parte das frentes tenderá a diminuir o tempo dos partidos. Essas dificuldades podem explicar, ainda que parcialmente, o pequeno número de consultas determinadas por órgãos legislativos locais. Ainda assim, pode-se dizer que, a partir de 2012, há a possibilidade de chamada de referendos locais por parte dos estados-membros, do distrito federal e dos municípios. E isso, em si, já é um bom avanço.

Dentro da realidade de uma federação, os entes locais, autônomos, organizar-se-ão de acordo com as leis que se derem. A utilização de referendos faz parte dessa autonomia de auto-organização e, por isso, há uma significativa produção legislativa em estados e municípios – maior do que o número de consultas não territoriais, a rigor.

No Estado do Rio Grande do Sul, a constituição atribui à Assembleia Legislativa a convocação dos referendos, por decreto legislativo, como é a regra (art. 53, X). Inova, porém, em dois aspectos. Em primeiro lugar, relaciona institutos de democracia participativa ao afirmar que “os projetos de iniciativa popular, quando rejeitados pela Assembleia Legislativa, serão submetidos a referendo popular se, no prazo de cento e vinte dias, dez por cento do eleitorado que tenha

⁵⁵¹ As Leis de Diretrizes Orçamentárias que se referem a anos em que haverá eleição devem prever que as Leis Orçamentárias prevejam valores para as eleições, aí incluídos aqueles que serão utilizados por plebiscitos e referendos. Podemos ver exemplo na lei 13.473/17 que dispõe: art. 11. O Projeto e a Lei Orçamentária de 2018 discriminarão, em categorias de programação específicas, as dotações destinadas: [...] XVIII - à realização de eleições, referendos e plebiscitos pela Justiça Eleitoral. BRASIL. **Lei ordinária 13.473** (LDO), de 8 de agosto de 2017.

votado nas últimas eleições gerais do Estado o requerer.”⁵⁵² A ideia é um avanço no sentido da participação popular e inaugura a função do referendo como contra-poder entre nós. Como vimos no capítulo passado, essa é uma das funções que pode possuir o referendo, o de controlar e de limitar o poder do Estado. Trata-se de uma bela e importante inovação normativa. Suspeitamos, porém, que dificilmente ela será utilizada concretamente, por dois motivos: raros são os projetos de iniciativa popular de leis estaduais que sejam capazes de atrair a atenção de um grande número de eleitores, ante a característica unionista de nossa federação⁵⁵³. Ainda, porque o número constitucionalmente exigido para que um projeto de lei de iniciativa popular rejeitado seja levado a referendo é muito significativo, dez por cento dos eleitores da última eleição. Não seria impossível, como o exemplo uruguaio nos mostra. Mas depende de um longo processo educativo e de integração do referendo como realidade vivida pelo povo.

Uma segunda inovação⁵⁵⁴ da constituição do Rio Grande do Sul é a criação, por meio de uma série de emendas constitucionais, de obrigação de consulta plebiscitária prévia à venda de empresas estatais. Assim, o banco do estado do Rio Grande do Sul (Banrisul) e a Companhia Rio-grandense de Saneamento têm a venda de seu controle acionário submetido a plebiscito⁵⁵⁵; a Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE, a Companhia Rio-grandense de Mineração – CRM, Companhia de Gás do Estado do Rio Grande do Sul – SULGÁS e a Companhia Estadual de Silos e Armazéns – CESA, da mesma forma⁵⁵⁶; a Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul – PROCERGS, idem⁵⁵⁷. Os plebiscitos assim chamados parecem ter a função de contra-poder, impedindo que um governo eleito realize a venda de tais empresas caso não possua uma maioria significativa na casa legislativa⁵⁵⁸ e na população. O uso do plebiscito para a citada

⁵⁵² RIO GRANDE DO SUL. **Constituição Estadual** de 3 de outubro de 1989, art. 68, §3º.

⁵⁵³ v. SALDANHA, Leonardo Tricot. Surgimento e características do estado federal. **Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis**. Volume 3. Porto Alegre: Faculdades Integradas Ritter dos Reis, 2000, p. 265–288.

⁵⁵⁴ A Constituição do Estado de Santa Catarina adota outra estrutura. Para a alienação de algumas empresas públicas deve haver autorização legislativa e posterior consulta popular, por referendo. SANTA CATARINA. **Constituição do Estado de Santa Catarina**, de 5 de outubro de 1989.

⁵⁵⁵ RIO GRANDE DO SUL. **Emenda Constitucional 31**, de 18 de junho de 2002.

⁵⁵⁶ RIO GRANDE DO SUL. **Emenda Constitucional 33**, de 19 de novembro de 2002.

⁵⁵⁷ RIO GRANDE DO SUL. **Emenda Constitucional 47**, de 16 de dezembro de 2004.

⁵⁵⁸ Foi o caso ocorrido no Estado do Rio Grande do Sul no último ano de governo de José Ivo Sartori (PMDB). Convencido da utilidade da venda de estatais, especialmente do Banrisul (banco do estado do Rio Grande do Sul), o governador tentou aprovar plebiscito para a venda. Em ano eleitoral, não

finalidade é bastante controverso. Há quem afirme que se trata de uma exigência desproporcional, que engessa um governo eleito, feita por uma maioria legislativa eventual havida no passado. Outros, por sua vez, defendem que é uma exigência responsável para evitar a perda do patrimônio público construído por gerações⁵⁵⁹.

A constituição estadual do Rio Grande do Sul traz à discussão, ainda, uma questão apresentada no capítulo anterior, que é o uso do referendo em matérias que não são de competência do ente federado local. A constituição condiciona a instalação de indústrias para a produção de energia nuclear a consulta plebiscitária.⁵⁶⁰ Ocorre que a matéria parece, a toda evidência do artigo 22, XXVI, da CRFB, ser de competência privativa da União. Poderia o Estado fazer a exigência prevista? A questão está sendo discutida pelo STF na ADI 330, que aguarda julgamento. A medida liminar⁵⁶¹, porém, foi negada pelo Supremo ao fundamento que não haveria urgência na tomada de decisão – nenhuma indústria nuclear estava para se instalar em terras gaúchas. E essa falta de urgência segue, mais de vinte e oito anos após a liminar.

As constituições estaduais demonstram as potencialidades das consultas referendárias. A do Rio de Janeiro, por exemplo, permite que “questão relevante para os destinos do Estado” seja submetida a plebiscito caso dois quintos dos deputados ou cinco por cento dos eleitores assim o desejem⁵⁶². Pode-se intuir outra função típica do referendo, já estudada, a da proteção da minoria. Uma minoria de deputados pode levar uma questão à consulta popular, não é necessário que se alcance a maioria simples para a convocação do plebiscito, como acontece

conseguiu nem a maioria simples da Assembleia Legislativa, início do eventual procedimento. CORREIO DO POVO (sítio). **AL rejeita projeto para plebiscito para discutir privatização de estatais.** Notícia de 5/6/2018. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/Noticias/Politica/2018/6/652429/AL-rejeita-projeto-para-plebiscito-para-discutir-privatizacao-de-estatais>. Acesso em: 28 ago.2018.

⁵⁵⁹ Idem.

⁵⁶⁰ RIO GRANDE DO SUL. **Constituição Estadual**, art. 256.

⁵⁶¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Decisão de medida liminar na ADI 330. Inteiro teor disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346318>. Acesso em: 28 ago. 2018.

⁵⁶² RIO DE JANEIRO (estado). **Constituição do estado do Rio de Janeiro**, de 5 de outubro de 1989, art. 120. O parágrafo 1º afirma, ainda, que “A votação será organizada pelo Tribunal Regional Eleitoral, no prazo de três meses após a aprovação da proposta, assegurando-se formas de publicidade gratuita para os partidários e os opositores da proposição.” A disposição não se coaduna com o que foi, anos depois, regulamentado pelo TSE. Não se trata, a nosso ver, de nulidade de qualquer uma das normas, mas de questões práticas relevantes e passíveis de solução, caso o referendo fosse utilizado.

no Rio Grande do Sul. No Estado de São Paulo, por sua vez, basta um por cento da população para requerer o referendo ou o plebiscito⁵⁶³. Ocorre, porém, que a decisão a respeito da convocação, ou não, segue sendo da Assembleia Legislativa. As constituições da Bahia, de Pernambuco, do Mato Grosso do Sul e do Paraná limitam-se a prever o plebiscito de modificação territorial.

Os municípios, órgãos locais por excelência no nosso federalismo, também legislam a respeito de consultas referendárias. A Lei Orgânica de Porto Alegre⁵⁶⁴, no art. 238, assim estabelece:

A implantação de distritos ou pólos industriais e empreendimentos de alto potencial poluente, bem como de quaisquer obras de grande porte que possam causar dano à vida ou alterar significativa ou irreversivelmente o ambiente, dependerá da autorização de órgão ambiental, da aprovação da Câmara Municipal e de concordância da população manifestada por plebiscito convocado na forma da lei.

Aqui percebe-se uma preocupação ambiental, um interesse no campo do bem-estar dos munícipes. A disposição, porém, é uma manifestação de desejo voltada ao futuro. A rigor, será a Câmara de Vereadores que deliberará se o empreendimento é suficientemente gravoso a ponto de se convocar um plebiscito. Não há uma lista de obras que exigem o plebiscito, o que torna, do ponto de vista da exigibilidade, inócuo. Para a finalidade deste trabalho, o dispositivo é útil: mostra a variedade de leis que existem sobre referendos locais.

Outros exemplos de legislações municipais que preveem plebiscitos abundam. Na cidade do Rio de Janeiro⁵⁶⁵ a autorização de obras públicas que sejam eventualmente danosas ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, artístico ou cultural, ou que venha a afetar áreas de uso social, deve ser precedida, se as obras forem impugnadas, por plebiscito. Florianópolis, por sua vez, atribui um grande número de assuntos à decisão popular, abrangendo concessões, obras com custo maior do que cinquenta milhões de reais, bem como todos os assuntos do título VII

⁵⁶³ SÃO PAULO (estado). **Constituição do estado de São Paulo**, de 5 de outubro de 1989, art. 24, §3º, II e III. O art. 5º do ato das disposições constitucionais transitórias da CESP estabelece, ainda, que a mudança da capital só poderá ser feita após plebiscito a toda a população do estado.

⁵⁶⁴ PORTO ALEGRE. **Lei Orgânica**, de 3 de abril de 1990.

⁵⁶⁵ RIO DE JANEIRO (cidade). **Lei 1.215**, de 4 de abril de 1988.

da lei orgânica municipal que trata da ordem econômica e social⁵⁶⁶, tema que é abrangente e de extrema importância. A utilização de institutos de democracia participativa no âmbito local aguça a criatividade dos legisladores. Ainda assim, a utilização de referendos e plebiscitos é bastante rara naquilo que excede a modificação territorial, como passamos a ver.

4.3 Casuística dos referendos locais no Brasil

A criação legislativa a respeito dos referendos locais é, notadamente, bastante mais fértil do que seu uso real. Se excluirmos aqueles plebiscitos realizados para a modificação de território municipal ou estadual, previstos na Constituição, art. 18, § 3º e § 4º, resta-nos um pequeno número de casos. Algumas iniciativas de municípios que realizaram consultas não vinculantes e fora do quadro da resolução, algumas estaduais, pouca jurisprudência.

Apesar do tema desta parte ser a análise dos referendos locais ocorridos, é importante que se refira que as duas consultas referendárias mais importantes para o nosso país deram-se no âmbito nacional. A primeira, nascida com a própria Constituição⁵⁶⁷, foi o plebiscito levado a cabo no dia 21 de abril de 1993, em que a população foi chamada a escolher a forma de governo (monarquia ou república) e o sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo) a serem adotados no país. Tratou-se de um plebiscito, o que significa, entre nós, que ao povo foi perguntada a preferência ideal – caso a escolha fosse outra que não a do texto originário da constituição (republicana e presidencialista), um congresso revisor faria a adequação constitucional a partir de 5 de outubro de 1993. Não foi – o povo decidiu, por larga maioria, que deveríamos permanecer republicanos (65,48% dos votos totais) e presidencialistas (55,67% dos votos totais)⁵⁶⁸. A revisão

⁵⁶⁶ FLORIANÓPOLIS. **Lei Complementar 339**, de 27 de novembro de 2008. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj_jbG4rZrdAhXLHpAKHdzLCCEQFjABegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fportal.pmf.sc.gov.br%2Farquivos%2Farquivos%2Fdoc%2F04_05_2010_18.44.36.47764f1b3910ba794eb4daff8afb84ed.doc&usg=AOvVaw2Zl-DU7Nqxx9NB_vDP8Sw7. Acesso em: 1º set. 2018.

⁵⁶⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 2º.

⁵⁶⁸ BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Resultado geral do plebiscito de 1993. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/plebiscito-de-1993>. Acesso em: 31 ago. 2018.

constitucional⁵⁶⁹, a propósito, ocorreu, e resultou em seis emendas constitucionais de revisão – todas sem relação com o objeto do plebiscito. A segunda foi um referendo em sentido estrito – perguntou-se se a disposição do art. 35 do estatuto do desarmamento⁵⁷⁰ - “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” - deveria, no julgar do povo, entrar em vigor. A votação se deu no dia 23 de outubro de 2005 e o resultado foi amplamente favorável ao não, com 63,94% dos votos válidos⁵⁷¹. A questão, porém, teve um impacto novo sobre a sociedade brasileira. Nunca antes um tema que envolvesse o dia-a-dia das pessoas tinha sido diretamente perguntado ao povo, o que levou a um tipo de propaganda diferenciado, com novos tipos de argumentos⁵⁷². Pôde-se perceber, ainda, que o interesse pelo tema tornou a campanha mais ativa, resultando em um sentimento de maior integração das pessoas, tanto durante quanto depois do referendo⁵⁷³.

Duas outras consultas referendárias foram organizadas pela União em estados. A mais curiosa, a respeito do fuso horário que deveria prevalecer no Acre, cuja decisão apontou para duas horas a menos do que o horário de Brasília (56,87% dos votos válidos)⁵⁷⁴. Uma questão importa nessa consulta – apesar de se tratar de um referendo, a entrada em vigor do fuso horário decidido pela população tardou praticamente três anos, com legislação aprovada em 30 de outubro de 2013⁵⁷⁵. Note-se que o referendo foi realizado no dia 31 de outubro de 2010. A outra consulta deu-se no âmbito da modificação territorial do art. 18, §3º,

⁵⁶⁹ Contrariamente ao defendido por Paulo Bonavides. BONAVIDES, Paulo. A reforma constitucional e o plebiscito. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 113. Brasília: Senado Federal, 1992. p. 53-66.

⁵⁷⁰ BRASIL. **Lei 10.826** de 22 de dezembro de 2003.

⁵⁷¹ BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Resultado geral do plebiscito de 2005. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005/referendo-2005-1>. Acesso em: 31 ago. 2018.

⁵⁷² FUKS, Mario; PAIVA, Daniela. **Persuasão e deliberação sobre políticas públicas: a propaganda política no “referendo das armas”**. Trabalho apresentado do 1º congresso nacional da associação brasileira de pesquisadores de comunicação e política. Disponível em: http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2010/11/Fuks_e_Paiva_2006.pdf. Acesso em: 31 ago. 2018.

⁵⁷³ V., por todos, MENDONÇA, Ricardo Fabrino; SANTOS, Débora Bráulio. A cooperação na deliberação pública: um estudo de caso sobre o referendo da proibição da comercialização de armas de fogo no Brasil. **Revista Dados**, n. 52. Rio de Janeiro p. 507-542. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n2/v52n2a07.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2018.

⁵⁷⁴ BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Resultado do plebiscito de 2010. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ac-referendo-2010-fuso-horario-acre-resultado>. Acesso em: 1º set. 2018.

⁵⁷⁵ BRASIL. **Lei 12.876**, de 30 de outubro de 2013.

da Constituição – propunha-se a divisão do estado do Pará em três, criando-se os novos estados de Tapajós e Carajás. A proposta foi rejeitada por 66,60% dos votos válidos, para Carajás, e 66,08% para Tapajós⁵⁷⁶.

Os estados federados não possuem histórico de realização de consultas referendárias que não sejam aquelas para a modificação territorial de municípios. Estas são abundantes⁵⁷⁷, revelando tanto uma necessidade local por autonomia quanto uma experiência de assembleias legislativas e de tribunais regionais eleitorais na realização de plebiscitos. Ainda que uma parte dos plebiscitos convocados por leis estaduais não se tenham realizado, vários o foram, mostrando que já não havia complexidade técnica para a realização de consultas referendárias locais mesmo antes do advento da urna eletrônica. A falta de referendos estaduais é matéria a ser investigada. Se comparados aos dos municípios, os esforços estaduais para a utilização de institutos de democracia participativa mostram-se poucos e menos eficazes.

Os esforços de municípios brasileiros no uso de consultas referendárias já é maior. A falta de regulamentação por parte do TSE dos referendos locais durou até 2012, o que impedia, no entendimento dos tribunais regionais eleitorais⁵⁷⁸, que a estrutura da justiça eleitoral fosse usada para consultas referendárias locais, afastando, com isso, a obrigação do voto e do respeito às decisões. Assim, poucos foram os referendos propriamente ditos, com efeitos vinculantes, até hoje realizados. Consultas não vinculantes foram mais numerosas, algumas com colaboração da justiça eleitoral, outras não.

⁵⁷⁶ BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Resultado do plebiscito de 2011. Disponível em: <http://www.tre-pa.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/plebiscito-2011/relatorios-da-votacao-dos-plebiscitos-2011>. Acesso em: 1º set. 2018.

⁵⁷⁷ Exemplifica-se com o Estado do Rio Grande do Sul, que teve os seguintes plebiscitos convocados para a modificação territorial de municípios: lei 14.593, de 11/08/2014 (Caxias do Sul); leis 10.462 a 10.509, todas de 19/07/1995, que acolheram, respectivamente, propostas de modificação territorial dos municípios de Viamão e Porto Alegre; Sapiranga e Nova Harz; Carazinho; Venâncio Aires e Mato Leão; Santa Tereza e Garibaldi; Eldorado do Sul e Charqueadas; São Valentim; Cruz Alta e Augusto Pestana; Cruz Alta e Fortaleza dos Valos; Lajeado e Progresso; Pedro Osório; Santa Vitória do Palmar; Camaquã; Tapejara; Nova Brescia e Relvado; Garibaldi e Roca Sales; Campinas do Sul; Santa Maria; Ijuí; Três Passos; Getúlio Vargas; Lajeado; Sinimbu; Terra de Areia; Sobradinho; Teutônia e Imigrante; Caibaté; Vacaria e Esmeralda; Sobradinho; Cidreira; Bento Gonçalves; Giruá; Palmeira das Missões; Victor Graeff, Ibirapuitã e Ernestina; Giruá; Crissiumal; Rodeio Bonito; Constantina; Lajeado; Lagoa Vermelha; Hulha Negra e Candiota; Novo Machado e Tucunduva; Santo Antônio da Patrulha e Rolante; Salvador do Sul, Montenegro e Maratá; Gravataí; Garibaldi e Barão; Bagé; Torres.

⁵⁷⁸ Ver, entre outros, BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Consulta 47/2009.

Entre os plebiscitos realizados na forma da resolução TSE 23.385/2012, concomitantes com o primeiro turno das eleições, o primeiro que se tem registro foi o de Campinas, que ocorreu em 5 de outubro de 2014. O objeto dizia respeito à administração pública municipal, decidir se duas regiões da cidade (Ouro Verde e Campo Grande) deveriam tornar-se distritos do município, com os efeitos que isso implica na legislação local. A resposta sim foi vitoriosa tanto para Ouro Verde (54,15% dos votos válidos) quanto para Campo Grande (53,84% dos votos válidos)⁵⁷⁹. O sucesso do plebiscito convocado por legislação municipal mostra a viabilidade do procedimento estabelecido na resolução. Em 2016, o município de Rosana (SP) convocou plebiscito com objeto análogo, criando o distrito administrativo de Primavera, aprovado por 82,6% dos votos válidos⁵⁸⁰.

É curioso perceber que ambos os plebiscitos realizados de acordo com a nova resolução tenham ocorrido no estado de São Paulo e a respeito do mesmo tema. Isso não significa, porém, que os municípios não busquem outros temas, mas que encontrem óbices de outras naturezas. Um interessante caso foi julgado pelo TRE/RS⁵⁸¹, quando o município de São Luiz Gonzaga pediu àquele tribunal que fosse organizado um plebiscito para definir se os serviços de água e de esgoto deveriam ser realizados por empresa pública ou privada. O tribunal conheceu e negou o pedido em virtude da lei orgânica do município estabelecer, no art. 31: “A Câmara Municipal, no âmbito de sua competência, poderá promover consultas referendárias e plebiscitárias sobre atos, autorizações ou concessões do Poder Executivo sobre matéria legislativa vetada.”⁵⁸² A questão que se coloca é se o município, exercendo a autonomia que os art. 18 e 30 da CRFB lhe atribui, pode limitar as matérias que podem ser submetidas a referendos e plebiscitos. Naquele

⁵⁷⁹ BRASIL. **Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo**. Resultados oficiais do plebiscito de Campinas. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-sp-votacao-do-plebiscito-em-campinas-eleicoes-2014>. Acesso em: 1º set. 2018.

⁵⁸⁰ BRASIL. **Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo**. Em plebiscito, eleitores de Rosana (SP) decidem pela criação do distrito de Primavera. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Outubro/em-plebiscito-eleitores-de-rosana-sp-decidem-pela-criacao-do-distrito-de-primavera>. Acesso em: 1º set. 2018.

⁵⁸¹ BRASIL. **Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul**. Pet. 265-28.2011.6.21.0000, julgada em 6 de fevereiro de 2012. O caso foi julgado antes da resolução do TSE, portanto, mas a decisão se dá por outros motivos, explorados no texto.

⁵⁸² SÃO LUIZ GONZAGA. **Lei Orgânica Municipal**, de 3 de abril de 1990. Disponível em: https://www.saoluizgonzaga.rs.gov.br/Arquivos/470/Leis/27753/A%20LEI%20ORGANICA%20D0%20MUNICIPIO%20DE%20SAO%20LUIZ%20GONZAGA_277A_262M.pdf. Acesso em: 1º set. 2018.

momento, o tribunal entendeu que sim, mas, hoje⁵⁸³, temos a convicção contrária. A exclusão de matérias que seriam passíveis de discussão referendária por meio de lei municipal atinge a essência de um direito fundamental dos cidadãos, estabelecido no art. 14, I e II, da CRFB. Note-se que não se trata de mera limitação – a interpretação dada, naquele momento, à lei orgânica citada impede que outros referendos sejam chamados, que não aqueles sobre matéria legislativa vetada.

A tarefa de municípios que queiram dar efetividade ao art. 14, I e II, da Constituição por meio de plebiscitos e de referendos locais não tem sido simples. Vários são os casos de municípios que buscaram o caminho das consultas populares não obrigatórias (para os eleitores) nem vinculantes (para o poder público). Trata-se de opção legítima e acertada para a realização dos valores democráticos, indubitavelmente. Mas se trata de caminho inferior em qualidades se comparado ao do referendo propriamente dito, que engaja pela obrigatoriedade do voto e que seduz pelo poder que é dado ao cidadão. Não são poucos os casos em resultados de consultas com baixa adesão popular foram ignorados pelo governo municipal, o que não ocorre caso se trate de um referendo vinculante, baseado na constituição.

No município de Porto Alegre, duas consultas populares tiveram importante repercussão. A primeira ocorreu em 23 de agosto de 2009, a respeito do destino de uma área privada na beira do lago Guaíba, conhecida como Pontal do Estaleiro. Aprovada pela Câmara Municipal⁵⁸⁴, a consulta resultou na rejeição do uso intensivo da área. Outra consulta foi aprovada pela Câmara em 2015⁵⁸⁵, a respeito do cercamento do Parque da Redenção. A lei foi aprovada no contexto da participação facultativa, ou seja, sem a participação estruturante da justiça eleitoral. Ainda não foi realizada, e há estudo para fazê-la migrar para o modelo da resolução 23.385 do TSE, com as vantagens a inerentes.

⁵⁸³ Tivemos a honra de atuar como relator substituto do caso no TRE/RS.

⁵⁸⁴ PORTO ALEGRE. **Câmara Municipal**. Emenda que prevê consulta popular é aprovada. Notícia de 16/03/2009, Disponível em: <http://www.camarapoa.rs.gov.br/noticias/emenda-que-preve-consulta-popular-e-aprovada>. Acesso em: 1º set. 2018.

⁵⁸⁵ PORTO ALEGRE. **Lei 11.845**, de 28 de maio de 2015. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/lei-ordinaria/2015/1185/11845/lei-ordinaria-n-11845-2015-convoca-consulta-a-populacao-mediante-plebiscito-a-respeito-do-cercamento-do-parque-farroupi-lha-parque-da-redencao-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 1º set. 2018.

Outra consulta facultativa de relevância aconteceu na cidade de Niterói (RJ) em 29 de outubro de 2017. A pergunta foi a respeito da opinião dos cidadãos sobre o uso de armas de fogo por parte da guarda municipal, e resultou em uma rejeição da proposta por 70,1% dos votantes. O comparecimento de eleitores foi baixo – 18.991 votantes em cidade com mais de 350 mil eleitores⁵⁸⁶. Ao mais, por não estar no quadro normativo da resolução do TSE, a realização da consulta exigiu a contratação de empresa privada, o que custou trezentos e cinquenta mil reais ao município⁵⁸⁷. Apesar de não afetar significativamente o resultado, já que o voto “não” teve vantagem ampla, foi apurado que residentes de outras cidades puderam votar e que era possível votar duas vezes⁵⁸⁸. A consulta de Niterói mostra que a realização de votações por órgãos públicos deve-se revestir de certas garantias, caso venha a se desenvolver à margem da justiça eleitoral.

4.4 O futuro do referendo local entre nós

Ao compararmos o capítulo anterior com o presente, percebe-se que há um abismo entre o uso de referendos locais em muitos países estrangeiros e no Brasil. Convencidos da capacidade do instituto para instrumentalizar a democracia, aproveitando as mudanças no processo de legitimação que fortalecem a ideia de proximidade, utilizaremos essa derradeira parte para refletir sobre esse “atraso”, manifestando nossa opinião a respeito da legislação atual, de um projeto de lei e apresentando sugestões de mudança.

A democracia é uma obra contínua. Nunca é excessivo lembrar que ela é fruto de uma sociedade que aceita politicamente certos valores (igualdade, relatividade da verdade, prevalência dos direitos fundamentais e autonomia) e que

⁵⁸⁶ UOL NOTÍCIAS (sítio). **Em plebiscito, moradores de Niterói (RJ) decidem não armar Guarda Municipal.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/10/30/em-plebiscito-moradores-de-niteroi-rj-decidem-nao-armar-guarda-municipal.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 1º set. 2018.

⁵⁸⁷ MACEDO, Aline. **Niterói contrata empresa para fazer plebiscito cinco dias antes da votação.** Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/extra-extra/niteroi-contrata-empresa-para-fazer-plebiscito-cinco-dias-antes-da-votacao-21996243.html>. Acesso em: 1º set. 2018.

⁵⁸⁸ O GLOBO (sítio). **Em consulta pública, população de Niterói vota contra armamento da Guarda Municipal.** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/bairros/em-consulta-publica-populacao-de-niteroi-vota-contrarmamento-da-guarda-municipal-22007975#ixzz5PsyCX2iA>. Acesso em: 1º set. 2018.

os quer institucionalizar. Ela não pode ser uma obra normativa ou imposta, por mais que o direito e as elites tenham um papel a cumprir (e, quando falham, a empreitada fica ainda mais difícil). A democracia depende de uma série de passos seguros dados pelo conjunto da sociedade. Nesse sentido, somos vitoriosos por termos realizado eleições representativas periodicamente desde 1988, empossando eleitos e evitando atalhos autocráticos, fantasmas da nossa história.

A realização de referendos locais faz parte dessa construção. Ainda que se possa argumentar, como fizemos, que a consulta referendária faz parte dos direitos políticos fundamentais e que, por isso, deve ser propiciada pelo Estado aos cidadãos, não se poderia esperar que esse ideal se transformasse em realidade de imediato. Ainda assim, o pequeno número de referendos locais realizados, se excluirmos os de mutação territorial, assusta.

O primeiro elemento para analisarmos essa timidez parece ser a falta de segurança jurídica para os entes locais no momento da convocação de um referendo ou plebiscito. A justiça eleitoral é um órgão do poder judiciário da União. Havia justificadas dúvidas de como ela poderia ser utilizada por entes locais. Apenas em 2012 a resolução 23.385 do TSE veio a lume, estabelecendo procedimentos. Mesmo desde então, porém, os referendos são poucos. Não se trata, portanto, de mera insegurança dos estados e dos municípios. É bem provável que, em segundo lugar, a exemplo do que sustentamos no capítulo passado (a respeito da França, sobretudo) haja uma certa desconfiança com o instituto em si, um temor de perda de poder por parte dos eleitos. Como lá também argumentamos, esse temor não é seguido pelos fatos. Um parlamento que dialoga com uma sociedade propositiva tende a ganhar poder real, não a perdê-lo. Um terceiro elemento que nos parece relevante é o desconhecimento do instituto em si e das possibilidades de utilização.

As consultas referendárias, se habituais na realidade local, trarão vantagens a todos – inclusive à justiça eleitoral. Essa justiça autônoma que possui, ao lado de importantes funções jurisdicionais, a função administrativa de realizar eleições limpas em um país continental é uma criação brasileira, que remonta ao ano de 1932⁵⁸⁹. Possui reconhecida capacidade nas áreas em que atua. Quanto mais

⁵⁸⁹ GOMES, José Jairo. *op. cit.*, p. 57

referendos e plebiscitos realizar, conhecendo e julgando ações diversas a respeito dos mesmos, mais imprescindível se tornará para o debate democrático no Brasil⁵⁹⁰, o que tenderá a reforça-la e a desenvolvê-la.

A resolução 23.385 do TSE possui, como se viu, muitos aspectos merecedores de elogios. Além da repisada segurança que trouxe ao processo de convocação de referendos locais, pode-se destacar a boa repartição de atribuições entre órgãos da administração eleitoral e a atenção à economia. A economia é uma das preocupações centrais de muitos daqueles que falam das consultas referendárias locais. A fórmula encontrada pela resolução tem um pequeno impacto sobre os custos da eleição, já que as perguntas a serem submetidas a referendo o são de maneira eletrônica, nas urnas, por servidores que já fazem isso para as eleições representativas⁵⁹¹. Apesar disso, custos existirão – propagandas políticas, frentes partidárias, reuniões. Sempre há um preço a pagar, como acontece com absolutamente todas as outras atividades, públicas ou privadas.

A grande virtude da resolução é seu espírito prático, que, em alguns momentos, pode ser prejudicial. A principal crítica diz respeito à falta de qualquer previsão para a realização de referendos locais urgentes, que não possam esperar eleições representativas. Do ponto de vista teórico, é um problema relevante – nenhuma lei diz que referendos e plebiscitos locais só possam ser realizados de dois em dois anos. A disposição acaba por tolher a manifestação popular em casos urgentes, o que praticamente nega vigência aos artigos de leis orgânicas que a exigem para autorizar, para fazer determinadas concessões públicas e para

⁵⁹⁰ A preocupação com a extinção da justiça eleitoral e a absorção de suas competências por outro órgão, como a justiça federal, é um fantasma contínuo. Bianca Cantero nos lembra da chamada *Carta de Brasília*, redigida no Colégio dos Presidentes dos TREs em 2010. Nela, sob auspícios do então presidente do TSE Ricardo Lewandowski, é feita forte defesa da justiça eleitoral contra as propostas de reforma e de extinção. Um dos argumentos centrais daqueles que propõem a extinção é o pequeno volume de processos tramitados, o que é um fato argumentável. v. CANTERO, Bianca Lorena Dias. **Considerações sobre a inaplicabilidade do artigo 366 do Código Eleitoral**. Estudos Eleitorais, v. 5, n.3. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/1440/2010_cantero_consideracoes_inaplicabilidade_codigo_eleitoral?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 2 set. 2018.

⁵⁹¹ Notícia do TSE da época chega a afirmar que os plebiscitos locais passarão a ter custo zero. v. BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Municípios de RO e RN terão plebiscitos junto com as eleições. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2012/Agosto/municipios-de-ro-e-rn-terao-plebiscitos-junto-com-as-eleicoes>. Acesso em: 2 set. 2018. Note-se que esses plebiscitos decorrem de leis estaduais, estando relacionados a questões territoriais e de nomenclatura dos municípios.

praticar atos danosos ao patrimônio histórico e cultural. Ao mais, a Constituição não hierarquiza institutos de democracia representativa e participativa. Por mais que tenhamos a cultura da representação, o direito a participar de referendos é tão fundamental quanto o de eleger representantes. Do ponto de vista prático, porém, essa relevante crítica mira o futuro – exagerando um pouco, pode-se dizer que não existem referendos locais entre nós. Assim, se tivéssemos um a cada dois anos, o nível de participação e de pertencimento aumentaria muito. Só então a crítica apresentada poderia ser decisiva.

Outra crítica que se pode fazer à resolução e que também deriva de seu espírito prático é a determinação de que legisladores locais (deputados estaduais ou vereadores) do ente federado que determinou a consulta referendária presidam as frentes de defesa de cada linha de pensamento. Além de ser uma artificialidade que coloca hierarquia entre cidadãos que deveriam ser iguais, a norma cria um peso extra para políticos que poderão, até, ser responsabilizados por campanhas mal geridas. A aplicação reiterada da resolução esbarrará, em muitos momentos, na resistência dos parlamentares em assumir uma tarefa extraordinária e eventualmente danosa para a vida pública, a imagem e, no extremo, a elegibilidade dos mesmos. Não se desconhece que a presidência de uma linha de pensamento pode gerar vantagens ao político, mas nem sempre será assim. Imagine-se um plebiscito proposto por um prefeito impopular. Qual vereador presidirá a frente, e com quais impactos políticos?

A resolução em debate traz possibilidade e realidade a um instrumento importantíssimo (o referendo local) que, antes dela, habitava o ideário abstrato daqueles que estudamos a democracia. Não nos parece que a prioridade imediata para o desenvolvimento do instituto seja o aprimoramento da resolução, mas a divulgação para as câmaras de vereadores e as assembleias legislativas do país (bem como para os tribunais regionais eleitorais) de sua existência e suas possibilidades. A resolução, não é o caso de aprimorá-la, mas de divulgá-la.

A modelagem atual do referendo no Brasil não adota o que há de mais moderno para o instituto, e que se estudou no capítulo três, porém. Segue sendo uma escolha dos legisladores que, na grande maioria das vezes, são os únicos no momento da iniciativa e que, sempre, deliberam por maioria a respeito de sua

convocação. Ao mais, há uma separação rígida entre iniciativa popular e referendo, como se precisassem ser institutos completamente estanques. Seria proveitoso que a legislação futura avançasse para procedimentos binários, ternários ou quaternários, conforme estudamos, que incentivam o diálogo entre a sociedade organizada e o parlamento, cada um com suas força e possibilidade de prevalência. Hoje temos um parlamento poderoso que ouve a sociedade como um favor e que sempre pode fazer prevalecer sua vontade. Em estados alemães que estudamos, na Suíça e (em menor alcance) no Uruguai, a sociedade organizada pode fazer o projeto de lei, apresentar para o parlamento, receber uma contraproposta, aceitá-la (ou não). No caso negativo colher um número pequeno de assinaturas, apresentar (o mesmo projeto, ou modificado) para o parlamento. Se a rejeição do parlamento persiste, colher mais assinaturas e, finalmente, levar a questão a referendo. Um procedimento assim, de várias fases, em que cada um dos atores conhece e reconhece o poder do outro faz com que o processo legislativo evolua, com que os cidadãos se sintam integrados no processo de tomada de decisões e que a proximidade ajude a legitimar o processo democrático. Aprimoramentos tais virão naturalmente quando os referendos locais começarem a vicejar entre nós. De nada adianta construir um modelo perfeito de participação popular que não saia dos livros.

A comissão especial da reforma política da Câmara dos Deputados aprovou, em 2 de maio de 2017, um relatório parcial de suas atividades, entre as quais um projeto de lei⁵⁹² que desenvolve os mecanismos do art. 14, I a III, da CRFB (plebiscito, referendo e iniciativa popular). No projeto há maior regulamentação de procedimentos; em termos de iniciativa, nada muda de essencial. Há a criação do peticionamento popular para a convocação de referendo nacional, mas, para tanto, o número de assinaturas exigido é o mesmo da iniciativa popular de lei (um número muito exigente, um por cento do eleitorado nacional) e, ainda assim, o referendo só será possível com a aprovação da maioria dos deputados, por decreto legislativo (art. 4º, §3º e art. 6º, §3º do projeto). Em termos de referendos locais, o

⁵⁹² BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de lei que estabelece novo marco legal para o exercício da soberania popular direta, em 2/5/2017. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividadeslegislativa/comissoes/comissoestemporarias/especiais/55-a-legislatura/reforma-politica/documentos/ou-tros-documentos/PL_iniciativapopular1.pdf. Acesso em: 2 set. 2018.

projeto possibilita a criação de um regime simplificado de consulta para questões de pequena complexidade (art. 7º, §2º e 3º) que dispense propaganda política. Ele desvincula, ainda, o referendo local das eleições (art. 7º, I). O maior avanço do projeto de lei, porém, situa-se no campo da iniciativa popular de lei que poderá ser subscrita remotamente, em plataformas tecnológicas da própria Câmara dos Deputados ou privadas (art. 13 do projeto). O avanço e o acerto da escolha são evidentes, apesar de a questão da certificação digital das assinaturas eletrônicas ser uma dificuldade significativa a ser superada.

O projeto de lei em comento traz avanços para o procedimento de plebiscitos e de referendos locais a serem convocados no futuro. Nada de essencial, porém. O quadro normativo atual é suficiente para que novos e mais decisivos passos sejam dados na popularização do instituto. Em termos de evolução legislativa parece-nos mais importante que se ressalte a liberdade que os entes locais têm para inovar procedimentos de convocação e de processamento de referendos. Em uma federação a auto-organização é corolário da autonomia e, respeitando as normas da constituição, há amplo espaço para inovações procedimentais. Nada impede que municípios (ou estados) adotem, como se defende, procedimentos binários, ternários ou quaternários que permitam uma reformulação das relações entre parlamento e sociedade organizada, com os efeitos virtuosos apontados no campo da apropriação, da legitimidade e, inclusive, do bom governo.

CONCLUSÃO

A legitimação política por meio da democracia é um projeto de matriz iluminista, um artifício da razão. Faz parte do conjunto de promessas da modernidade cujo cumprimento é tarefa complexa, só podendo ser realizado parcialmente. Ele afirma que todas as pessoas são iguais do ponto de vista político e argumentativo, e tanto a natureza quanto a economia evidenciam desigualdades; ele afirma que a verdade política é relativa e mutante, para pessoas que temos a tendência de crer em ideias de forma absoluta; ele afirma a prevalência de direitos fundamentais ante a natureza violenta do poder, tendente à autopreservação por meio do aniquilamento do inimigo; e afirma que cada um de nós é único a partir de uma existência autêntica, ainda que as sociedades sejam massificadas e com experiências de vida muitas vezes forjadas. Todas essas dificuldades não impedem, porém, que o projeto democrático prevaleça no ocidente, ao menos no campo do discurso – realizar esse projeto, porém, depende de esforços institucionais em que o direito está inserido, apesar de não possuir o papel principal.

A partir do uso referencial da obra de Pierre Rosanvallon, afirmamos que vários métodos e instituições surgiram no intuito de realizar os valores democráticos na história, adequados ao quadro de ideias do momento em que se desenvolveram. É claro que a instituição de maior sucesso da democracia é o parlamento representativo e renovado periodicamente. Mesmo ele sofreu alterações com o tempo – no século XVIII ele seria a fonte da vontade geral que, em Jean Jacques Rousseau, é uníssona. Após a Revolução Francesa é que se insere, lentamente, a ideia de regra da maioria como vinculante, regra que veio a ser aceita plenamente apenas depois da revolução industrial. Mas outras instituições surgiram com o avanço do espírito do tempo. Entre o final do século XIX e o início do XX, a administração pública racional e estatutariamente protegida, com servidores que seriam guardiões do desinteresse, da coisa pública, da ideia de bem comum; após a segunda guerra mundial, a jurisdição constitucional, capaz de proteger o indivíduo contra o Estado, sempre potencialmente opressor, mas também hábil para desenvolver esses mesmos direitos, atuando como uma espécie de memória do pacto político inicial. Administração e jurisdição podem ser, e devem ser, instituições democráticas. Basta que se mantenham fiéis aos valores da

democracia e não se convençam de sua superioridade moral ou técnica, já que facilmente degeneram em tecnocracias ou aristocracias.

O ponto focal da tese que defendemos é a análise de uma nova espécie de legitimidade modelada a partir dos anos setenta do século passado e a adequação do referendo local a essa legitimidade. Ela decorre de uma mudança no mundo do trabalho ocorrida nas democracias liberais centrais, em que a indústria tradicional (de produção em massa, com o uso de mão de obra em grande quantidade e estruturante de classes sociais relativamente homogêneas) é deslocada para países com custos sociais mais baratos, no terceiro mundo. Sem empregos industriais tradicionais, as novas gerações buscam na especificação o diferencial de valor – ou seja, produtos customizados, projetados para grupos cada vez menores de consumidores passam a ser preferidos. Para encontrar esse nicho de consumidores, para criar necessidades em pessoas que se disponham a pagar mais por um produto diferenciado, já não serve o antigo operário com uma formação massificada, que aprendia tudo o que tinha a ser aprendido na escola e que passava a vida a repetir procedimentos.

O novo trabalhador de sucesso tem como foco a criatividade, não se vincula a um emprego para a vida toda, mas está sempre à procura da ideia, do produto ou do serviço que o enriquecerá. É flexível na aprendizagem, sabendo que ela é contínua e que o conhecimento (sobretudo nas áreas tecnológicas) é extremamente volátil. Aprende no trabalho, para poder entregar ao cliente o produto customizado com maior valor agregado. Ao mesmo tempo, participa, opina, sobre o processo produtivo – e as empresas tidas por exitosas são capazes de ouvir os empregados e de alterar fluxos de processos. Deve ser flexível para se adaptar a novos sistemas e métodos. Sabe que ele mesmo é o produto que se vende às empresas – por isso busca formação contínua, apresentação sedutora, autoestima elevada. Ainda que esse modelo de trabalhador só seja numericamente significativo nas sociedades pós-industriais (como as democracias liberais centrais, europeias e norte-americanas), o discurso ideológico a respeito desse novo trabalhador está presente por todo o mundo, formatando consciências e interesses.

Como se comporta politicamente esse novo trabalhador – haveria um “novo cidadão”? Da pesquisa pareceu-nos identificável um comportamento aparentemente dúbio, mas que se coaduna com várias características dessas pessoas. Por um lado, há uma tendência a uma falta de engajamento político. Não que elas discordem essencialmente da democracia liberal, apenas não têm tempo ou paciência para longas disputas. Basta-lhes que o sistema funcione, que decisões sejam tomadas sobre boas bases – é a ideia de democracia furtiva, que estudamos. Por outro lado, esses novos cidadãos estão prontos a se engajar em causas de seu interesse específico, que marquem, exatamente, sua diferença ante os demais. Causas ambientais, feministas, LGBT, imigrantes, de proteção a culturas não nacionais, dentre outras, tendem a seduzir esses novos atores com muito mais força do que acontecia com os seus pais ou avós. Os interesses pela política superam a tradicional díade explorados e exploradores – empregados e patrões podem possuir concordâncias e discordâncias outrora insuspeitas.

O estudo que empreendemos a respeito dos referendos locais evidenciou que o instituto tem características adequadas a esse novo cidadão. É certo que será mais ou menos adequado de acordo com o tipo de processo legislativo em que o referendo local for adotado, mas as potencialidades do instituto para reforçar a legitimidade democrática são imensas. Assim, caso o ente local adote um procedimento de múltiplas fases, aqueles cidadãos especialmente tocados pela causa por eles promovida poderão elaborar um projeto de lei, apoiado por um número baixo de assinaturas, levando-o ao parlamento. Esse pode aceitar a proposta, modificá-la ou a rejeitar – os cidadãos, nos últimos dois casos, podem recolher mais assinaturas para forçar um referendo. Caso consigam, ao parlamento será dada a oportunidade de adotar a lei uma vez mais, já que a negativa pode ser derrotada em referendo. Por fim, caso seja levado à votação popular, a decisão será soberana, impondo-se. O modelo apresentado é adequado às duas características do novo cidadão que apresentamos – aqueles que são sensíveis à causa, empreenderão, por ela, uma luta mais intensa. Aqueles que não são, poderão apenas votar, no dia adequado, ou mesmo deixar de fazê-lo (mesmo em países em que o voto é obrigatório, anulando o voto ou votando em branco). O certo é que tanto uns quanto outros poderão se envolver, se quiserem, com aspectos específicos de sua comunidade, tais como coleta de lixo, traçado e nomes de ruas,

procedimentos administrativos, até. Com isso, o grau de mando sobre aquilo que é próximo, a partir do respeito dos poderes tradicionais, faz com que o povo sinta-se vivendo sob um sistema mais legítimo.

Duas considerações nos parecem importantes. Para que o referendo possua esse capacidade de inovar o processo legislativo é importante que o povo possa propô-lo e que as decisões sejam vinculantes. Consultas populares facultativas são democráticas, mas não geram o mesmo impacto sobre o legislativo que um referendo obrigatório traz. Ao mais, releva afirmar que os efeitos ideais para a legitimação do novo cidadão por proximidade ocorrerá em procedimentos legislativos multifases, como acima exemplificamos. Ainda assim, a simples existência de um referendo local já aumenta o sentimento de proximidade por parte dos cidadãos. Mesmo que a pergunta seja feita pelo prefeito, ou pelos vereadores, um referendo local permite que os cidadãos sintam-se donos da discussão, o que é essencial à democracia.

Em face da utilidade dos referendos locais identificada em legislações e práticas estrangeiras na realização da legitimidade por proximidade, fica evidente a necessidade de os realizar no Brasil. As consultas referendárias (plebiscitos e referendos) locais estão previstas desde a constituição de 1988, mas são pouco utilizadas. Logo aqui, em que o federalismo e a extensão territorial poderiam sugerir o contrário, pouco se ouve o povo em eleições que não sejam representativas. Uma perspectiva de mudança cremos ser a resolução 23.385/2012 do TSE que, se divulgada, pode abrir uma nova perspectiva de utilização do instituto entre nós. Com essa maior utilização, novas possibilidades surgirão para o instituto, como a iniciativa popular de consultas referendárias e a adoção de procedimentos legislativos de muitas fases.

O projeto democrático de legitimação política exige contínua atenção e engajamento, já que projetos autocráticos também são viáveis – e de mais fácil adoção. Para que ele prevaleça, várias são as batalhas a serem travadas, seja na educação, no parlamento, na mídia, na realização dos direitos fundamentais... O referendo local pode, em um país com as características do Brasil, render importantes frutos, frutos que não podem ser desprezados.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. **Constituição da República Federal da Alemanha**. 23 de maio de 1949. Versão em português disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2017.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ARISTÓTELES. **A ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural: 1984.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BAVIERA. **Constituição de 2 de dezembro de 1946**, versão publicada em 15 de dezembro de 1998. Disponível, em tradução francesa, em https://www.bayern.landtag.de/fileadmin/Internet_Dokumente/Sonstiges_P/BV_Verfassung_Franzoesisch_formatiert_14-12-16.pdf. Acesso em: 11 set. 2017.
- BELLOUBET-FRIER, Nicole. Les référendums municipaux. **Pouvoirs** 77. p. 163-179. Paris: Seuil, 1996.
- BITTENCOURT, Angela. **Valor de mercado das vinte maiores empresas**. *Jornal Valor Econômico*, 27/4/2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/valor-investe/casa-das-caldeiras/5488617/us-8-tri-e-o-valor-de-mercado-das-20-maiores-empresasdiz-ec>. Acesso em: 31 jul. 2018.
- BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução de Sérgio Barth. 6. ed. Brasília: EdUnB, 1992.
- _____. Teoria das elites. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. V. 1. Tradução coordenada por João Ferreira. 4. ed. Brasília: EdUnB, 1992. p. 385 – 391.
- BONAVIDES, Paulo. A reforma constitucional e o plebiscito. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 113. Brasília: Senado Federal, 1992. p. 53-66.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de lei que estabelece novo marco legal para o exercício da soberania popular direta, em 2/5/2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes->

temp orarias/especiais/55a-legislatura/reforma-politica/documentos/outros-documentos/PL_iniciativapopular1.pdf. Acesso em: 2 set. de 2018.

- ___ **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5 de outubro de 1988.
- ___ **Lei 4.737** de 15 de julho de 1965.
- ___ **Lei 9.709**, de 18 de novembro de 1998.
- ___ **Lei 10.826** de 22 de dezembro de 2003.
- ___ **Lei 12.876**, de 30 de outubro de 2013.
- ___ **Lei 13.473** (LDO), de 8 de agosto de 2017.
- ___ **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3345/DF e 3365/DF.
- ___ _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815, julgada em 10 de junho de 2015.
- ___ _____. Decisão de medida liminar na ADI 330. Inteiro teor disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346318>. Acesso em: 28 ago. 2018.
- ___ _____. Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343/2009.
- ___ **Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo**. Em plebiscito, eleitores de Rosana (SP) decidem pela criação do distrito de Primavera. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Outubro/em-plebiscito-eleitores-de-rosana-sp-decidem-pela-criacao-do-distrito-de-primavera>. Acesso em: 1º set. 2018.
- ___ _____. Resultados oficiais do plebiscito de Campinas. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-sp-votacao-do-plebiscito-em-campinas-eleicoes-2014>. Acesso em: 1º set. 2018.
- ___ **Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul**. Consulta 47/2009.
- ___ _____. Pet. 265-28.2011.6.21.0000, julgada em 6 de fevereiro de 2012.
- ___ **Tribunal Superior Eleitoral**. Municípios de RO e RN terão plebiscitos junto com as eleições. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2012/Agosto/municipios-de-ro-e-rn-terao-plebiscitos-junto-com-as-eleicoes>. Acesso em: 2 set. 2018.
- ___ _____. Resolução 23.385 editada em 16 ago. 2012.
- ___ _____. Resultado do plebiscito de 2010. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ac-referendo-2010-fuso-horario-acre-resultado>. Acesso em: 1º set. 2018.

- ____. _____. Resultado do plebiscito de 2011. Disponível em: <http://www.trepa.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/plebiscito-2011/relatorios-da-votacao-dos-plebiscitos-2011>. Acesso em: 1º set. 2018.
- ____. _____. Resultado geral do plebiscito de 1993. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/plebiscito-de-1993>. Acesso em: 31 ago. 2018.
- ____. Resultado geral do plebiscito de 2005. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005/referendo-2005-1>. Acesso em: 31 ago. 2018.
- ____. **Decreto Legislativo nº 226**, de 12 de dezembro de 1991.
- ____. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região P.A. CORTE ESPECIAL Nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. 22 set. 2016.
- BRAVO, Gian Maria. Anarquismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. V.1. Tradução coordenada por João Ferreira. 4. ed. Brasília: EdUnB, 1992. p. 23 – 29.
- BRENNAN, Jason. **Against democracy**. Princeton: Princeton University, 2016.
- ____. **Can epistocracy, or knowledge-based voting, fix democracy?** in The Los Angeles Times, 28 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-brennan-epistocracy-20160828-snap-story.html>. Acesso em: 4/4/2017.
- BUARQUE, Daniel. **Decisão política deveria vir dos que tem conhecimento, diz filósofo**. Folha de São Paulo de 7/11/2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/11/1829957-decisao-politica-de-veria-vir-dos-que-tem-conhecimento-diz-filosofo.shtml>. Acesso em: 4 abr. 2017.
- CAMPERO, Agustín. **El fracaso de la penalización del aborto**. Jornal El Clarin de 6/6/2018. Buenos Aires. Disponível em: https://www.clarin.com/opinion/legalizar-aborto-modo-salvar-vidas_0_ry-dkuSg7.html. Acesso em: 8 jun. 2018.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1994.
- ____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CANTERO, Bianca Lorena Dias. Considerações sobre a inaplicabilidade do artigo 366 do Código Eleitoral. **Estudos Eleitorais**, v. 5, n.3. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/1440/2010_cantero_consideracoes_inaplicabilidade_codigo_eleitoral?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 2 set. 2018.

- CAPLAN, Bryan. **The myth of the rational voter**. Princeton: Princeton University, 2008.
- CARDOSO, Fernando Henrique. **Ainda há tempo?** Jornal digital El País, 7 de janeiro de 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/07/opinion/1515283787_983109.html. Acesso em: 9 jan. 2018.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- CASTELLS, Manuel. **Ruptura**. Tradução de Joana Angélica d'Avila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- CHAPERON, Isabelle. **Brexit: Paris et Francfort se disputent les faveurs des banques britanniques**. in Le Monde (jornal) de 29 de março de 2017.
- CHAMBOST, Anne-Sophie. Les enjeux de la consultation populaire au niveau urbain. Éléments de réflexion dans les premiers temps de la Revolution. **Anuaire 2006 des collectivités locales**. Paris: CNRS, 2006.
- CHERON, Cibele. **O orçamento participativo de Porto Alegre: análise de uma experiência de democracia participativa**. Dissertação no programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da PUCRS. 2006. Disponível em: <http://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-47112/o-orcamento-participativo-de-porto-alegre--analise-de-uma-experiencia-de-democracia-participativa-e-sua-autonomia-legal>
- CHEVALLIER, Jacques. **L'État post-moderne**. 4. ed. Paris: LGDJ, 2014.
- COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **O poder regulamentar do TSE na jurisprudência do Supremo**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-out-29/constituicao-poder-regulamentar-tse-jurisprudencia-supremo#_ftn2. Acesso em: 26 ago. 2018.
- COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia**, de 6 de julho de 1991. Disponível, atualizada, em <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>. Acesso em: 29 set. 2017.
- _____. **Lei Estatutária 1757**, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62230>. Acesso em: 29 set. 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**. 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- COMTE, Charles. **Traité de legislation**. Paris, 1826, tome IV, *apud* ROSANVALON, Pierre. **La société des égaux**. Paris: Seuil, 2011.
- CORREIO DO POVO (sítio). **AL rejeita projeto para plebiscito para discutir privatização de estatais**. Notícia de 5/6/2018. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/Noticias/Politica/2018/6/652429/AL-rejeita-projeto-para-plebiscito-para-discutir-privatizacao-de-estatais>. Acesso em: 28 ago. 2018.

- DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: EdUnB, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DAHRENDORF, Ralf. **A lei e a ordem**. Tradução de Tâmara D. Barile. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997.
- DE SINGLY, François. **Les uns avec les autres**. Paris: Hachette, 2003.
- DEBRAY, Régis. **La République expliquée à ma fille**. Paris: Seuil. 1998.
- _____. **Le code et le glaive**. Paris : Fondation Marcel-Bloch, 1999.
- DELACAMPAGNE, Christian. **A filosofia política hoje: ideias, debates, questões**. Tradução Lucy Magalhães. São Paulo: Zahar, 2001.
- DENQUIN, Jean-Marie. Référendums consultatifs. **Pouvoirs** 77. p. 77-93. Paris: Seuil, 1996
- _____. **Référendum et plébiscite**. Essai d'une théorie générale. Paris: LGDJ, 1976.
- DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Jr. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- DEWEY, John. **Democracia cooperativa: escritos políticos escolhidos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- FACCHINI NETO, Eugênio; SALDANHA, Leonardo Tricot. O controle de constitucionalidade na França, da impossibilidade ao entusiasmo. **Revista da AGU**, v. 16, 2017.
- FISHKIN, James. **The voice of the people**. New Heaven: Yale University Press, 1997.
- FLORIANÓPOLIS. **Lei Complementar 339**, de 27 de novembro de 2008. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj_jbG4rZrdAhXLHpAKHdzLCCEQFjABegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fportal.pmf.sc.gov.br%2Farquivos%2Farquivos%2Fdoc%2F04_05_2010_18.44.36.47764f1b3910ba794eb4daff8afb84ed.doc&usg=AOvVaw2Zl-DU7Nqxx9NB_vDP8Sw7. Acesso em: 1º set. 2018.
- FOLHA DE SÃO PAULO (jornal). **Irlandeses votam por legalizar o aborto em referendo histórico**. Edição de 26/5/2018. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/05/primeiros-resultados-apontam-vitoria-do-sim-em-referendo-sobre-aborto-na-irlanda.shtml>. Acesso em: 11 ago. 2018.

FORST, Rainer. **Contextos da justiça**. Tradução de Denilson Luís Verle. São Paulo: Boitempo, 2010.

FRANÇA. **Conselho constitucional**. Decisão nº 2014-392 QPC, de 25 de abril de 2014. Disponível a partir de <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/mai-2014-les-lois-adoptees-par-le-peuple-francais-a-la-suite-d-un-referendum.141510.html>. Acesso em: 08 jul. 2017.

_____. **Constituição da República Francesa**. Disponível em português em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 11 jul. 2107.

_____. **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen**. 2 de outubro de 1789. Disponível, em Francês, em <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Em português, na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP, <http://www.direitos-humanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-dasNações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 21 mai. 2018.

_____. **Lei de 27 de janeiro de 2014**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 28 set. 2017.

_____. **Lei Orgânica de 1º de agosto de 2003**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000428976&categorieLien=id>. Acesso em: 26 set. 2017.

_____. **Vie publique**. Site. Disponível em: <http://www.vie-publique.fr/decou-verte-institutions/institutions/collectivites-territoriales/competences-collectivites-territoriales/qu-est-ce-que-clause-generale-competence.html>. Acesso em: 28 set. 2017.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e as ciências do cérebro: como lidar com automatismos mentais. **Revista da Ajuris**, v. 40, n. 130. Porto Alegre: Ajuris, 2013.

FROMONT, Michel. La démocratie semi-directe en République Fédérale d'Allemagne. In: CONAC, Gérard; Maus, Didier. (Org.). **Le référendum, quel avenir?** Paris: STH: 1990.

FUKS, Mario; PAIVA, Daniela. **Persuasão e deliberação sobre políticas públicas: a propaganda política no “referendo das armas”**. Trabalho apresentado do 1º congresso nacional da associação brasileira de pesquisadores de comunicação e política. Disponível em: http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2010/11/Fuks_e_Paiva_2006.pdf. Acesso em: 31 ago. 2018.

- GAREA, Rafael Colina. **La función social de la propiedad privada en la constitución española de 1978**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.
- GAUDIN, Jean Pierre. **La démocratie participative**. 2. ed. Paris : Armand Colin, 2013.
- GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed. Traduzido por Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Penso, 2012.
- GIRAUX, Denis. Le système referendaire em Suisse. *In*: LAUVAUX, Philippe et al. **Théorie et pratiques du référendum**. Paris: Société de Législation Comparée, 2012, p. 25-52.
- GOMES, Ângela Maria de Castro *et al.* **História geral da civilização brasileira**. Organização de Bóris Fausto. Tomo 3. V. 10. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Tradução para o espanhol de Héctor Fix-Fierro. Buenos Aires: Astrea, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- _____. A crise do Estado do Bem-Estar social e o esgotamento das energias utópicas. **Novos Estudos CEBRAP**, nº 18, p. 103-114, set. 1987, p. 107-109.
- _____. **Direito e democracia**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAMON, François. **Le référendum, étude comparative**. Paris: LDGJ, 2012.
- _____. Le référendum n'est q'une caricature de la démocratie ? **Le Débat**, 193. Paris : Gallimard, 2017. p. 141-151
- HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2017
- HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et droit publique général**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1900. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k105506c/f8.image>. Acesso em: 12 mai. 2018.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1991.
- _____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.
- HIBBING, John R.; THEISS-MORSE, Elisabeth. **Stealth democracy**. Cambridge: Cambridge University, 2004.

- HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- HOLLANDA, Cristina Buarque de. **Teoria das elites**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.
- HUME, David. **Investigação acerca do conhecimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- INGLEHART, Ronald. Postmodernization erodes respect for authority, but increases support for democracy. *In*: NORRIS, Pippa (Org.). **Critical citizens, global support for democratic government**. p. 236-256. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999.
- ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**. Versão traduzida para o português pela Província de Milão e disponível em: [http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti di riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20de%20Illa%20Provincia%20di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20de%20Illa%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf). Acessada em 10 jul. 2017.
- KANT, Emanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e de Alexandre Fradique Mourão. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.
- _____. Resposta à questão: que é o Iluminismo? *in* KANT, Emanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1995.
- KIELMANSEGG, Peter Graf. **Soll die demokratie direkt sein? Wenn die bürger selbst entscheiden, ersetzt der monolog den dialog zwischen wählern und gewählten**. Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25 de Abril de 2001, *apud* PREMAT, Christophe, **La pratique du référendum local en France et en Allemagne**. Tese (Doutorado em Sciences de l'Homme et Société) - Institut d'études politiques de Bordeaux. Université Montesquieu – Bordeaux IV. Bordeaux. 2008. Disponível em: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00294728>. Acesso em: 27 jul. 2017.
- KOEBEL, Michel. Le local, lieu d'innovation politique? *In*: BENOÎT, Richard; HOLEINDRE, Jean-Vincent. (Orgs.). **La démocratie – histoire, théories, pratiques**. p. 111-120. Auxerre: Éditions Sciences Humaines, 2010.
- LARROSA, Sebastián Chocca. **25 años de democracia directa em Uruguay: “razones del fracasso / claves del éxito”**. Artigo apresentado nas IX Jornadas de pesquisa da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade da República, Montevidéu, ocorrida de 13 a 15 set. 2010. Disponível em: http://cienciassociales.edu.uy/wp-content/uploads/2013/archivos/Mesa_49_Chocca.pdf, Acesso em: 10 jul. 2017.
- LASSALE, Jean-Pierre. Le référendum aux États-Unis. **Pouvoirs** 77. p. 149-162. Paris: Seuil, 1996.

- LE MONDE (jornal). Editorial de 21 set. 2017, **Trump rebaisse l'ONU**.
- LE ROUX, Nicolas; WREDE, Martin et al. **Noblesse oblige: identités et engagements aristocratiques à l'époque moderne**. Rennes: Presses universitaires, 2017.
- LIGA DAS NAÇÕES. **Convênio de janeiro de 1919**. Texto disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/his1919.htm>. Acesso em 2 jun. 2018.
- MACEDO, Aline. **Niterói contrata empresa para fazer plebiscito cinco dias antes da votação**. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/extra-extra/niteroi-contrata-empresa-para-fazer-plebiscito-cinco-dias-antes-da-votacao-21996243.html>. Acesso em: 1º set. 2018.
- MADISON, James. **O Federalista, paper 10**. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho e outros. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 94 – 100.
- MANZELLA, Andrea. Le référendum italien. **Pouvoirs** 77. Traduzido do italiano para o francês por Mariangela Portelli. p. 137-148. Paris: Seuil, 1996.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O manifesto do partido comunista**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000042.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDONÇA, Heloísa. **Câmara aprova terceirização para todas as atividades**. El País Brasil Digital de 23 de março de 2017. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490127891_298981.html. Acesso em: 28 mar. 2017.
- MENDONÇA, Ricardo Fabrino; SANTOS, Débora Bráulio. A cooperação na deliberação pública: um estudo de caso sobre o referendo da proibição da comercialização de armas de fogo no Brasil. **Revista Dados**, n. 52. Rio de Janeiro p. 507–542. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n2/v52n2a07.pdf> . Acesso em: 31 ago. 2018.
- MENGER, Pierre-Michel. **La différence, la concurrence et la disproportion**. Paris: Fayard, 2014.
- MILL, Stuart. **Da liberdade**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000
- MIRANDA, Jorge. **Ciência Política**. Lisboa: Pedro Ferreira, 1996

- MONTGOMERY, Winona. **The populist movement**. Universidade do Arizona, 1923. Disponível em: http://uair.library.arizona.edu/system/files/usain/download/azu_e9791_1923_11_w.pdf. Acesso em: 25 set. 2017.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**. Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- O GLOBO (sítio). **Em consulta pública, população de Niterói vota contra armamento da Guarda Municipal**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/bairros/em-consulta-publica-populacao-de-niteroi-vota-contrarmamento-da-guarda-municipal-22007975#ixzz5PsyCX2iA>. Acesso em: 1º set. 2018.
- O'NEILL, Onora. **Constructions of reason**. Nova Iorque: Cambridge University, 2000.
- OLIVEIRA, Regiane. **Votar não me dá a sensação de participação política. Quero que minha opinião seja levada a sério**. El Pais Brasil digital, ed de 8/8/2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/06/politica/1533592699_315254.html. Acesso em: 8 ago. 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional sobre direitos civis e políticos**, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral em 16 de dezembro de 1966.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção sobre os povos indígenas e tribais**. Vigor em 05/09/1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Consultada em 29/09/2017.
- _____. **Convenções ratificadas pela República da Colômbia**. Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102595. Acesso em: 29 set. 2017.
- PAOLETTI, Marion. **La démocratie local et le référendum**. Paris: L' Harmattan, 1997.
- PARETO, Vilfredo. **Les systèmes socialistes**. Tomo primeiro. Paris: Giard & Brière, 1902.
- _____. **The rise and fall of the elites: an application of theoretical sociology**. 18. ed. New Brunswick: Transactional, 2009.
- PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima; RODRIGUES, Celso. Estado-nação, cultura e democracia: novas reivindicações para uma globalização intercultural. **Século XXI: Revista de Relações Internacionais** / Escola Superior de Propaganda e Marketing do Rio Grande do Sul, v. 3, p. 97-112. Porto Alegre: ESPM, 2012.
- PLATÃO. **A república**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Abril Cultural, 1997.

PORTO ALEGRE. **Câmara Municipal**. Emenda que prevê consulta popular é aprovada. Notícia de 16/03/2009, Disponível em: <http://www.camarapoa.rs.gov.br/noticias/emenda-que-preve-consulta-popular-e-aprovada>. Acesso em: 1º set. 2018.

____. **Lei 11.845**, de 28 de maio de 2015. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/lei-ordinaria/2015/1185/11845/lei-ordinaria-n-11845-2015-convoca-consulta-a-populacao-mediante-plebiscito-a-respeito-do-cercamento-do-parque-farroupilha-parque-da-redencao-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 1º set. 2018.

____. **Lei complementar 282**, de 16 de outubro de 1992.

____. **Lei Orgânica**, de 3 de abril de 1990.

PREMAT, Christophe. **La pratique du référendum local en France et en Allemagne**. Tese (Doutorado em Sciences de l'Homme et Société) - Institut d'études politiques de Bordeaux. Université Montesquieu – Bordeaux IV. Bordeaux. 2008. Disponível em: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00294728>. Acesso em: 27 jun. 2017.

RANNEY, Austin. **Référendum et démocratie**. Tradução Isabelle Richert. **Pouvoirs** 77. Paris: Seuil, 1996.

____. **The government of men**. 4. ed. Hinsdale: The Dryden Press, 1975.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REICH, Robert. **The work of nations**. Nova York: Vintage Books, 1991, *apud* BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

RENAUT, Alain. **Qu'est-ce qu'un peuple libre ?** Paris: Bernard Grasset, 2005.

RICŒUR, Paul. **A metáfora viva**. Tradução de Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 2000.

RIO DE JANEIRO (cidade). **Lei 1.215**, de 4 de abril de 1988.

RIO DE JANEIRO (estado). **Constituição do estado do Rio de Janeiro**, de 5 de outubro de 1989.

RIO GRANDE DO SUL. **Constituição Estadual**, de 3 de outubro de 1989.

____. **Emenda Constitucional 31**, de 18 de junho de 2002.

____. **Emenda Constitucional 33**, de 19 de novembro de 2002.

____. **Emenda Constitucional 47**, de 16 de dezembro de 2004.

____. **Leis 10.462 a 10.509**, todas de 19 de julho de 1995.

____. **Lei 14.593**, de 11 de agosto de 2014.

- RIVERO, Jean. **Droit administratif**. 10. ed. Paris: Dalloz, 1983.
- RORTY, Richard. **Pragmatismo e Política**. Tradução de Paulo Ghiraldelli Jr. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ROSANVALLON, Pierre. **La contre-démocratie**. Paris: Seuil, 2014.
- _____. **La légitimité démocratique**. Paris: Seuil, 2008.
- _____. **La société des égaux**. Paris: Seuil, 2011.
- _____. **Les methamorphoses de la légitimité**. Disponível em: <https://www.college-de-france.fr/site/pierre-rosanvallon/course-2007-2008.htm>, Acesso em: 22 dez. 2017.
- ROUSSILLON, Henry. Contre le référendum! **Pouvoirs** 77. p. 181-190. Paris: Seuil, 1996.
- ROUSSEAU, Dominique. **Radicaliser la démocratie**. Paris: Seuil, 2015.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Émile, ou de l'éducation**. Edição anotada por Gilbert Py. Paris: Larrousse, 2013.
- _____. **Du contrat social**. Paris: Flammarion, 1992.
- SAGER, Fritz; BÜHLMANN, Marc. Checks and balances in Swiss direct democracy. *In*: SETÄLÄ, Maija; SCHILLER, Theo. **Referendums and representative democracy**. Nova Iorque/Oxon: Routledge, 2009.
- SALDANHA, Leonardo Tricot. **Legitimação política democrática e autonomia**. Porto Alegre: UniRitter Editora, 2008.
- _____. Surgimento e características do estado federal. **Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis**. Volume 3. Porto Alegre: Faculdades Integradas Ritter dos Reis, 2000, p. 265 – 288.
- SANTA CATARINA. **Constituição do Estado de Santa Catarina**, de 5 de outubro de 1989.
- SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice**. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- SARLET, Ingo. **A dignidade da pessoa humana**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARLET, Ingo; MARINONI; Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SARTORI, Giovanni. **Homo videns: la sociedad teledirigida**. Tradução para o espanhol de Ana Días Soler. Madrid: Taurus, 1998.

- SAUVÉ, Jean-Marc. Référendum et démocratie. *In*: LAUVAUX, Philippe et al. **Théorie et pratiques du référendum**. Paris: Société de Législation Comparée, 2012.
- SÃO LUIZ GONZAGA. **Lei Orgânica Municipal**, de 3 de abril de 1990. Disponível em:
<https://www.saoluizgonzaga.rs.gov.br/Arquivos/470/Leis/27753/A%20LEI%20ORGANICA%20DO%20MUNICIPIO%20DE%20SAO%20LUIZ%20GONZAGA%20277A%20262M.pdf>. Acesso em: 1º set. 2018.
- SÃO PAULO (estado). **Constituição do estado de São Paulo**, de 5 de outubro de 1989.
- SCHOTT, Stéphane. Le référendum dans le länder de la RFA. *In* LAUVAUX, Philippe et al. **Théorie et pratiques du référendum**. Paris: Société de Législation Comparée, 2012.
- SCHMITT, Carl. **Théorie de la constitution**. Tradução de Lilyane Deroche. 2. ed. Paris: PUF, 2009.
- SGARBI, Adrian. **O referendo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- SINTOMER, Yves. **Tirage au sort et démocratie délibérative**. Disponível em:
<http://www.laviedesidees.fr/Tirage-au-sort-et-democratie-deliberative.html>. Acesso em: 11 abr. 2017.
- SUIÇA. **Constitution fédérale de la Confédération Suisse**. de 18 de abril de 1999. Versão francesa disponível em: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html#a139>. Acesso em: 08 jul. 2017.
- TAILLON, Patrick. **Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple?** Paris: Dalloz, 2012.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2 ed. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.
- TROPER, Michel. **Le droit et la nécessité**. Paris: PUF, 2011.
- TYRAN, Jean-Robert, FELD, Lars P. **Why people obey the law**. Experimental evidence from the provision of public goods. Maio de 2001. Disponível em:
https://www.researchgate.net/publication/220011500_Why_do_People_Obey_the_Law. Acesso em: 1º ago 2018.
- UOL NOTÍCIAS (sítio). **Em plebiscito, moradores de Niterói (RJ) decidem não armar Guarda Municipal**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/10/30/em-plebiscito-moradores-de-niteroi-rj-decidem-nao-armar-guarda-municipal.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 1º set. 2018.

- URREGO, Cielo Rusinque; RAMIREZ, Luis-Miguel Gutierrez. **De la démocratie constitutionnelle au constitutionnalisme démocratique: enjeux de la démocratie semi-directe en Amérique Latine à la lumière d'un cas colombien.** Comunicação no Xº Congresso da Associação Francesa de Direito Constitucional. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/75bfc7_dae409c82b0b45c6a58aea9ec19f263a.pdf . Acesso em: 28 set. 2017.
- WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WEBER, Thadeu. A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. *Kriterion*, v. 127, p. 197-210, Jun./2013.
- WELP, Yanina. **Todo lo que necesitás saber sobre las democracias del siglo XXI.** Buenos Aires: Paidós, 2018.
- VIALA, Alexandre. **Le macronisme ou le spectre de l'épistocratie.** in Le Monde (jornal), 18 de outubro de 2017. Disponível em: http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/10/18/le-macronisme-ou-le-spectre-de-l-epistocratie_5202341_3232.html#bVYxR0FPtxRQq36C.99 . Acesso em: 20 dez. 2017.
- ZARKA, Yves Charles. **L'autre voie de la subjectivité.** Paris: Beauchesne, 2001.
- ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral.** 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.
- ZIMMER JR, Aloísio. **Curso de direito administrativo.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br