

ano 12 - n. 42 | setembro/dezembro - 2018
Belo Horizonte | p. 1-227 | ISSN 1981-6162
R. bras. Est. const. – RBEC

Revista Brasileira de
ESTUDOS CONSTITUCIONAIS
RBEC

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS – RBEC

Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC



© 2018 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de photocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional
Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

R454 Revista Brasileira de Estudos Constitucionais : RBEC. –
ano 1, n. 1, (jan./mar. 2007) . – Belo Horizonte :
Fórum, 2007.

Quadrimestral
ISSN: 1981-6162
1. Direito constitucional. 2. Direito público. I. Fórum.

CDD: 341.2
CDU: 342

Esta publicação está catalogada em:

- Irlch's Periodicals Directory.
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Coordenadores
André Ramos Tavares
Dimitri Dimoulis

Conselho Editorial Brasileiro

Carlos Ayres Britto (Doutor, Uniceub, Brasil)	Leonardo Martins (Pós-doutor, Ufrn, Brasil)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (Doutora, Puc-MG, Brasil)	Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (Doutor, Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil)
Daniel Sarmento (Pós-doutor, Uerj, Brasil)	Marina Faraco Lacerda Gama (Doutora, Puc-SP, Brasil)
Dimitri Dimoulis (Pós-doutor, Fgv-SP, Brasil)	Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (Pós-doutor, Unifor, Brasil)
Eduardo Ribeiro Moreira (Livre-docente, Ufrj, Brasil)	Robério Nunes dos Anjos Filho (Doutor, Universidade Anhanguera, Brasil)
Enrique Ricardo Lewandowski (Livre-docente, USP, Brasil)	Soraya Gasparetto Lunardi (Pós-doutora, Unesp, Brasil)
Gilberto Bercovici (Livre-docente, USP, Brasil)	Walber de Moura Agra (Pós-doutor, Universidade Federal do Estado de Pernambuco, Brasil)
Gilmar Ferreira Mendes (Doutor, Idp, Brasil)	Walter Claudius Rothenburg (Doutor, Ite, Brasil)
Guilherme Amorim Campos da Silva (Doutor, Fadisp, Brasil)	
Gustavo Binenbojm (Doutor, Uerj, Brasil)	
Ingo Wolfgang Sarlet (Pós-doutor, Puc-Rs, Brasil)	
José Carlos Francisco (Pós-doutor, Mackenzie, Brasil)	

Conselho Editorial Internacional

Antonio-Carlos Pereira Menaut (Doutor, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha)	Krystian Complak (Doutor, University of Wroclaw, Polônia)
Bardo Faßbender (Doutor, University of St. Gallen, Suíça)	Michele Carducci (Doutor, Università di Salerno, Itália)
Bernhard Schlink (Doutor, Humboldt University, Alemanha)	Paulo Ferreira da Cunha (Doutor, Universidade de Porto, Portugal)
Domingo García Belaúnde (Doutor, Universidad Católica, Peru)	Pierdomenico Logroscino (Doutor, Università degli Studi di Bari, Itália)
Francisco Fernández Segado (Doutor, Universidad Complutense de Madrid, Espanha)	Romano Orrú (Doutor, Università di Teramo, Itália)
	Rosemarie Will (Doutora, Humboldt University, Alemanha)
	Toni Fine (Doutor, Fordham University, EUA)

Coordenadora Editorial

Marina Faraco Lacerda Gama

Sumário

PARTE TEMÁTICA

DIREITOS FUNDAMENTAIS DE QUARTA DIMENSÃO: DEMOCRACIA, PLURALISMO E INFORMAÇÃO

DOUTRINA

Artigos

Reforma constitucional e participação popular no Brasil e Espanha: análise comparada

Alessandro Soares	13
1 Introdução	13
2 Reforma constitucional e participação popular direta na Constituição espanhola de 1978	16
2.1 Referendos constitucionais	16
2.1.1 Referendo para reforma ordinário	18
2.1.2 Referendo para reforma extraordinário	20
2.2 Impossibilidade de iniciativa popular em matéria constitucional	23
3 Reforma constitucional e participação popular direta na Constituição brasileira de 1988	25
3.1 Processo de emenda e consulta popular facultativa	25
3.2 Impossibilidade de iniciativa popular legislativa em matéria constitucional	26
4 Análise comparada	27
5 Considerações finais	33
Referências	35

O cenário democrático da participação das mulheres nas candidaturas eleitorais: a visão do novo senso comum de Boaventura de Sousa Santos

Alexandre Coutinho Pagliarini, Zulmar Fachin, Carolina Heloisa Guchel Berri	39
1 Introdução	40
2 Sistema de cotas para candidaturas eleitorais das mulheres no Brasil	41
3 O novo senso comum por Boaventura de Sousa Santos	43
4 Democracia da minoria	49
5 Conclusões	57
Referências	59

Educação para a igualdade em vista do direito fundamental à igualdade de gênero: obrigatoriedade implementação pelas instituições de ensino

Alynne Nayara Ferreira Nunes	63
1 Introdução	63
2 O que de fato é educação para igualdade de gênero?	65
3 Normas e orientações institucionais destinadas à implementação da educação para igualdade de gênero	70
3.1 Da Constituição Federal à Lei de Combate ao <i>Bullying</i>	70

4	Considerações finais	84
	Referências	87
 A democracia participativa e a revogação popular de mandatos (<i>recall</i>): alternativas ao déficit democrático brasileiro		
Gabriela Shizue Soares de Araujo, Juliana Cardoso Ribeiro Bastos		89
1	Introdução	90
2	Evolução do Estado Democrático de Direito e a insuficiência da democracia exclusivamente representativa no século XXI	92
3	Os desafios da democracia participativa no Brasil	96
4	A subutilização da democracia participativa na origem do déficit democrático: uma crise global	100
5	A revogação popular de mandatos como uma proposta para a efetividade da democracia participativa	106
6	Conclusão	109
	Referências	110
 O direito constitucional da informação e alguns problemas do ambiente virtual		
Marcelo Figueiredo		113
1	Introdução	114
2	A veracidade, a qualidade da informação e a pessoa humana	117
3	A neutralidade da rede	121
4	O momento político que antecedeu a promulgação do Marco Civil da Internet no Brasil	122
5	A dimensão internacional do tema	124
6	A dimensão constitucional do tema	125
6.1	O direito à informação no Brasil	126
6.2	A violação da privacidade na internet e o pragmatismo necessário para compreender onde está o problema	128
7	É possível evitar a promiscuidade informacional? Os grandes benefícios do mundo tecnológico e informatizado, seus custos, seus perigos	130
7.1	Desenvolvimento geracional das leis de proteção de dados pessoais	133
8	A crítica ao marco legal no Brasil	134
9	Novos espaços públicos e o chamado governo eletrônico	135
10	A democracia e a informação	138
 O direito à retificação do assento de óbito das vítimas da ditadura militar brasileira e a implementação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos		
Marina Faraco, Felipe Daier		141
1	Introdução	141
2	A continuidade da exceção e o direito à memória e à verdade	143
3	Direito à memória e à verdade como direito fundamental	145
4	O caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil	147
5	O caso João Batista Franco e a implementação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos	148
6	A busca pela retificação do assento de óbito das demais vítimas da ditadura militar como garantia do direito à memória e à verdade	151
7	Conclusão	154
	Referências	155

PARTE GERAL

O direito ao trabalho e o pleno emprego na perspectiva do planejamento estatal	
Marco Aurélio Silveira de Oliveira	159
1 Introdução.....	159
2 O direito ao trabalho e o pleno emprego	161
3 Planejamento estatal.....	164
4 Resgate da função planejamento	170
5 Conclusões	172
Referências	173

A declaração judicial de inconstitucionalidade e seus efeitos: uma análise em perspectiva comparada

Pierre Saidler	177
1 Introdução	177
1.1 Antecedentes históricos	177
1.2 O surgimento do <i>judicial review</i> nos EUA e o dogma da nulidade da lei inconstitucional.....	179
1.3 O nascimento do modelo austriaco e a anulabilidade da lei inconstitucional	181
1.4 Entre a anulabilidade e a nulidade da lei: a difusão de modelos flexíveis.....	183
2 A classificação das modalidades de controle pelo mundo em conformidade com a eficácia temporal das decisões	184
2.1 Introdução à classificação quadripartida	184
2.2 Países que adotam o modelo retrospectivo rígido	185
2.3 Países que adotam o modelo retrospectivo flexível	186
2.4 Países que adotam o modelo prospectivo rígido	186
2.5 Países que adotam o modelo prospectivo flexível	187
3 O modelo brasileiro	188
3.1 Histórico do controle de constitucionalidade no Brasil	188
3.2 Aspectos históricos do debate sobre a nulidade ou anulabilidade da lei inconstitucional.....	189
3.3 A consagração do modelo retroativo flexível	190
4 A lei ainda constitucional, o apelo ao legislador e a eficácia <i>pro futuro</i> das decisões: distinções conceituais	193
4.1 Introdução às técnicas importadas da jurisdição constitucional germânica.....	193
4.2 A lei ainda constitucional e o apelo ao legislador.....	194
4.3 A distinção com relação à eficácia <i>pro futuro</i> das decisões judiciais.....	195
4.4 A análise da aplicação dessas técnicas pelo Supremo Tribunal Federal (STF).....	196
5 Conclusão	198
Referências	199

DOUTRINA ESTRANGEIRA

Da esperança do Constitucionalismo

Paulo Ferreira da Cunha	203
1 Liberdade e Serviços	204
2 Utopia, Constituição e Lei	209
3 Tradição, Saudade, Futuro	212
4 Conclusão	222

Instruções para os autores.....	225
---------------------------------	-----

Reforma constitucional e participação popular no Brasil e Espanha: análise comparada

Alessandro Soares

Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca (USAL) e pela Universidade de São Paulo (USP). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). *E-mail:* alesong@ig.com.br.

Resumo: Este artigo aborda o atual regime constitucional espanhol e brasileiro no que diz respeito à participação direta da cidadania nos processos de alteração constitucional. Nesse contexto, verificaremos de que modo os ordenamentos de ambos os países agregam os mecanismos de democracia direta, como as consultas e as iniciativas populares, aos procedimentos de modificação constitucional. Argumentaremos que o modelo de reforma constitucional acolhido pela Constituição brasileira de 1988 e espanhola de 1978 acarreta um bloqueio à participação popular direta, uma vez que dá preponderância à atuação dos órgãos representativos. Em síntese: tanto em um caso quanto em outro, estamos diante de modelos institucionais conservadores de caráter elitista. Como conclusão, defenderemos a implementação de reformas tendentes a ampliar a participação cidadã direta nos procedimentos de alteração constitucional, principalmente a adoção de iniciativas populares.

Palavras-chave: Democracia direta. Direito Constitucional Comparado. Participação popular. Reforma constitucional.

Sumário: 1 Introdução – 2 Reforma constitucional e participação popular direta na Constituição espanhola de 1978 – 3 Reforma constitucional e participação popular direta na Constituição brasileira de 1988 – 4 Análise comparada – 5 Considerações finais – Referências

1 Introdução

As constituições escritas são textos jurídico-políticos produzidos para perdurar no tempo e reger os conflitos em determinada sociedade. Com efeito, ao refletirem um sistema de instituições públicas, elas devem possibilitar que diversas forças sociais logrem coexistir “de modo hierárquico, durante um período duradouro da vida política de um país”.¹ Correspondem ainda a declarações formais elaboradas com pretensão de eficácia frente a certo contexto social.² Ocorre que, para

¹ LINERA, Álvaro García. *A potência plebeia: ação coletiva e identidades indígenas, operários e populares na Bolívia*. Tradução de Mouzar Benedito e Igor Ojeda. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 281.

² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991, p. 14.

dar maior estabilidade e probabilidade de permanência a um Texto Constitucional, este necessariamente deve ter como característica algum nível de flexibilidade a ponto de possibilitar mudanças e adaptações quanto à realidade histórica a que diz respeito. Por tal razão, pode-se concluir que “é sábio reconhecer que o Texto Constitucional não pode vigorar para sempre, que os mortos não podem governar os vivos, que a vida impõe alteração do ordenamento [...]”.³

Há, então, um vínculo claro entre a possibilidade de mudança e a permanência constitucional. Caso se tratasse de um Texto Constitucional escrito completamente imutável, a ponto de se erguer *in totum* como um conteúdo sacralizado, intangível e que sob nenhuma circunstância fosse passível de mudança, qualquer tipo de alteração, mesmo que pouco substancial, poderia requerer a implementação de processos radicais de ruptura, por exemplo, a realização de uma Assembleia Constituinte e a adoção de um novo texto. Conforme afirmam Pace y Varela, “uma Constituição absolutamente imodificável somente pode ser tolerada ou transgredida diante de tensões sociais”.⁴

Quanto mais flexível é um texto frente a uma realidade em acelerada modificação, maior é a probabilidade de manutenção de sua existência enquanto regente da vida concreta. Note-se que a necessidade, muitas vezes, dita que é preciso mudar para sobreviver.

A “indestrutibilidade” de uma Constituição vincula-se à sua capacidade de adaptar-se a novos contextos democráticos e a novas situações de correlação de força social. Nesse sentido, podemos acompanhar Loewenstein, ao afirmar que “Uma constituição é tanto melhor quanto com mais facilidade é possível efetuar mudanças na estrutura social sem a modificação do processo político”.⁵ Contudo, tal situação faz com que, não raras vezes, dentro dos próprios textos constitucionais, sejam previstos instrumentos de mudança a serem acionados a partir do exercício do poder constituinte derivado. Melhor dizendo, nem sempre é possível garantir a adaptabilidade de uma Constituição a determinado contexto sem afetar o seu conteúdo.

O processo legislativo pode, assim, ter como objeto não só a produção de leis com base em um Texto Constitucional que o regule, mas também a alteração do conteúdo constitucional. Quando no campo teórico se aborda a questão das constituições rígidas e flexíveis, o termo “rigidez” diz respeito simplesmente aos

³ CUNHA, Sérgio Sérvulo da Cunha. *Fundamentos de direito constitucional*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 536.

⁴ Tradução nossa do original: “una constitución absolutamente inmodificable sólo puede resistirse o quebrarse ante las tensiones sociales”. PACE, Alessandro; VARELA, Joaquín. *La rigidez de las constituciones escritas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 20-21.

⁵ Tradução nossa do original: “Una constitución es tanto mejor cuanto con más facilidad pueden efectuarse cambios en la estructura social sin modificación de la mecánica del proceso político”. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 199.

procedimentos institucionais de mudança constitucional. Em outras palavras, na medida em que os requisitos para alterações constitucionais são mais rigorosos do que aqueles demandados para aprovação de leis, estamos diante de um texto rígido. Pode-se falar, sobre esse aspecto, em “constituições com maior ou menor grau de rigidez”.⁶ Nunca, entretanto, de Constituição completamente imutável.

Processos de emenda, revisões e reformas são os instrumentos tradicionais de alterações de uma Carta Política. A profundidade com que cada um desses instrumentos pode alterar textualmente a substância de um Texto depende de cada regramento constitucional.

De acordo com esse cenário, pressupõe-se que processos constituintes, realizados por meio de assembleias e/ou participação popular com vistas a fundar novas bases do Estado, devem ser mantidos a distância e evitados, isto é, passam a ser considerados casos excepcionais, já que tendem a alterar aspectos substanciais de um Texto Constitucional. Em realidade, pode ocorrer que Textos Constitucionais ignorem por completo a possibilidade de convocação de processos constituintes, já que, em última análise, tal previsão no seio de uma Constituição significaria uma cláusula de “suicídio”, de autoeliminação. Aqui reside o velho problema do poder constituinte que nunca se dá por satisfeito e desaparece da cena política – como afirma Negri, o “poder constituinte resiste à constitucionalização”.⁷ Contudo, as conjunturas políticas podem levar à imposição de um processo constituinte.

A partir das considerações anteriores, temos um quadro teórico geral das possibilidades de mudança constitucional. Fato é que, aos processos de alteração constitucional, às vezes se agrega a intervenção direta da cidadania como forma de legitimação democrática. Trata-se de método que visa reforçar politicamente a decisão a ser tomada. Aqui entram em cena os mecanismos de democracia direta – nesse campo, por exemplo, encontramos as iniciativas populares, que capacitam as eleitoras e os eleitores a apresentar propostas de reforma constitucional ou impor a convocação de uma consulta popular sobre uma alteração do Texto Constitucional. Pode-se pensar também que qualquer alteração constitucional demande aprovação em consulta popular referendária antes de entrar em vigor, ou seja, uma consulta de caráter obrigatório.

Neste artigo, propomos explorar o atual regime constitucional espanhol e brasileiro no que diz respeito à participação direta da cidadania nos processos de alteração constitucional, isto é, pretendemos verificar de que modo os

⁶ VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 2011, p. 50.

⁷ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre alternativas da modernidade*. São Paulo: Lamparina, 2015, p. 1.

ordenamentos de ambos os países agregam os mecanismos de democracia direta, como o referendo e as iniciativas populares, aos processos de modificação constitucional. Argumentaremos que o modelo de reforma constitucional colhido pela Constituição brasileira de 1988 e espanhola de 1978 acarreta um bloqueio à participação popular direta, uma vez que dá preponderância à atuação dos órgãos representativos nos processos de alteração constitucional. Em síntese: tanto em um caso quanto em outro, estamos diante de modelos conservadores de caráter elitista.

Procurando dar fundamentação a esse argumento, de início, iremos identificar separadamente como na Constituição de cada um dos países em comento foram regulados os processos de alteração constitucional e de que maneira está autorizada a intervenção direta da cidadania em tais processos. Após essa exploração preliminar, em que teremos já notado aspectos restritivos democráticos em ambos os ambientes institucionais, partiremos para uma abordagem comparativa em que se realçará o domínio elitista conservador presente no regime brasileiro e espanhol. Por fim, advogaremos por reformas tendentes a ampliar a participação popular direta nos procedimentos de alteração constitucional, principalmente a adoção de iniciativas populares relativas ao tema.

2 Reforma constitucional e participação popular direta na Constituição espanhola de 1978

2.1 Referendos constitucionais

Para iniciar o debate, impõe-se observar que a Constituição espanhola de 1978 prevê a realização de consultas referendárias no processo de sua reforma, traço que denota à primeira vista um aspecto democrático progressista de seu conteúdo. Note-se que, ao longo de quase toda a história constitucional do país, não encontramos a previsão de realização de referendo popular para ratificação de reforma constitucional. Assim, ressalta González que, “nas Constituições de 1837 e 1876, reconhecia-se às Cortes, por meio do procedimento legislativo ordinário, o poder de reforma da Constituição. Em outras Constituições, como as de 1812 e 1869, estabeleciam-se trâmites para levar a cabo a reforma, mas sem chegar a exigir a celebración de un referéndum”.⁸

⁸ Tradução nossa do original: “en las Constituciones de 1837 y 1876 se reconocía a las Cortes, a través del procedimiento legislativo ordinario, el poder de reforma de la Constitución. En otras Constituciones, como las de 1812 y 1869, se establecían trámites agravados para llevar a cabo la reforma pero sin llegar a exigir la celebración de un referéndum”. GONZÁLEZ, José Luis. *El referéndum en el sistema español de participación política*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 2005, p. 47. Ver também: ARAUJO, Joan Oliver. Encuesta sobre el referéndum. *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, n. 30, p. 11-56, 2012. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/view/514>. Acesso em: 18 jul. 2017.

Com efeito, na atual Carta Política espanhola, existem duas modalidades de reforma constitucional: uma ordinária, prevista no art. 167, cujo objetivo são alterações, em tese, menos importantes e parciais, e outra extraordinária, ditada pelo art. 168, regulando as mudanças de caráter mais essencial e total. Em ambos os casos, conforme veremos a seguir, aparece a figura do referendo popular de ratificação como parte do procedimento, mas com contornos distintos em cada situação. Na hipótese do art. 167, a sua celebração é facultativa, enquanto na do art. 168, obrigatória.

Impende destacar que, durante o processo constituinte espanhol (1977-1978), a proposta original de incorporar o referendo de ratificação constitucional contemplava uma redação que implicava a existência apenas de uma consulta, cuja celebração seria obrigatória, não fazendo qualquer tipo de referência a uma consulta de natureza facultativa. Quanto a isso, observe-se a seguir o que dizia o anteprojeto de Constituição, versão do *Boletim Oficial das Cortes* de 1º de janeiro de 1978, art. 158 (que de início regulava essa modalidade de participação direta):

Artigo 158

1. Os projetos de reforma constitucional deverão ser aprovados por uma maioria de três quintos em cada uma das Câmaras. Se não houver acordo entre ambas, intentar-se-á obtê-lo mediante a criação de uma Comissão mista, de composição proporcional, integrada por Deputados e Senadores, que procurará apresentar um texto que será votado pelo Congresso e pelo Senado.
2. Caso não se consiga a aprovação mediante o procedimento do parágrafo anterior, e sempre que o texto obtiver o voto favorável da maioria absoluta no Senado, o Congresso, por maioria de dois terços, poderá aprovar a reforma.
3. Aprovada a reforma pelas Cortes Gerais, será submetida a referendo para a sua ratificação.⁹

Segundo Nárdiz, esse artigo começou a passar por alterações a partir de uma emenda – nº 373 – apresentada por socialistas no Congresso, a qual estabelecia que o referendo de ratificação constitucional deixaria de ser obrigatório e

⁹ Tradução nossa do original: “*Artículo 158 – 1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos en cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión mixta, de composición proporcional, integrada por Diputados y Senadores, que procurará presentar un texto que será votado por el Congreso y el Senado. 2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta en el Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación*”. ESPANHA. *Boletín Oficial de las Cortes*, n. 44, p. 797, 5 jan. 1978. Disponível em: http://www.congreso.es/public_oficiales/LO/CONG/BOCG/BOC_044.PDF. Acesso em: 3 jul. 2017.

passaria a ser facultativo, acrescentando ainda que a “sua convocatória depende-ria de que a solicitasse, ao menos, 20% dos membros das Câmaras em um prazo de 15 dias, a contar da aprovação da reforma da Constituição”.¹⁰ Por fim, como já apontado, adotou-se uma redação constitucional abrangendo duas modalidades referendárias ratificatórias: facultativa e obrigatória. Importa agora verificar como se dão esses procedimentos e de que modo pode ocorrer a intervenção popular direta.

2.1.1 Referendo para reforma ordinário

Para a aprovação de projetos de reforma constitucional ordinária, o art. 167.1 da Constituição espanhola impõe a necessidade de aprovação por 3/5 dos integrantes de cada uma das Câmaras que compõem as Cortes Gerais (Congresso de Deputados e Senado). Se não houver acordo entre estas, será tentada a aprovação das reformas mediante a conformação de uma Comissão de composição paritária de deputados e senadores, a qual apresentará um texto a ser votado nas referidas casas legislativas. Caso a aprovação não ocorra nessa forma estipulada, mas o projeto de reforma constitucional obtenha o voto favorável da maioria absoluta do Senado, o Congresso, por maioria de 2/3, poderá sancioná-lo.

Após as Cortes Gerais darem anuência ao projeto de reforma constitucional, este poderá ainda ser submetido à ratificação popular, desde que seja solicitado, nos quinze dias seguintes, por 1/10 dos integrantes de qualquer uma das Câmaras, consoante o art. 167.3 do Texto Constitucional. Trata-se de um referendo de execução facultativa.

Por atuação de apenas 10% dos deputados ou senadores, o projeto poderá ser forçado a passar por um referendo popular. Como esse número é baixo e fácil de alcançar, significa que somente propostas de reformas constitucionais que gozem de ampla aceitação entre os parlamentares terão condições de serem aprovadas sem a necessidade de consulta à cidadania posteriormente. Isso leva Villalon a afirmar que essa modalidade de reforma “exige, quase inevitavelmente, a sua ratificação popular. Em matéria constitucional, então, o referendo é praticamente obrigatório, e os seus efeitos, evidentemente, vinculantes”.¹¹ Crítico a isso, Muro sentencia que:

¹⁰ Tradução nossa do original: “su convocatoria dependiera de que la solicitara, al menos, el 20% de los miembros de las Câmaras en un plazo de 15 días a contar desde la aprobación de la reforma de la Constitución”. NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. El debate en torno a los mecanismos de democracia participativa durante el proceso constituyente español. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 67/68, p. 176, 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3903171>. Acesso em: 5 jul. 2017.

¹¹ Tradução nossa do original: “exige, casi inexcusablemente, su ratificación popular. En materia constitucional, pues, el referéndum es prácticamente obligatorio y sus efectos, por supuesto, vinculantes”.

[...] seria possível defender, portanto, ou a desaparição desse referendo facultativo, ou elevar o quórum necessário para propô-lo, de modo que somente setores verdadeiramente relevantes das Câmaras, que em caso algum devem ficar à margem dos processos constitucionais, possam forçar a sua celebração.¹²

Para González, todavia, esse poder de iniciativa que 10% dos parlamentares têm em forçar uma consulta popular sobre uma reforma constitucional tramitando corresponde a uma garantia de proteção aos direitos das minorias no Legislativo.¹³ Na mesma ordem de ideias, Vega afirma que, com essa modalidade referendária, “pretende-se proteger as minorias diante de possíveis e hipotéticos abusos das maiorias parlamentares, que encontrarão no apelo ao povo [*l'appel au peuple*] o freio mais efetivo a qualquer veleidade de se converter em poder constituinte e soberano”.¹⁴

Uma vez aprovado o projeto de reforma pelas Cortes, abre-se o prazo de 15 dias para que uma quantidade de no mínimo 10% dos parlamentares, número que pode ser de deputados ou senadores, apresente solicitação para a realização de referendo.

Consoante o art. 7º da Lei Orgânica sobre as distintas modalidades de referendo (L.O. nº 2/1980), para a realização dessa consulta, as Cortes deverão comunicar previamente o Presidente do Governo quanto ao projeto de reforma constitucional aprovado que será objeto da consulta. Recebida essa comunicação, a convocação do referendo deverá ocorrer no prazo de 30 dias, e a sua celebração será efetiva nos 60 dias seguintes. A comunicação quanto ao projeto de reforma a ser submetido a referendo impõe à chefia do Governo apenas aceitar o fato consumado, melhor dizendo, o presidente “está obrigado a referendar a convocatória de

VILLALON, Pedro Cruz. *El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional*. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 13, p. 165, jan./fev. 1980. Ver também: ARAUJO, Joan Oliver. *El referéndum en el sistema constitucional español*. *Revista de Derecho Político*, n. 29, p. 149, 1989. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8421>. Acesso em: 5 jun. 2017.

¹² Tradução nossa do original: “*podría propugnarse, por tanto, o bien la desaparición de este referéndum facultativo, o elevar el quórum necesario para proponerlo, de modo que solamente sectores verdaderamente relevantes de las Cámaras, que en ningún caso deben quedar al margen de los consensos constitucionales, puedan forzar su celebración*”. MURO, Ignacio Torres. Encuesta sobre el referéndum. *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, n. 30, p. 39, 2012. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/view/514>. Acesso em: 18 jul. 2017.

¹³ GONZÁLEZ, José Luis. *El referéndum en el sistema español de participación política*, p. 49; SGARBI, Adrian. *O referendo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 383-384.

¹⁴ Tradução nossa do original: “*se intenta proteger a las minorías frente a posibles e hipotéticos abusos de las mayorías parlamentarias, que encontrarán en l'appel au peuple el freno más efectivo a cualquier veleidad de convertirse en poder constituyente y soberano*”. VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 145.

consulta nos prazos indicados, sem que possa fiscalizar a correção ou incorreção do desenvolvimento do procedimento seguido até então".¹⁵

Não há quórum mínimo de participação como requisito de validade para os referendos de reforma constitucional nem número mínimo de votos afirmativos para a aprovação da proposta.¹⁶ A decisão popular nesse referendo é vinculativa, pois o Poder Público recebe uma ordem imperativa da cidadania.¹⁷

2.1.2 Referendo para reforma extraordinário

Quanto ao procedimento de reforma extraordinária, temos que o art. 168.1 da Carta Política espanhola rege todas as propostas de revisão total da Constituição ou que tenham por objetivo uma revisão parcial que afete o Título Preliminar (arts. 1º ao 9º); o Capítulo Segundo, Seção Primeira do Título I (arts. 14 ao 29 – *dos direitos fundamentais e das liberdades públicas*); ou o Título II (arts. 56 ao 65 – *da Coroa*). Desde já, convém observar que a existência desse artigo se dá em razão da matéria constitucional a ser alterada pelo projeto de reforma. Caso o resultado de tal projeto implique modificações de maior amplitude e intensidade, conforme considerado pela própria Constituição, o caminho a ser adotado é o do art. 168.

Levando em conta que esse modelo de reforma é aplicado quando houver projetos de maior relevância constitucional, o mesmo art. 168.1 da Constituição impõe que deverá haver aprovação por 2/3 dos membros de cada uma das Câmaras (Senado e Congresso dos Deputados). Alcançado esse quórum, ocorrerá a dissolução imediata das Cortes. Na sequência, serão eleitas novas Câmaras, as quais irão ratificar a decisão e proceder ao estudo do novo Texto Constitucional, que deverá ser aprovado por maioria de 2/3 em cada uma das Casas Legislativas, consoante determina o art. 168.2. Uma vez aprovada, a proposta será submetida obrigatoriamente a referendo ratificatório.

Resulta do exposto que o art. 168 da Constituição espanhola estabelece um procedimento de reforma constitucional extraordinariamente agravado,¹⁸ excessivamente complexo¹⁹ e de quase inviável realização. A rigidez constitucional

¹⁵ Tradução nossa do original: "está obligado a refrendar la convocatoria de la consulta en los plazos indicados, sin que pueda entrar a fiscalizar la corrección o incorrección del desarrollo del procedimiento seguido hasta entonces". GONZÁLEZ, José Luis. *El referéndum en el sistema español de participación política*, p. 50.

¹⁶ NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. Análisis comparado de la práctica del referendo nacional en España y Colombia desde la aprobación de las constituciones de 1978 y 1991. *Revista Amauta*, Barranquilla (Colombia), n. 25, p. 28, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://investigaciones.uniallantico.edu.co/revistas/index.php/Amauta/article/view/1274>. Acesso em: 11 jul. 2017.

¹⁷ SGARBI, Adrian. *O referendo*, p. 383.

¹⁸ ARAUJO, Joan Oliver. *El referéndum en el sistema constitucional español*, p. 150.

¹⁹ PARDO, Ignacio de Otto y. La Constitución de 1978 en la historia constitucional española. In: SARASOLA, Ignacio Fernández (Coord.). *Ignacio de Otto*. Madrid-Oviedo: CEPC-Universidad de Oviedo, 2010, p. 1.534. (Obras completas).

nesses termos seria praticamente absoluta.²⁰ Por esse motivo, Araujo diz que “a soma de eleições obrigatórias mais referendo obrigatório não responde tanto a uma vontade democrática, mas a um desejo de retardar o quanto for possível uma reforma das partes superprotegidas da Constituição”.²¹ Muro também não poupa críticas nesse sentido, ressaltando que:

[...] o procedimento de reforma previsto no art. 168 da CE é simplesmente disparatado, e mais valeria ter incluído no Texto Constitucional as correspondentes cláusulas de intangibilidade, tão criticadas, mas que ali onde existem têm ao menos a decência de limitar os seus efeitos a decisões verdadeiramente fundamentais.²²

Dessarte, o referendo obrigatório previsto no encadeamento do processo de reforma constitucional do art. 168 parece responder mais à demanda de proteção da Constituição diante de possíveis reformas do que a um desejo de ampliação da participação cidadã.²³ A impressão que fica realmente é a de que o constituinte não quis arrolar de maneira exaustiva, no plano da Constituição, as regras materiais que teriam proteção especial em caso de tentativa de modificação por parte do legislador ordinário. Preferiu, pois, deixar aberta a Constituição *in totum* a possíveis alterações; no entanto, ao desenhar os procedimentos aplicáveis a tal fim, acabou gerando, aparentemente, um alto grau de enrijecimento de cláusulas constitucionais. É como se com uma mão o Texto Constitucional colocasse em disponibilidade todo o seu conteúdo, dando ensejo à acusação de que estaria adotando um ponto de vista de indiferença valorativa,²⁴ e com a outra (o procedimento) impedisse completamente qualquer alteração. Correspondia, assim, a uma espécie de truque constitucional.²⁵

²⁰ OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistemas e fuentes*. Barcelona: Ariel, 1988, p. 59.

²¹ Tradução nossa do original: “*la suma de elecciones obligatorias más referéndum preceptivo no responde tanto a una voluntad democrática, como al deseo de entorpecer todo lo posible una reforma de las partes super protegidas de la Constitución*”. ARAUJO, Joan Oliver. *Encuesta sobre el referéndum*, p. 41.

²² Tradução nossa do original: “*el procedimiento de reforma previsto en el art. 168 CE es simplemente disparatado, y más valía haber incluido en el texto constitucional las correspondientes cláusulas de intangibilidad, tan criticadas, pero que allí donde existen tienen al menos la decencia de limitar sus efectos a decisiones verdaderamente fundamentales*”. MURO, Ignacio Torres. *Encuesta sobre el referéndum*, p. 42.

²³ Quanto a isso, lembra Sola: “*En cualquier caso el debate constituyente se centró más en el grado de rigidez del texto y en la configuración de dos procedimientos diferentes para la reforma, que en los términos concretos de la participación ciudadana en los mismos*”. SOLA, Nicolas Perez. *La regulación constitucional del referéndum*. Jaén: Universidad de Jaén, 1994, p. 138. Em suas críticas, Vega diz que: “*El mecanismo es tan complejo y políticamente tan costoso que se puede indicar de antemano que no funcionará jamás. Más que de un procedimiento de reforma se debería hablar de un procedimiento para evitar la reforma*”. VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 148.

²⁴ OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistemas e fuentes*, p. 64.

²⁵ É muito importante observar que, nas análises valorativas trazidas nesse ponto, os autores concluem que o procedimento formal juridicamente estabelecido pelo Texto Constitucional deu ensejo a uma rigidez extrema de seu conteúdo, o que por si só impediria a realização de reformas. Trata-se, ao menos em tese, de uma abordagem normativa. Em verdade, contudo, essas análises já levam em conta a prática espanhola

Na visão de García, a redação do art. 168 da Constituição se explica “pelas particularidades que acompanham o processo de transição política, tendo em conta o desejo de fundamentar solidamente o valor normativo da Constituição”.²⁶

De fato, é no processo de transição e no jogo político dos atores nas Cortes Constituintes de 1977-1978 que encontramos a razão de ser do modelo procedimental de reforma constitucional previsto no art. 168 e, por consequência, do referendo obrigatório lá entabulado. Araujo declara que os partidos conservadores, com maioria absoluta nas Cortes, tinham o desejo de tornar imodificável o regime monárquico, mas não tinham interesse em deixar isso expressamente dito no Texto Constitucional em elaboração, isto é, não tiveram coragem de propor a instituição de “cláusulas pétreas” quanto a esse ponto.²⁷ A estratégia era manter a possibilidade de alteração das regras que determinavam o regime de Monarquia a partir de um procedimento tão rigoroso que fosse quase impossível para as forças progressistas alcançarem esse objetivo, mesmo em um futuro em que tivessem maioria.

Eis então que, disposto no art. 168 da Constituição, protegido por seus termos, encontramos o Título Preliminar, art. 1.3, ditando que a forma política do Estado espanhol é a Monarquia parlamentar, bem como o Título II, que trata da Coroa indicando, de chofre, em seu art. 56, que o Rei é o Chefe de Estado. Com essa configuração, estava protegida a Monarquia de possíveis ameaças de alterações constitucionais, e isso correspondia a uma cláusula de intangibilidade encoberta.²⁸ Logicamente, as forças progressistas e à esquerda do espectro

na qual as reformas constitucionais são de ocorrência rara, como veremos. Nessa medida, a hipótese da excessiva rigidez é comprovada pela perene aplicação dos mecanismos de reforma. Royo discorda dessa perspectiva e destaca que a questão é exclusivamente política, e não jurídica. As dificuldades de implementar reformas na Constituição espanhola se devem menos às dificuldades técnicas do procedimento de reforma do que a certa percepção política de que não se pode arriscar mudanças nesse sentido, tendo em vista que colocaria em questão a Monarquia e, principalmente, a articulação territorial do Estado. ROYO, Javier Pérez. Una asignatura pendiente: la reforma de la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 69, año 23, p. 215-235, set./dez. 2003. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=371>. Acesso em: 20 jul. 2017. Ver também: ROYO, Javier Pérez. *La reforma constitucional inviable*. 2. ed. Madrid: Catarata, 2015, p. 9-32.

²⁶ Tradução nossa do original: “*pelas particularidades que acompañan al proceso de transición política y teniendo en cuenta el deseo de fundamentar sólidamente el valor normativo de la Constitución*”. GARCÍA, Eloy. Encuesta sobre el referéndum. *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, n. 30, p. 36, 2012. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/view/514>. Acesso em: 18 jul. 2017.

²⁷ ARAUJO, Joan Oliver. *Encuesta sobre el referéndum*, p. 42. Para Alzaga, os constituintes “*fueron suficientemente conscientes de que las solemnes declaraciones constitucionales de inalterabilidad, con frecuencia, olvidan que, según cabe decir, parafraseando a Hedemann, ‘sólo la Biblia se ha escrito para miles de años’, y que en consecuencia estos límites tan absolutos a la reformabilidad del texto constitucional, de puro pretenciosos, pueden tener eficacia nula, según acreditan numerosos casos a lo largo de la Historia [...]*”. ALZAGA, Oscar. *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. Madrid: Ediciones del Foro, 1978, p. 967.

²⁸ ARAUJO, Joan Oliver. *Encuesta sobre el referéndum*, p. 42.

político e ideológico utilizaram-se da rigidez embutida no art. 168 e puderam ver direitos e garantias individuais ali também arrolados.²⁹

Pelo exposto até aqui, comprehende-se que o referendo refletindo momento particular do procedimento de reforma constitucional do art. 168 corresponde a um dos obstáculos a serem ultrapassados para que qualquer reforma proposta seja aprovada. González entende que, como esse referendo é de realização necessária e pode abranger praticamente todo o conteúdo constitucional, sem limites materiais, a cidadania, ao se manifestar nele, atua como autêntico poder constituinte.³⁰

2.2 Impossibilidade de iniciativa popular em matéria constitucional

Cabe ainda verificar um último aspecto quanto à participação popular direta nos processos de reforma constitucional no regime espanhol. Conforme já observado, as alterações no corpo da Carta Política dependem de um processo legislativo prévio em que pode ocorrer, de acordo com o caso, a intervenção popular por meio de manifestação em consulta referendária. Devemos, então, perguntar: não teria a cidadania capacidade jurídica de dar impulso inicial a uma convocação de referendo versando sobre modificações constitucionais? Ou ainda: seria possível que uma fração das eleitoras e dos eleitores, a partir da coleta de apoios, apresente projeto legislativo de iniciativa popular com vistas a alterar a Constituição?

Impende observar que, nos debates constituintes de 1977-1978, a proposta inicial de redação do instituto da iniciativa popular possibilitava diversas oportunidades de os cidadãos participarem diretamente do processo político institucional; assim, previa-se, por exemplo, a iniciativa para: aprovar lei; convocar referendo revogatório de lei; convocar referendo ratificatório de projeto de lei aprovado pelas Cortes Gerais; e convocar referendo consultivo sobre qualquer matéria, inclusive constitucional.³¹ Todas essas propostas desapareceram conforme o processo constituinte se desenvolvia, demonstrando o espírito crítico e restritivo com que os constituintes viam os mecanismos de democracia direta. Em realidade, restou apenas a iniciativa popular legislativa.

²⁹ Sobre essa conjuntura política específica, ver: WEINGAST, Barry R. Constructing self-enforcing democracy in Spain. In: OPPENHEIMER, Joe; MORRIS, Irwin (Eds.). *From anarchy to democracy*. Stanford: Stanford Press, 2004, p. 37. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153464. Acesso em: 20 jul. 2017; PRADERA, Javier. *La transición española y la democracia*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 88-89.

³⁰ GONZÁLEZ, José Luis. *El referéndum en el sistema español de participación política*, p. 50.

³¹ NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. *El debate en torno a los mecanismos de democracia participativa durante el proceso constituyente español*, p. 172.

Com efeito, ao tratar da iniciativa em matéria legislativa, o art. 87.1 da Constituição espanhola atribui esse poder ao Governo, ao Congresso e ao Senado, devendo em todo caso seguir o regulado pela Constituição e pelas próprias Câmaras. É, contudo, no art. 87.3 que encontramos a possibilidade de uma lei orgânica regular³² as formas e os requisitos para que a cidadania diretamente apresentasse uma proposta de lei. Isso significa que a Constituição delega ao legislador ordinário a competência de ditar regras sobre a iniciativa legislativa popular. O Texto Constitucional, contudo, já estabelece um número mínimo de apoios necessários para a apresentação da proposta popular – 500.000 assinaturas. A lei poderá ampliar essa quantidade de assinaturas, estando vedada a sua redução. Em resumo, há um piso de apoios preestabelecido na Carta Política espanhola.

O questionamento que nos interessa fazer em face do propósito deste artigo diz respeito à possibilidade de apresentação de uma iniciativa popular legislativa em matéria constitucional. No art. 166 da Constituição, ficou estabelecido que a iniciativa de reforma constitucional deverá ser exercida seguindo as regras dos arts. 87.1 e 87.2 do Texto Constitucional, não fazendo referência ao art. 87.3, exatamente o que trata da iniciativa legislativa popular. Com isso, restou apenas ao intérprete constatar que o constituinte vedou à cidadania a possibilidade de apresentar diretamente o projeto de iniciativa popular em matéria de reforma constitucional, o que, para Linera, conduz a uma contradição com o princípio da soberania popular previsto no art. 1.2 da própria Constituição.³³

Quanto à impossibilidade de iniciativa popular legislativa para alterações constitucionais, interessante observar que o art. 157 do anteprojeto de Constituição (5 de janeiro de 1978) ditava que “a iniciativa de reforma constitucional será exercida em termos do artigo oitenta”.³⁴ Lançando o nosso olhar sobre o art. 80 do anteprojeto, vemos que este regulava alguns aspectos relevantes da iniciativa legislativa. Essas regras, segundo regra do art. 157, seriam aplicáveis aos referendos de reforma constitucional. O art. 80.4 do anteprojeto determinava que poderia ser submetida ao Congresso proposta de lei articulada e motivada, desde que apresentada com o apoio (assinaturas) de 500 mil eleitores, vedando tal iniciativa apenas nos casos de projetos que versem sobre matéria tributária, internacional ou prerrogativa de graça. Como se pode concluir pela redação do

³² A norma infraconstitucional que regula o exercício da iniciativa popular é a Lei Orgânica nº 3, de 26 de março de 1984, cuja última modificação é de 31 de março de 2015.

³³ LINERA, Miguel Ángel Presno. *La democracia directa y la falacia de sus riesgos*. In: GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez (Coord.). *La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política*. Granada: Comares, 2014, p. 88. Ver também: VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 134.

³⁴ Tradução nossa do original: “*la iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos del artículo ochenta*”. ESPANHA. *Boletín Oficial de las Cortes*, p. 697.

anteprojeto, não estava excluída a possibilidade de iniciativa popular em matéria de reforma constitucional, ou melhor, “tal coisa não estava prevista em termos tão excludentes”.³⁵

3 Reforma constitucional e participação popular direta na Constituição brasileira de 1988

3.1 Processo de emenda e consulta popular facultativa

A Constituição brasileira de 1988 traz a possibilidade de que alterações quanto ao seu conteúdo sejam realizadas por meio da apresentação de emendas. Assim, dita o seu art. 60, §2º, que cada um dos dois órgãos que compõem o Congresso Nacional, isto é, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, devem debater e votar duas vezes (dois turnos) a proposta de emenda constitucional, sendo aprovada se receber, em todos esses casos, o voto de ao menos 3/5 dos respectivos membros. Uma vez aprovada a emenda, esta não se submete a voto ou sanção presidencial, o que significa dizer que, formalmente, o Poder Legislativo é soberano e detém o monopólio decisório final no processo de alterações constitucionais.

A Carta Política, no entanto, impõe limites expressos quanto ao objeto das emendas, ditando que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (i) a forma federativa de Estado; (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação de Poderes; e (iv) os direitos e garantias individuais. Trata-se, como se observa, de cláusulas de intangibilidade ou pétreas, conteúdos que não podem sofrer qualquer emenda que tenda a gerar a sua eliminação do ordenamento jurídico. Em tese, somente podem ser eliminadas ou sofrer medidas tendentes a criar restrições mediante um processo de ruptura.³⁶ Consustanciando uma cláusula de intangibilidade implícita, não se pode alterar o procedimento de reforma,³⁷ pois, se isso fosse possível, haveria a probabilidade de relativização da própria ideia de intangibilidade acolhida pelo Texto Constitucional. Como limite temporal, não se poderá emendar a Constituição na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio.

Note-se que, em relação à aprovação de reformas, não há na sistemática do Texto Constitucional brasileiro obrigatoriedade de convocação de consulta popular. Isso não significa que esta não possa ser convocada em certas ocasiões, mas que a sua realização não tem caráter obrigatório em face da necessidade de

³⁵ Tradução nossa do original: “*tal cosa no estaba prevista en términos tan excluyentes*”. LINERA, Miguel Ángel Presno. *La democracia directa y la falacia de sus riesgos*, p. 86.

³⁶ CUNHA, Sérgio Sérvulo da Cunha. *Fundamentos de direito constitucional*, p. 538.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 70.

se aprovar uma emenda. Dessarte, de forma facultativa poderão os membros do Congresso Nacional, nos termos do art. 49, XV, da Constituição, autorizar referendo ou convocar plebiscito tratando de emendas constitucionais. Convém observar que essa é uma competência exclusiva dos integrantes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, de modo que não tem a cidadania poder de iniciativa quanto a consultas populares.

3.2 Impossibilidade de iniciativa popular legislativa em matéria constitucional

Resta ainda nos perguntarmos sobre o poder de iniciativa legislativa para as reformas constitucionais. Já sabemos que na Constituição brasileira não há previsão de consulta popular (referendo ou plebiscito) de celebração obrigatória quando se tratar do trâmite de uma emenda. Mais do que isso, eleitoras e eleitores não estão habilitados a dar impulso à convocação de consultas populares em temas constitucionais, pois que não detêm esse poder de iniciativa. Entretanto, não teria a cidadania pelo menos a faculdade de impulsionar um projeto de emenda constitucional, apresentando-o perante o órgão Legislativo?

De fato, a Constituição brasileira de 1988, no rol dos mecanismos de democracia direta estipulados em seu art. 14, traz pela primeira vez na história do País o instrumento da iniciativa popular. Procurando dar maior determinação a esse mecanismo, o art. 61 da Carta Política prevê que a iniciativa de leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional; ao Presidente da República; ao Supremo Tribunal Federal; aos Tribunais Superiores; ao Procurador-Geral da República; e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos na Constituição.

Todos esses atores políticos estão habilitados a apresentar propostas de lei complementar ou ordinária para o devido trâmite no âmbito do Legislativo. À cidadania é legítimo apresentar projetos de lei; contudo, deve fazê-lo na forma e nos casos previstos na Lei Maior. Dessa forma, o §2º do próprio art. 61 dita que a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Observe-se que a proposta de iniciativa legislativa popular deve ser apresentada à Câmara dos Deputados, e não perante o Senado Federal. Com efeito, projetos de caráter popular iniciam o seu trâmite na Casa popular do Congresso Nacional. Para que seja aceita a proposta, será necessário conseguir o apoio de, no mínimo, 1% do eleitorado nacional; no entanto, este não pode estar concentrado

em um único Estado-membro da federação, devendo ser distribuído em 5 Estados pelo menos. Isso significa que é preciso haver uma articulação mais ampla para que se consiga alcançar o número mínimo de respaldos requeridos. Outro ponto importante é o de que em cada um dos 5 Estados deverá haver o apoio de, ao menos, 0,3% de eleitores.

O aspecto que nos interessa destacar é o de que a Constituição brasileira não abre possibilidade de iniciativa popular legislativa em matéria constitucional, limite implícito na medida em que o art. 61 somente se refere à lei ordinária e complementar.³⁸ Impõe-se ainda verificar que o art. 60, ao arrolar os legitimados a apresentar projetos de emenda constitucional, não faz qualquer referência à cidadania, indicando apenas que esse poder está nas mãos de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República e de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

É verdade que talvez, por interpretação congruente com o princípio da soberania popular estampado no art. 1º da própria Constituição, poderíamos afirmar que essa possibilidade existe, isto é, que, utilizando-se as regras de iniciativa legislativa, a cidadania estaria habilitada também a propor projetos de emendas. De todo modo, o que se verifica é que a Constituição explicitamente não abre essa possibilidade; assim, no atual regime de alterações constitucionais do Brasil, há um monopólio por parte dos órgãos representativos.

Impende observar ainda que, no processo constituinte de 1987-1988, “até a votação no Plenário, anteprojetos e projetos admitiam, expressa e especificamente, a iniciativa e o referendo populares em matéria de emenda constitucional. No Plenário, contudo, os conservadores derrubaram essa possibilidade”.³⁹ Diante desse contexto, podemos concluir que o legislador constitucional quis objetivamente restringir o princípio de soberania popular do campo das iniciativas quando estas tratassem de assunto envolvendo alterações de natureza constitucional.

4 Análise comparada

Uma análise comparativa inicial entre os métodos de alteração constitucional adotados pelas atuais Constituições brasileira e espanhola nos revela de chofre um ponto de proximidade entre os dois sistemas. Em ambos os casos,

³⁸ Fleury ressalta que, apesar disso, algumas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais asseguram esse direito à população. FLEURY, Sonia. Iniciativa popular. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2006, p. 98.

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 65.

conscientemente, o legislador constituinte procurou erguer um bloqueio à participação popular, dando preponderância aos órgãos representativos no trâmite de reformas e emendas. Nesse sentido, os modelos evidenciam contornos conservadores na medida em que privilegiam acordos entre elites, abrindo espaço para a captura do Estado por grupos sociais com poder econômico. Sobre esse aspecto, Ferrajoli menciona a existência de “poderes selvagens” que esvaziam o regime democrático.⁴⁰ Não significa, evidentemente, que os desenhos normativos que determinam o caminho a ser seguido para a reforma desses Textos Constitucionais sejam idênticos, mas, sim, que a resultante é similar.

Em realidade, a Constituição brasileira simplifica o problema ao colocar completamente fora da órbita da cidadania os procedimentos de emendas. Iniciativas populares sobre temas constitucionais inexistem na Constituição, bem como não se prevê qualquer tipo de consulta de celebração obrigatória para aprovação de emendas. Com esse cenário geral, não surpreende que as regras sobre emendas estejam mediadas por um encadeamento de atos pouco complexos dominados pelos órgãos legislativos. A situação no Texto espanhol não se dá da mesma forma. Se por um lado, de maneira similar ao regramento brasileiro, não há na Carta espanhola previsão de iniciativas populares em matéria constitucional, por outro, explicitamente, esta se refere à ocorrência de referendo no desenvolvimento dos processos de reformas.

Para termos clareza quanto à situação, devemos reafirmar que no contexto constitucional espanhol há um duplo caminho de reforma: uma ordinária, estabelecida em seu art. 167, que possibilita a implementação de consulta referendária facultativa se 10% dos representantes de qualquer uma das Casas legislativas (Congresso de Deputados e Senado) assim desejarem, e outra extraordinária, prevista no art. 168, segundo a qual há a necessidade de convocação de uma consulta obrigatória ao final do processo. Nessa ordem de ideias, temos que o desenho normativo espanhol é, sem dúvida, mais complexo que o brasileiro.

Das constatações delineadas anteriormente, impende observar que alguém poderia chegar à conclusão inversa da que estamos procurando defender neste artigo, ou seja, a de que o regime espanhol, ao introduzir o referendo constitucional nos procedimentos de reforma, se mostra progressista em face do que determina o ordenamento brasileiro. De fato, o que ocorre é que na Carta espanhola existe um desenho participativo enganoso,⁴¹ principalmente quanto aos referendos.⁴² Assim, qualquer avaliação otimista quanto à participação popular na Constituição

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014, p. 139.

⁴¹ ARAUJO, Joan Oliver. *El referéndum en el sistema constitucional español*, p. 115-182.

⁴² MARTÍN, Joan Ridao i. La crisis de la representación en España y los déficits de participación política: el limitado alcance de la institución referendaria. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 224, 2015.

espanhola pode ser precipitada.⁴³ O elitismo conservador dos sistemas de alteração constitucional nos regramentos brasileiro e espanhol aparecem claramente na dinâmica de reformas implementadas em cada um desses países. Tanto em um caso como no outro, revela-se um domínio oligárquico nos procedimentos de reforma.

Já vimos que a Constituição brasileira de 1988 confere à representação parlamentar competência preponderante no procedimento de alteração de seu conteúdo. Na realidade, a entrada em vigor de uma emenda é decidida no jogo entre poderes (Legislativo e Executivo), sendo excluída, em princípio, a vontade popular. Não surpreende, nesse sentido, que até junho de 2017 a Constituição brasileira tenha recebido 96 emendas,⁴⁴ situação inversa ao que ocorre no cenário espanhol, em que a Carta Política de 1978 foi objeto de apenas duas reformas ordinárias seguindo o rito do art. 167, uma em 1992 e outra em 2011 □ em nenhuma delas celebrou-se referendo, que era de convocação facultativa.

Já no atual sistema constitucional espanhol, somente uma proposta que tenha consenso quase absoluto entre as forças políticas poderá escapar de ser submetida a referendo ordinário, não esquecendo que as reformas de revisão parcial ou total são obrigatoriamente ratificadas pelo voto popular direto. Em síntese, os representantes políticos no ambiente espanhol tendem a evitar a rota de uma modificação constitucional, impedindo com isso também a manifestação popular direta. O domínio oligárquico do sistema espanhol se dá por bloqueio completo, o que deve incentivar processos de reforma informais, isto é, por mutações em que se modifica o “conteúdo de normas constitucionais cujo texto não é modificado”.⁴⁵ Daí o escasso número de reformas.

⁴³ Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/15357/11683>. Acesso em: 10 jun. 2017.

⁴⁴ MACÍAS, Antonio Ibáñez. *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*. Madrid: Difusión, 2007, p. 38; PISARELLO, Gerardo. Constitución e gobernabilidad: razones de una democracia de baja intensidad. In: CAPELLA, Juan-Ramón (Ed.). *Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid: Trotta, 2003, p. 133.

⁴⁵ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil — Subchefia para Assuntos Jurídicos. Emendas Constitucionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm. Acesso em: 22 jul. 2017.

⁴⁶ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 148.

Com efeito, se a Constituição espanhola de 1978 pode ser considerada a mais intocada da Europa⁴⁶ ou mesmo tomada como “irreformável”,⁴⁷ tendo em vista as raras alterações que sofreu, a brasileira de 1988 está distante dessa realidade. A violação do Texto brasileiro tem sido uma constante ao longo dos seus quase 30 anos de vigência. Em nenhuma dessas modificações, a cidadania teve a oportunidade de participar e manifestar soberanamente a sua vontade. Nenhum debate público realmente amplo foi instaurado. Ao contrário da dinâmica espanhola, os poderes constituídos não precisam temer a celebração de uma consulta popular, pois o seu poder é total quanto à possível convocação de um referendo ou plebiscito. Assim, o domínio oligárquico no contexto brasileiro mostra a sua força no impulso contínuo de emendas.

Dentro dessa conjuntura, não podemos esquecer, por exemplo, que ao longo da década de 1990 diversas reformas constitucionais no Brasil foram propostas e aprovadas com vistas a aplicar o receituário prescrito por organismos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. Esses organismos, ressalta Hirshl, têm como um dos efeitos institucionais “isolar o fazer político substantivo das vicissitudes da política democrática”.⁴⁸ Dessa forma, a abertura ao modelo neoliberal no Brasil, com os seus respectivos planos econômicos de ajuste estrutural, de maneira similar ao que ocorreu em toda região latino-americana,⁴⁹ se deu pela atuação da representação política, implicando sempre processos legislativos de modificação constitucional.⁵⁰

⁴⁶ Ver análise sobre essa questão em: LA INFORMACIÓN. La Constitución española, la más virgen de Europa: ni se mira ni se toca. Madrid, 19 dez. 2016. Disponível em: http://www.lainformacion.com/espana/la-constitucion-espanola-la-mas-virgen-de-europa-ni-se-mira-ni-se-toca_QiR3JG0tenMNaTNlRqb24/. Acesso em: 10 jul. 2016. E também em OLMO, Guillermo D. La Constitución solo la cambia Europa. ABC.es, Madrid, 29 ago. 2011. Disponível em: <http://www.abc.es/20110825/espana/abci-constitucion-solo-cambia-europa-201108250914.html>. Acesso em: 22 jul. 2017.

⁴⁷ AGUILAR, Juan Fernando Lopez. De la constitución “irreformable” a la reforma constitucional “expres”. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 29, p. 204, 2012. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6987/6685>. Acesso em: 22 jul. 2017.

⁴⁸ Tradução nossa do original: “attempt to insulate substantive policy making from the vicissitudes of democratic politics”. HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 27-28, 2008. Disponível em: https://a1papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138008&download=yes. Acesso em: 10 out. 2016. Ver também: HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 214-217. Dentro dessa linha de análise, diz Mair: “Party democracy, which would normally offer a point of connection and site of engagement for citizens and their political leaders, is being enfeebled, with the result that elections and the electoral process become little more than ‘dignified’ parts of the modern democratic constitution. That is, elections have less and less practical effect, because the working, or ‘efficient’ part of the constitution is being steadily relocated elsewhere”. MAIR, Peter. *Ruling the void: the hollowing of Western Democracy*. Verso: London, 2013, p. 18.

⁴⁹ GARGARELLA, Roberto. *Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 151.

⁵⁰ Nesse sentido, Dallari destaca que: “Percebendo o alcance político e social da Constituição, os antigos oligarcas, os aproveitadores da superioridade econômica, os viciados em privilégios de qualquer espécie, os resistentes à democratização da sociedade, de modo geral, têm feito críticas radicais à Constituição, sobretudo pelo que consideram presença excessiva do Estado na proteção e promoção dos direitos sociais,

Como se observa, as reformas constitucionais, cujo impacto na vida da população brasileira é muitas vezes relevante, são tomadas pelos agentes representativos sem possibilidade de manifestação popular, dando preponderância ao jogo de poderes, às trocas clientelistas e ao *lobby* das forças econômicas, inclusive internacionais. A alegação de que seriam decisões técnicas, modernizantes, necessárias e inevitáveis corroboram o afastamento das decisões populares, isto é, eliminam o próprio aspecto político da decisão.⁵¹

Para se ter uma ideia, uma das últimas emendas aprovadas pelo Congresso Nacional brasileiro, de número 95, promulgada em 16 de dezembro de 2016, impôs limite de despesas ao Governo pelos próximos 20 anos, o que provavelmente acarretará efeitos negativos no plano das políticas públicas, sobretudo nas de caráter social.⁵² O discurso legitimador da proposta é acabar com o desequilíbrio fiscal e retomar o rumo do crescimento econômico. Uma alteração constitucional dessa envergadura talvez demandasse uma discussão pública profunda, dando oportunidade à participação direta da cidadania; segundo as palavras de Prol, “uma proposta de transformação tão radical do nosso contrato social deveria

o que, obviamente exige recursos financeiros. [...] Com o objetivo de tentar fazer retroceder a história, instaurando, já no final do século vinte, um Estado liberal, ou neoliberal, conseguiram mesmo algumas emendas antissociais, como as Emendas Constitucionais n. 5 a 9, patrocinadas pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, para favorecer a privatização e a abertura ampla do Brasil ao capital multinacional na linha neoliberal”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120-121.

⁵¹ É no mínimo interessante quanto a esse aspecto observar que, em 2016, alguns economistas do Fundo Monetário Internacional realizaram uma crítica a essa instituição, alegando que a terapia de choque de austeridade, como a imposta aos países da América Latina desde as décadas de 1980 e 1990, não produziu os efeitos esperados em longo prazo, resultando em aumento da desigualdade. Amenizando essa posição, outro economista do FMI saiu em defesa das políticas neoliberais pregadas pela instituição. Como se vê, não se trata somente de questão técnica, mas, também, de um debate político. Ver: BBC BRASIL. O estranho dia em que o FMI criticou o neoliberalismo, 30 jun. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-36668582>. Acesso em: 10 out. 2016; FOLHA SE S.PAULO. FMI diz que não renega neoliberalismo e políticas de austeridade. Folha Economia, São Paulo, 2 jun. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/06/1777507-fmi-diz-que-nao-renega-neoliberalismo-e-politicas-de-austeridade.shtml>. Acesso em: 10 out. 2016. Budge vai ao centro do problema, ao polemizar com Sartori: “[...] the unchallengeability of technical judgements is itself an element of political debate and subject to challenge. The relatively uninformed may not be able to make technical judgements directly, owing to their own experts to challenge the original judgment and suggest alternative tests or criteria. Sartori's view on the inevitable prevalence of technical experts ignores the fact that science and engineering are not closed bodies of knowledge. They are very open to new ideas and to debate. [...] Electors are after all no so naive. It is the tendency of experts and professional politicians to codify knowledge, to pretend or convince themselves that there is only one possible course of action, which makes them appear so – though often of course this is a political strategy of politicians to impose a solution rather than evidencing lack of sophistication on the part of citizens”. BUDGE, Ian. *The new challenge of direct democracy*. Cambridge: Polity Press, 1996, p. 77-78.

⁵² Nesse sentido é que o relator especial da ONU para extrema pobreza e direitos humanos, Philip Alston, afirmou que essa emenda traria impactos severos sobre os brasileiros mais vulneráveis. Ver: ONUBR. Brasil: teto de 20 anos para o gasto público violará direitos humanos, alerta relator da ONU. 9 dez. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil-teto-de-20-anos-para-o-gasto-publico-violara-direitos-humanos-alerta-relator-da-onu/>. Acesso em: 22 jul. 2017.

passar por um teste democrático mais severo”.⁵³ Não sem motivos, mesmo aqueles que tendem a elogiar limitações à “gastança governamental”, como Bolle, identificam nessa PEC problemas de ordem democrática: “serão 20 anos em que a política fiscal será colocada em piloto automático, sem que a sociedade possa ter palavra sequer sobre escolhas de políticas públicas que recairão sobre as gerações futuras”.⁵⁴

Muito interessante observar que, dentro de certos limites analíticos, essa visão negativa que elaboramos é plenamente aplicável à forma como na Espanha se aprovou em 2011 uma reforma alterando o art. 135 do Texto Constitucional de 1978. A referida modificação, de maneira similar à Emenda Constitucional nº 95 citada, dizia respeito à imposição de limites ao déficit público visando enviar um sinal de alento ao mercado e aos investidores estrangeiros.⁵⁵ Mais do que isso, estabelecia que o Poder Público teria que dar prioridade ao pagamento da dívida pública.

Pois bem, eis que em defesa da reforma espanhola do art. 135 surgiu o velho argumento das decisões simplesmente técnicas de caráter complexo, devendo-se disso concluir que seria impertinente uma discussão pública mais ampla e menos ainda deixar que essa decisão fosse tomada em referendo, medida que “levantaria paixões populistas”.⁵⁶ A reforma seguiu o rito simplificado do art. 167.3 da Constituição, que previa a probabilidade de convocação de um referendo (facultativo) caso 1/10 dos membros de qualquer uma das Câmaras das Cortes assim requeresse. Na realidade, em um curto período, praticamente um mês, essa reforma de extrema importância acabou sendo aprovada sem o acionamento do mecanismo de democracia direta previsto (facultativo). O debate público evidentemente se viu também limitado. Não tardou para que os analistas apelidassesem o procedimento adotado para a aprovação da alteração constitucional

⁵³ PROL, Flávio Marques. PEC 241: levando justificativas a sério. *Jota*, 10 out. 2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/pec-241-levando-justificativas-serio>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁴ BOLLE, Monica de. O novo regime fiscal. *Estadão*, São Paulo, 10 out. 2016. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/blogs/monica-de-bolle/o-novo-regime-fiscal/>. Acesso em: 11 out. 2016.

⁵⁵ AGUILAR, Juan Fernando Lopez. *De la constitución “irreformable” a la reforma constitucional “exprés”*, p. 209.

⁵⁶ Tradução nossa do original: “levantaría pasiones populistas”. PISARELLO, Gerardo. Una reforma constitucional para la periferia europea. *Revista de Economía Crítica*, n. 12, p. 168, 2. sem. 2011. Disponível em: http://www.revistaeconomiacritica.org/sites/default/files/revistas/n12/REC12_Notas_2_Gerardo_pisarello.pdf. Acesso em: 13 out. 2016. Aguilar advoga exatamente nesse sentido: “Debe saberse, a estas alturas, que la Constitución administra con cautela el recurso al referéndum por razones bien sólidas. Suelen ser costosos y potencialmente divisorios. Inevitablemente tensionan, y son imprevisibles y confusos en cuanto a sus resultados cuando lo que se somete a consulta de la ciudadanía no es una pregunta directa, sino un texto técnico de varios apartados como el de esta reforma constitucional”. AGUILAR, Juan Fernando Lopez. *De la constitución “irreformable” a la reforma constitucional “exprés”*, p. 215.

de “reforma exprès”.⁵⁷ Vendo em toda essa situação uma anomalia democrática, Pissarello conclui:

Em todo caso, dever-se-ia evitar ver nesse arremedo de debate cidadão um fenômeno exclusivamente hispânico. Atrás do “não” francês e holandês ao tratado constitucional europeu, atrás do “não” islandês ao pagamento da dívida contraída pelos grandes bancos ou atrás do “não” italiano à privatização da água, à energia nuclear ou à impunidade dos representantes políticos, o referendo se converteu no pesadelo [*bête noire*] de alguns tipos de classes dirigentes que não estão dispostas a arriscar publicamente as suas medidas mais claramente antissociais ou antidemocráticas.⁵⁸

Ao final, evidencia-se o fato de que, mesmo nas poucas reformas a que se submeteu a Constituição espanhola, o domínio elitista de um órgão representativo capturado pelo poder econômico se fez presente para evitar a manifestação popular direta, causando um vazio democrático.

5 Considerações finais

Do quadro traçado anteriormente, constata-se de forma nítida a similitude entre a situação constitucional brasileira e espanhola, pois em ambas a cidadania aparece como mero espectador de reformas que, muitas vezes, definem os rumos do país e o destino de milhares de cidadãs e cidadãos. Há, portanto, um domínio elitista de todo processo de modificação constitucional. As poucas reformas realizadas na Carta espanhola e o alto número de emendas sofridas pela brasileira se devem aos desenhos normativos que cada um desses Textos assume, obrigando as forças sociais a adotarem estratégias distintas na dinâmica de luta cotidiana

⁵⁷ PISARELLO, Gerardo. *Procesos constituyentes: caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Trotta, 2014, p. 159.

⁵⁸ Tradução nossa do original: “En todo caso, habría que evitar ver en este escamoteo del debate ciudadano un fenómeno exclusivamente hispano. Tras el ‘no’ francés y holandés al tratado constitucional europeo, tras el ‘no’ islandés al pago de la deuda contraída por los grandes bancos o tras el ‘no’ italiano a la privatización del agua, a la energía nuclear o la impunidad de los representantes políticos, el referéndum se ha convertido en la bestia negra de unas clases dirigentes que no están dispuestas a arriesgar públicamente sus medidas más claramente anti-sociales o anti-democráticas”. PISARELLO, Gerardo. *Una reforma constitucional para la periferia europea*, p. 168. Aguilar também critica toda essa situação que levou à aprovação da reforma do art. 135 da Constituição espanhola, embora não pense ser conveniente a adoção de uma decisão referendária nesse tipo de questão; por isso, aponto seus comentários em direção da falta de representatividade e responsabilidade dos atores políticos: “Tras cerca de 30 años de sacralización de la Constitución, se ha procedido de golpe a desmontar la teoría de la intangibilidad conexa a la fragilidad del pacto constituyente. Y esto no se ha hecho porque, súbitamente, a la democracia española le haya dado un ataque de madurez; no, se ha hecho al albur de una retórica rayana en la cristalización de un ‘apócrifo poder constituyente de los mercados’. Un nuevo Leviatán supuestamente sin rostro, pero en realidad máscara de oscuros poderes fácticos que no se legitiman en el sufragio universal, no se someterán al control de la ciudadanía, ni se sujetan, por tanto, a ninguna responsabilidad”. AGUILAR, Juan Fernando Lopez. *De la constitución “irreformable” a la reforma constitucional “exprès”*, p. 213.

pelo poder de determinar a agenda Estatal. De todo modo, o que se reafirma ao fim é o controle oligárquico dos processos de alteração constitucional.

Nesse passo, a pergunta pertinente é: do que adianta afirmar institucionalmente a democracia direta, como fazem as constituições brasileira e espanhola, se a cidadania se encontra bloqueada, apenas tendo a oportunidade de eleger representantes e tomar “decisões” cada vez menos decisivas? Como alerta Santos, “participamos cada vez mais do que é menos importante, cada vez mais somos chamados a ter uma opinião sobre coisas que são cada vez mais banais para a reprodução do poder”.⁵⁹ Além disso, a conclusão de Comparato de que o atual cenário constitucional brasileiro teria engendrado um “duplo regime político: o efetivo, de natureza tradicionalmente oligárquica, e o simbólico, de expressão democrática”,⁶⁰ serve em igual medida para o regime espanhol.

Tudo leva a crer que alterações constitucionais são necessárias em ambos os países para fazer frente a esse déficit democrático nos processos de reforma constitucional. Mesmo se considerarmos que no contexto espanhol a situação é menos jurídica e mais política, ainda assim devemos imaginar que mudanças normativas podem melhorar os processos democráticos, incentivando a participação popular direta no controle da agenda das reformas constitucionais.

Impõe destacar que não se está aqui a advogar a adoção inconsequente e ingênuia dos mecanismos de democracia direta em matéria constitucional, mas que ignorar a sua existência e potencialidades não parece garantir melhores resultados do sistema representativo. Nesse sentido é que Villalon, depois de classificar a Constituição espanhola como estritamente representativa em termos democráticos,⁶¹ uma vez que coloca em posição secundária os institutos de democracia direta, dando preponderância aos partidos na direção das políticas estatais, conclui que, “posivelmente, o sistema de partidos não se consolida tanto mediante a eliminação de seus supostos rivais”.⁶²

Frente a essa perspectiva, como um ponto de partida para debates, parece ser importante ao menos atribuir à cidadania a capacidade de dar impulso a processos de alteração constitucional, seja produzindo uma proposta legislativa ou forçando a convocação de uma consulta popular, além de considerar que o limite

⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Tradução de Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 92.

⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. O direito e o avesso. *Estudos Avançados*, São Paulo, IEA, v. 23, n. 67, p. 17, set./dez. 2009.

⁶¹ VILLALON, Pedro Cruz. El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional, p. 167.

⁶² Tradução nossa do original: “posiblemente, el sistema de partidos no se consolida tanto mediante la eliminación de sus supuestos rivales”. VILLALON, Pedro Cruz. El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional, p. 168.

mínimo para essas iniciativas populares deve ser a não violação de garantias e direitos individuais e sociais.

São Paulo, 20 de julho de 2018.

Constitutional reform and popular participation in Brazil and Spain: comparative analysis

Abstract: This article tackles the current Spanish and Brazilian constitutional regime regarding direct civic engagement in the processes of constitutional alteration. In this context, we will analyze the forms through which the set of laws from both countries incorporate the mechanisms of direct democracy, such as consultations and popular initiatives, in the processes of constitutional modification. We argue that the model of constitutional reform embraced by the 1988 Brazilian Constitution and the 1978 Spanish Constitution entails a block to direct popular participation, since it gives predominance to the operation of representative organs. In short, in both cases, we face conservative institutional models characterized by elitist features. As a conclusion, we advocate the implementation of reforms that seek to strengthen direct civic engagement in the procedures of constitutional alteration, mainly the adoption/endorsement of popular initiatives.

Keywords: Direct democracy. Comparative Constitutional Law. Popular participation. Constitutional reform.

Referências

- AGUILAR, Juan Fernando Lopez. De la constitución “irreformable” a la reforma constitucional “expres”. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 29, 2012. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6987/6685>. Acesso em: 22 jul. 2017.
- ALZAGA, Oscar. *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. Madrid: Ediciones del Foro, 1978.
- ARAUJO, Joan Oliver. El referéndum en el sistema constitucional español. *Revista de Derecho Político*, n. 29, p. 115-182, 1989. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8421>. Acesso em: 5 jun. 2017.
- ARAUJO, Joan Oliver. Encuesta sobre el referéndum. *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, n. 30, p. 11-56, 2012. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/view/514>. Acesso em: 18 jul. 2017.
- BBC BRASIL. O estranho dia em que o FMI criticou o neoliberalismo, 30 jun. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-36668582>. Acesso em: 10 out. 2016.
- BOLLE, Monica de. O novo regime fiscal. *Estadão*, São Paulo, 10 out. 2016. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/blogs/monica-de-bolle/o-novo-regime-fiscal/>. Acesso em: 11 out. 2016.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Emendas Constitucionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm. Acesso em: 22 jul. 2017.
- BUDGE, Ian. *The new challenge of direct democracy*. Cambridge: Polity Press, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. O direito e o avesso. *Estudos Avançados*, São Paulo, IEA, v. 23, n. 67, p. 17, set./dez. 2009.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da Cunha. *Fundamentos de direito constitucional*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESPANHA. *Boletín Oficial de las Cortes*, n. 44, p. 797, 5 jan. 1978. Disponível em: http://www.congreso.es/public_oficiales/LO/CONG/BOCG/BOC_044.PDF. Acesso em: 3 jul. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014.

FLEURY, Sonia. Iniciativa popular. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2006.

FOLHA SE S.PAULO. FMI diz que não renega neoliberalismo e políticas de austeridade. Folha Economia, São Paulo, 2 jun. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/06/1777507-fmi-diz-que-nao-renega-neoliberalismo-e-politicas-de-austeridade.shtml>. Acesso em: 10 out. 2016.

GARCÍA, Eloy. Encuesta sobre el referéndum. *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, n. 30, p. 11-56, 2012. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/view/514>. Acesso em: 18 jul. 2017.

GARGARELLA, Roberto. *Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GONZÁLEZ, José Luis. *El referéndum en el sistema español de participación política*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 1-44, 2008. Disponível em: https://a1papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138008&download=yes. Acesso em: 10 out. 2016.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

LA INFORMACIÓN. La Constitución española, la más virgen de Europa: ni se mira ni se toca. Madrid, 19 dez. 2016. Disponível em: http://www.lainformacion.com/espana/la-constitucion-espanola-la-mas-virgen-de-europa-ni-se-mira-ni-se-toca_QiR3JG0tenMNaTNlrRqb24/. Acesso em: 10 jul. 2016.

LINERA, Álvaro García. *A potência plebeia: ação coletiva e identidades indígenas, operários e populares na Bolívia*. Tradução de Mouzar Benedito e Igor Ojeda. São Paulo: Boitempo, 2010.

LINERA, Miguel Ángel Presno. La democracia directa y la falacia de sus riesgos. In: GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez (Coord.). *La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política*. Granada: Comares, 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

MACÍAS, Antonio Ibáñez. *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*. Madrid: Difusión, 2007.

MAIR, Peter. *Ruling the void: the hollowing of Western Democracy*. Verso: London, 2013.

MARTÍN, Joan Ridao i. La crisis de la representación en España y los déficits de participación política: el limitado alcance de la institución referendaria. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 212-249, 2015. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/15357/11683>. Acesso em: 10 jun. 2017.

MURO, Ignacio Torres. Encuesta sobre el referéndum. *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, n. 30, p. 11-56, 2012. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/view/514>. Acesso em: 18 jul. 2017.

NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. Análisis comparado de la práctica del referendo nacional en España y Colombia desde la aprobación de las constituciones de 1978 y 1991. *Revista Amauta*, Barranquilla (Colombia), n. 25, p. 23-38, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/Amauta/article/view/1274>. Acesso em: 11 jul. 2017.

NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. El debate en torno a los mecanismos de democracia participativa durante el proceso constituyente español. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 67/68, p. 167-178, 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3903171>. Acesso em: 5 jul. 2017.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte*: ensaio sobre alternativas da modernidade. São Paulo: Lamparina, 2015.

OLMO, Guillermo D. La Constitución solo la cambia Europa. *ABC.es*, Madrid, 29 ago. 2011. Disponível em: <http://www.abc.es/20110825/espagna/abci-constitucion-solo-cambia-europa-201108250914.html>. Acesso em: 22 jul. 2017.

ONUBR. Brasil: teto de 20 anos para o gasto público violará direitos humanos, alerta relator da ONU. 9 dez. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil-teto-de-20-anos-para-o-gasto-publico-violara-direitos-humanos-alerta-relator-da-onu/>. Acesso em: 22 jul. 2017.

OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional*: sistemas e fuentes. Barcelona: Ariel, 1988.

PACE, Alessandro; VARELA, Joaquín. *La rigidez de las constituciones escritas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

PARDO, Ignacio de Otto y. La Constitución de 1978 en la historia constitucional española. In: SARASOLA, Ignacio Fernández (Coord.). *Ignacio de Otto*. Madrid-Oviedo: CEPC-Universidad de Oviedo, 2010. (Obras completas).

PISARELLO, Gerardo. Constitución e gobernabilidad: razones de una democracia de baja intensidad. In: CAPELLA, Juan-Ramón (Ed.). *Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid: Trotta, 2003.

PISARELLO, Gerardo. *Procesos constituyentes*: caminos para la ruptura democrática. Madrid: Trotta, 2014.

PISARELLO, Gerardo. Una reforma constitucional para la periferia europea. *Revista de Economía Crítica*, n. 12, p. 160-170, 2. sem. 2011. Disponível em: http://www.revistaeconomiacritica.org/sites/default/files/revistas/n12/REC12_Notas_2_Gerardo_pisarello.pdf. Acesso em: 13 out. 2016.

PRADERA, Javier. *La transición española y la democracia*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2014.

PROL, Flavio Marques. PEC 241: levando justificativas a sério. *Jota*, 10 out. 2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/pec-241-levando-justificativas-serio>. Acesso em: 10 out. 2016.

ROYO, Javier Pérez. *La reforma constitucional inviable*. 2. ed. Madrid: Catarata, 2015.

ROYO, Javier Pérez. Una asignatura pendiente: la reforma de la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 69, año 23, p. 215-235, set./dez. 2003. Disponível em: <http://>

www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=371. Acesso em: 20 jul. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Tradução de Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

SGARBI, Adrian. *O referendo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOLA, Nicolas Perez. *La regulación constitucional del referéndum*. Jaén: Universidad de Jaén, 1994.

VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 2011.

VILLALON, Pedro Cruz. El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 13, p. 145-168, jan./fev. 1980.

WEINGAST, Barry R. Constructing self-enforcing democracy in Spain. In: OPPENHEIMER, Joe; MORRIS, Irwin (Eds.). *From anarchy to democracy*. Stanford: Stanford Press, 2004. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153464. Acesso em: 20 jul. 2017.

Recebido em: 20.12.2018.

Aprovado em: 15.01.2019.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOARES, Alessandro. Reforma constitucional e participação popular no Brasil e Espanha: análise comparada. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 12, n. 42, p. 13-38, set./dez. 2018.
