

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP

COSMO LIMA DE SOUZA

O ACRE, O FUSO HORÁRIO E O REFERENDO

Interpretação constitucional na atividade parlamentar,
uma possibilidade à luz do direito como integridade

Brasília

2013

COSMO LIMA DE SOUZA

O ACRE, O FUSO HORÁRIO E O REFERENDO.

Interpretação constitucional na atividade parlamentar,
uma possibilidade à luz do direito como integridade

Dissertação apresentada ao Instituto Brasiliense de
Direito Público – IDP, como requisito parcial para
obtenção do título de mestre em Direito, Área de
Concentração: “Constituição e Sociedade”.

Orientador: Professor Doutor Alvaro Ciarlini

Brasília

2013

COSMO LIMA DE SOUZA

O ACRE, O FUSO HORÁRIO E O REFERENDO.

Interpretação constitucional na atividade parlamentar,
uma possibilidade à luz do direito como integridade

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

Professor Doutor Alvaro Luis de Araújo Ciarlini

Professor Doutor Marcos Firmino Santiago

Professor Doutor Alexandre Bernardinho Costa

Professor Doutor Luiz Eduardo de Lacerda Abreu

Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

Brasília, 21 de agosto de 2013.

Por Vitória.

AGRADECIMENTOS

São muito poucas as coisas que podemos fazer na vida sem a colaboração do outro. Existimos no mundo com o outro e para o outro. E o sentido de nossas vidas somente se estabelece a partir do instante em que percebemos o outro como essencial ao reconhecimento de nossa própria identidade. Por isso, sou grato a todos os que de alguma forma contribuíram para o desenvolvimento e a conclusão deste trabalho, mas em especial:

A Deus, primeiramente, em quem encontrei forças para acreditar que seria possível, depois de quase dezoito anos de formado, e já devidamente estabelecido no mercado de trabalho, voltar à Academia, em nível de pós-graduação, e dar conta de seguir o ritmo de estudos e a carga de leitura que um mestrado exige. Com ele aprendi que havendo força de vontade, nada para nós é custoso. Este trabalho, para mim, é a prova disso.

À Vitória, minha filha. Que a dor da minha ausência se transmute em estímulo para que oportunamente possa dar seus próprios passos na construção de seu futuro profissional e acadêmico. Sem a sua compreensão e doce amorosidade, meu caminho seria uma serra de espinhos. À Alessandra Garcia, que na minha ausência foi pai e mãe.

Ao meu orientador, Professor Doutor Álvaro Ciarlini, que abriu as portas de sua casa para me receber, e ofereceu seu lar e hospitalidade nas minhas idas a Brasília para discutirmos demoradamente o texto dessa dissertação. Nele encontrei o acolhimento que recebo dos meus melhores amigos, com abertura para a crítica e o diálogo indispensáveis à construção do conhecimento.

Ao Ministério Público do Estado do Acre, que possibilitou o meu afastamento para estudos e aperfeiçoamento. Senti, nesse gesto institucional, um aceno com a ideia de que a defesa da sociedade, do Estado de Direito, do Regime Democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, exige profissionais cada vez mais preparados teoricamente para enfrentar os desafios que o exercício profissional impõe.

Ao amigo Jair Facundes, que me incentivou a ingressar no mestrado e me deu apoio incondicional em todos os momentos; ao Doutor David Wilson, que me aceitou em seu Grupo de Estudos, em projeto de extensão universitária, e me despertou o gosto pelo estudo teórico do direito; ao amigo Alberdan Camili, que revisou este trabalho e fez importantes correções e sugestões; ao amigo Paulo Roberto Simão Barbosa, que com prontidão e eficiência procedeu aos ajustes às normas da ABNT.

Por fim, a todos os colegas de mestrado, com quem convivi me sentido em família, especialmente ao amigo Rogério de Melo Gonçalves, que sempre me amparou com palavras

de incentivo; e também aos colegas e amigos Gregório Siqueira, Marcos Caldeira, Flávio Dematé, Beatriz Sena, Fernando Barbagalo, Fernanda Vasconcelos, Priscila Nascimento, Ignácio Kersten e Eraldo Melo. A alegria da convivência com todos vocês transformou meu desafio em prazer.

RESUMO

Em outubro de 2010 o povo do Acre foi às urnas para dizer, em referendo, se concordava ou não com a recente alteração da hora legal estabelecida pela Lei nº 11.662, de 1998. Esta lei reduziu em uma hora a diferença de fuso horário do Acre em relação a Brasília. O resultado da consulta popular rejeitou a mudança do horário, mas essa decisão não teve nenhum efeito no processo legislativo, porque não há norma que regulamente a eficácia do referendo no Brasil. Em face dessa abertura, a maioria dos parlamentares sentiu-se livre para afirmar que eles têm a palavra final na criação e extinção das normas, de modo que uma decisão popular não vincula o parlamento. Em oposição a esse entendimento, a minoria parlamentar entendeu que o referendo, por si mesmo, tem efeito revocatório imediato. Diante dessa assimetria a respeito dos entendimentos sobre a matéria, convém analisar as divergências de interpretação da Constituição no âmbito do parlamento, com especial atenção para o fato de que uma opção interpretativa não é melhor nem mais legítima que outra apenas e tão somente porque decorre da vontade da maioria colhida no âmbito do devido processo legislativo. A partir da teoria da interpretação do direito como integridade, convém observar que a melhor resposta, dentre duas ou mais proposições disponíveis, será aquela a permitir a asserção de que os princípios morais a ela subjacentes são mais bem justificados do que os princípios morais presentes nas premissas básicas da resposta concorrente. Nessa perspectiva, a discussão a respeito dos efeitos do referendo do fuso horário no Acre assume outra dimensão, exigindo dos parlamentares o compromisso com uma decisão que dê à vontade popular, nas circunstâncias do caso, um nível de eficácia capaz mostrar o regime democrático em sua melhor luz.

Palavras Chaves: Constituição. Interpretação. Direito como integridade. Moralidade política. Democracia. Soberania popular. Referendo. Fuso horário. Acre.

ABSTRACT

In October, 2010, the people of Acre went to the polls to decide, in a referendum, if they agreed or not with the recent alteration of the legal time established by Law No. 11,662, of 1998. This law decreased by one hour the difference between the time zone of Acre and that of Brasilia. The result of the popular vote was the rejection of the change in time, but this decision had no effect upon the legislative process, as there is no means by which to effect referenda in Brazil. In light of this development, the majority of parliamentarians felt free to affirm that they have the final word on the creation and elimination of rules, so that a decision of the people does not force the hand of the parliament. Against this understanding, the parliamentary minority believed that the referendum, in itself, has immediate power of revocation. Faced with this divide with respect to views on the matter, it is appropriate to analyze the differences of Constitutional interpretation within the parliament, with special attention to the fact that an interpretive choice is not better or more legitimate than another by the simple fact of its flowing from the will of the majority, as determined within the proper legislative process. From the theory of interpretation of law as integrity, it is fitting to observe that the best response, among two or more available propositions, will be that one which permits the assertion that the moral principles underlying it are better justified than the moral principles found in the basic premises of the competing response. From this perspective, the discussion about the effects of the time zone referendum in Acre takes on another dimension, demanding of the parliamentarians a commitment to a decision which gives the popular will, in the circumstances of the case, a level of efficacy capable of showing the democratic system in its best light.

Keywords: Constitution. Interpretation. Law as integrity. Political morality. Democracy. Popular sovereignty. Referendum. Time zone. Acre.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1. PRIMEIRO, O QUE ACONTECEU | 14 |
| 1.1 O fuso horário como era e porque mudou | 17 |
| 1.2 O povo não gostou e pediu pra ser ouvido..... | 22 |
| 1.3 O povo decidiu, mas sua voz não teve efeito. Por quê? | 23 |
| 2. O REGIME CONSTITUCIONAL E LEGAL DO REFERENDO NO BRASIL | 28 |
| 2.1 O referendo e o plebiscito – breve análise comparativa | 29 |
| 2.2. Análise crítica dos critérios diferenciadores | 33 |
| 3. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E SEUS ASPECTOS ESSENCIAIS | 43 |
| 3.1 A soberania popular | 44 |
| 3.2 O princípio representativo | 54 |
| 3.3 O princípio eletivo | 58 |
| 4. DWORKIN E A IDEIA DE DIREITO COMO INTEGRIDADE | 65 |
| 4.1 Considerações iniciais | 65 |
| 4.2 O princípio da integridade no âmbito da atividade legislativa | 68 |
| 4.3 O método do Direito como integridade | 71 |
| 5. O PARLAMENTO E O DIREITO COMO INTEGRIDADE | 90 |
| 5.1 Análise do voto do Senador Sérgio Petecão (PSD-AC) | 91 |
| 5.2 Análise do voto do Senador Pedro Taques (PDT-MT) | 94 |
| 5.3. Identificando as divergências entre os parlamentares e apontando uma solução que se ajuste ao ideal de democracia representativa, a luz do Direito como integridade..... | 100 |
| 5.4 A decisão da CCJ-SF satisfaz à dimensão do ajuste e adequação? | 104 |
| 5.5 A decisão da CCJ-SF satisfaz à dimensão da moralidade política? | 113 |
| CONCLUSÃO | 135 |
| REFERÊNCIAS | 141 |

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil adotou como decisão política fundamental o sistema político da democracia representativa e a forma de governo republicana. Ao lado disso, contemplou a possibilidade de exercício de uma democracia pluralista e participativa por meio do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular. Com esses arranjos democráticos, possibilitou ao povo que exercesse diretamente a sua soberania, podendo influir de modo mais efetivo nas decisões políticas do Estado. Contudo, no que tange especificamente ao referendo, a Constituição nada dispôs, senão remeter sua regulamentação aos termos da lei, o que de resto se aplica aos institutos do plebiscito e da iniciativa popular. A lei que os regulamenta, de modo geral, é vaga, e, no que diz respeito ao referendo, foi até omissa em aspectos fundamentais. Assim, não especificou as matérias que podem ou não ser objeto de consulta; não estipulou nada sobre a eficácia das votações; foi vaga quanto aos critérios distintivos entre referendo e plebiscito, limitando-se a identifica-los com base no tempo da consulta etc.

Essas omissões legislativas têm dado causa a divergências sobre o que é o direito acerca do resultado de um referendo que rejeita uma lei em vigor, como de fato ocorreu quando o Congresso Nacional se mostrou dividido ao deparar com o resultado do referendo sobre a mudança de fuso horário no Estado do Acre. Para um grupo de parlamentares, quando uma lei em vigor é submetida a referendo e vem a ser rejeitada pela vontade popular, o resultado da votação se reflete de modo imediato no ordenamento jurídico, ab-rogando a norma objeto de consulta, independentemente da realização de qualquer ato decisório do Estado. Para outro grupo esse resultado não basta, por si mesmo, para ab-rogar a norma sob consulta, quando esta não tenha previsto em suas disposições essa possibilidade.

Quando as pessoas divergem sobre o direito, de que tipo de divergência realmente se trata? Se para o mesmo caso existem duas ou mais possibilidades de resposta, em decorrência de omissões ou obscuridades na lei, que tipo de critério se pode adotar para decidir qual das proposições é a correta, ou qual delas melhor se justifica? É nesse contexto que se delinea

esta pesquisa. O propósito é encontrar uma resposta adequada à luz de uma teoria da interpretação da Constituição, para a seguinte pergunta: uma manifestação popular colhida em forma de referendo que rejeita uma lei já em vigor possui eficácia revocatória sobre o ato normativo, independentemente de outras medidas legislativas?

A pesquisa se desenvolve a partir da análise da prática legislativa do Congresso Nacional e do modo como toma suas deliberações. Tem como pano de fundo os aspectos mais relevantes da controvérsia que se estabeleceu a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.662, de 2008, que alterou o fuso horário nacional. Depois de a referida lei entrar em vigor, o Congresso Nacional convocou referendo para que a população do Estado do Acre – a mais afetada pela alteração do horário legal – dissesse se concordava ou não com a referida mudança. Em face do resultado negativo da consulta, o Congresso Nacional deparou com o desafio de saber que medida tomar para dar efetividade ao resultado do referendo.

No Estado Democrático de Direito, a função de interpretação da Constituição e das leis é feita, em última análise, pelo Poder Judiciário, instituição que se convencionou como responsável por dizer o que é o direito. Diz-se que o direito é o que os juízes declaram que é. Mas essa atividade interpretativa também é desenvolvida diariamente por outras instituições, que de algum modo precisam deliberar com base na mesma Constituição, como ocorre na prática diária da atividade legislativa do Congresso Nacional, por exemplo. Veja-se que intérpretes legitimados da Constituição e do ordenamento jurídico discutem como deve ser compreendido o resultado de um referendo, embora todos concordem acerca de quais são os dispositivos constitucionais e legais que regem a matéria. Todos olham para a mesma norma, incidente sobre um mesmo fato, e a despeito de nenhuma divergência acerca dos fatos, discordam seriamente quanto a que direitos a norma estabelece. Esse dissenso, no meio de um consenso, não recomenda que se ofereça de logo outra solução ou resposta à questão jurídica sobre a qual aqueles parlamentares debatem, pois isso seria mais uma proposta interpretativa entre tantas já existentes, talvez mais, talvez menos fundamentada.

As controvérsias desencadeadas a partir do resultado do referendo do fuso horário implicam a necessidade de se fazer uma reflexão, uma análise acerca de nossa prática democrática e também de nossa prática interpretativa das leis e da Constituição. Quando o Parlamento adota uma deliberação legislativa, o faz – ou tem de fazê-lo – à luz da melhor compreensão da Constituição que conforma a opção política e ideológica do País. Acredita-se que os congressistas não estão livres para, apesar da ampla liberdade material de que dispõem para conformar a vontade do Estado, adotar posturas que possam representar, de algum modo,

menoscabo aos princípios que sustentam o regime democrático, notadamente princípios de moralidade política.

Nesse sentido, espera-se dos congressistas que ajam de modo que o conteúdo de suas decisões possa ser submetido a um teste de racionalidade mínima. Ao lado disso, carece que sejam dotados de razoável teor de verdade objetiva: o discurso precisa encontrar correspondência com os fatos. Se um ato do Parlamento convoca um referendo declarando claramente o seu propósito, o resultado da votação precisa ser juridicamente consequente e consoante os fins para os quais foi autorizada. Isto é uma exigência da moralidade política, pois o Estado está obrigado a um dever de coerência em suas decisões.

Se se pretende oferecer uma contribuição ao debate, impõe-se primeiro estabelecer algumas balizas que melhor esclareçam a controvérsia, que ajude, num primeiro momento, a compreender por que os próprios legisladores, quando chamados à prática interpretativa do Direito, divergem tão profundamente acerca do que exige um instituto jurídico previsto na Constituição. Depois disso, compreendida a divergência ali verificada, indaga-se se é possível estabelecer algum parâmetro para avaliar as diversas propostas, para que possamos assim optar por uma e indicá-la como racionalmente defensável. Com isso queremos dizer que uma questão fundada em normas constitucionais deve ser compreendida no âmbito de uma teoria da Constituição e de uma teoria da interpretação, que almejem oferecer uma forma sistematizada de debater temas constitucionais de modo público e que se mostrem atraentes e persuasivos para todos que têm a obrigação de implementar e aplicar uma Constituição, isto é, todos os cidadãos de uma associação política que vivem sob regras comuns.

Nesse contexto, a prática parlamentar se constitui num campo fértil de reflexão acerca dos limites e possibilidades da democracia representativa, mas não só, implica a oportunidade de se fazer uma análise da prática interpretativa do direito à sua melhor luz, por quem de fato o produz, o Parlamento. É bem verdade que o processo judicial, na maioria dos estudos que versam sobre aspectos da interpretação do direito e da Constituição, constitui o ponto de fuga para a análise do sistema jurídico. Mas isso significa, segundo Habermas (2010. Vol. I, p. 244), apenas uma opção metódica da perspectiva de pesquisa. Nada impede, e até pelo contrário, urge que se considere seriamente a necessidade de se exigir dos que exercem a função legiferante um compromisso com a racionalidade de suas deliberações.

Na perspectiva metodológica de considerar o processo legislativo como uma oportunidade de prática interpretativa do direito, haja vista que as decisões políticas devem ser dotadas de racionalidade e estar conforme a constituição, o trabalho tem por escopo

confrontar a plausibilidade da seguinte hipótese: quando o legislador instaura processo legislativo para autorizar referendo a fim de que o povo diga se concorda ou não com uma norma em vigor, renuncia ao seu poder de representação naquela questão específica. Assim, a decisão direta que rejeita a norma sob consulta é bastante, por si mesma, para revogá-la.

O desenvolvimento deste trabalho se inicia com a abordagem dos principais desdobramentos legislativos desencadeados a partir da edição da Lei nº 11.662, de 2008, submetida a referendo em 2010. O propósito disso é identificar que a ausência de normas quanto à eficácia do referendo pode implicar a adoção de medidas legislativas com resultados imprevisíveis, frustrando a efetivação da vontade popular manifestada na consulta. A partir desse histórico legislativo, far-se-á um recorte do objeto de pesquisa, a fim de definir a abordagem teórica tendo em conta as principais divergências identificadas no parlamento acerca da melhor interpretação da eficácia do referendo na Constituição Federal.

Num segundo momento serão abordados os institutos do referendo e do plebiscito, com destaque para as principais controvérsias doutrinárias acerca do que os diferencia. Levar-se-ão em consideração os aspectos referentes a seu campo material, ao tempo de sua realização e sua eficácia. Nessa perspectiva, espera-se identificar os traços característicos desses instrumentos de participação popular, na expectativa de que cada um deles possa ser usado racionalmente, extraíndo-se as consequências jurídicas que melhor se harmonizem com a ideia de democracia. Ainda aqui será lançado um olhar sobre a legislação atual que normatiza o exercício da soberania popular diretamente pelo povo, sem olvidar a referência aos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional que buscam aperfeiçoar a utilização desses instrumentos.

Dando continuidade, trataremos de modo geral da ideia de democracia representativa, destacando os principais aspectos que a caracterizam em termos principiológicos. Nesse sentido, far-se-á uma abordagem do princípio da soberania popular, do princípio representativo e do princípio eletivo. A partir da constatação de que o Parlamento não está vinculado de modo absoluto à vontade popular, mas possui um amplo campo de liberdade para a conformação da vontade geral do Estado, importa que se compreenda que essa liberdade de legislar encontra limites na exigência de que suas deliberações sejam racionais e conforme a Constituição Federal. Isso implica levar devidamente em consideração a ideia de soberania popular, cujo exercício direto pelos eleitores, orientado pelo procedimento político e legal, há que ser democraticamente consequente.

No passo subsequente, a partir do reconhecimento de que a prática legislativa exige a observância de critérios racionais de deliberação, que permitam ao povo o reconhecimento da legitimidade dessas decisões, far-se-á a exposição dos traços característicos da teoria do direito como integridade aplicada ao processo deliberativo do Parlamento. Trata-se do aspecto mais importante desse trabalho, porque aí será lançada a base teórica que justificará o acatamento ou a rejeição da hipótese da pesquisa. Para tanto, lidaremos com os conceitos fundamentais da teoria de Dworkin, tais como o conceito de interpretação construtiva do direito e o conceito de divergência teórica. Também será relevante firmar uma compreensão mínima de que a teoria de Dworkin, em que pese usar como parâmetro de análise o método de decisão judicial, é uma teoria que se aplica em qualquer âmbito de decisão em que se exija uma atitude interpretativa.

Finalmente, com base nas noções de direito como integridade, far-se-á um cotejo das propostas interpretativas sobre a eficácia do referendo, identificadas no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça com os votos dos Senadores da República Sérgio Petecão (PSD-AC) e Pedro Taques (PDT-MT). O que cada um desses parlamentares aduziu como fundamento para a sua opinião interpretativa será confrontado levando em conta os princípios morais subjacentes às premissas básicas de seus argumentos. Adotar-se-á como resposta que se justifique democraticamente aquela que coincida em maior medida com os princípios de moralidade política aceitos como corretos pela comunidade.

1. PRIMEIRO, O QUE ACONTECEU

Com o propósito de analisar de modo circunstanciado o tema, convém discorrer brevemente a respeito dos antecedentes da consulta popular, autorizada pelo Decreto Legislativo nº 900, de 2009. Particularmente, interessam noções sobre seu processo de aprovação, seu resultado e, por fim, uma referência à decisão da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal (CCJ do Senado), que em face do resultado da consulta popular deliberou que haveria a necessidade da edição de nova lei para fazer valer o que foi decidido pelo povo. Essa conclusão da CCJ do Senado foi precedida de uma disputa interpretativa entre os parlamentares sobre a eficácia do referendo. De um lado situou-se o relator do processo, Senador Sérgio Petecão (PSD-AC), o qual entendia que o referendo, como manifestação do exercício da soberania popular, tinha como consequência imediata a revogação de norma rejeitada pelo povo. De outro lado, a opinião oposta, do Senador Pedro Taques (PDT-MT), fundada no argumento de que o referendo não tem eficácia imediata sobre o processo legislativo, ou seja, o referendo que rejeita uma norma não implica a revogação desta, pois uma lei somente pode ser revogada por outra da mesma natureza.

Ambas as posições são interpretativas e todas decorrem de uma pretensa discricionariedade que acredita possuir o intérprete ao ter de adotar uma decisão para uma hipótese fática sobre a qual o sistema normativo não traz uma regra expressa. Nosso desafio é mostrar que isso é um equívoco nos dois sentidos em que se pode avaliar uma decisão política: do ponto de vista de sua legitimidade e do ponto de vista de seu conteúdo de justiça substantiva. Em termos procedimentais, veremos que uma decisão do Parlamento não se legitima apenas pela observância do devido processo legislativo, porquanto a legitimidade resta corrompida quando o conteúdo substancial da decisão democrática resulta em manifesta injustiça. Em termos substanciais, veremos que a opção interpretativa que atraiu o voto da maioria na CCJ do Senado não se justifica quando confrontada com os princípios de moralidade política que se exigem como condição de uma decisão democrática com pretensão de vincular moralmente o corpo social atingido por ela de modo significativo.

Para tanto, a delimitação exata do problema com que se depara exige uma síntese preliminar dos fatos. O Congresso edita uma lei que muda parcialmente o fuso horário, atingindo inteiramente um Estado da Federação. Em seguida, por razões que serão oportunamente expostas, resolve submetê-la a referendo para que a população a confirme ou rejeite. Sobrevindo o resultado da consulta rejeitando a lei, e não havendo norma expressa

sobre a eficácia do referendo na hipótese, depara com a questão, “o que fazer?”. Apresentam-se, então, duas posições no Parlamento: a do Senador Sérgio Petecão, sustentando que o referendo, por si só, revoga a lei sob consulta; e a do Senador Pedro Taques, afirmando o contrário, sob o fundamento de que a ausência de norma regulando os efeitos do referendo exigia a edição de uma nova lei. Esta decisão, que obteve o voto da maioria, conforme se demonstrará, é um equívoco. E em que ele consiste? O Senador Pedro Taques defendeu a necessidade de lei regulando a matéria porque entendeu, equivocadamente – segundo será demonstrado – que o ordenamento, ao tempo do referendo, não tinha uma resposta explícita acerca de sua eficácia. O equívoco dessa opinião é que ela decorre de uma concepção limitada do ordenamento jurídico, que o considera composto apenas de regra, ou seja, ela ignora a existência de princípios.

Nossa hipótese de pesquisa defenderá que esse entendimento é uma resposta interpretativa do ordenamento constitucional, mas é uma resposta errada, porque fundada em uma interpretação ruim, decorrente de uma concepção equivocada e limitada do sistema normativo e destituída de compromisso com princípios. Sustentaremos, com base na teoria da interpretação do direito como integridade, que ao tempo da controvérsia já havia sim uma solução para o caso. Esta solução, nos termos em que abordaremos, é dada pelos princípios de moralidade política que justificam a estrutura básica de uma democracia constitucional. Tais princípios, de que são exemplos o princípio democrático, o representativo, o da soberania popular, o do autogoverno, o majoritário apontam para a seguinte constatação: o Congresso não está obrigado a autorizar referendo, pois possui exclusividade e abertura constitucionais para fazê-lo apenas quando entenda que o tema o exija. Mas se o faz, interpreta-se que renunciou ao mandato para a questão específica, o que significa devolver a decisão ao povo.

Isso é uma ilação plausível, pois parte-se do pressuposto de que o Congresso é integrado por cidadãos razoáveis, de quem se espera atos inspirados no princípio da boa fé. Essa forma de vê a atuação parlamentar respalda a justa expectativa dos destinatários do poder de que a consulta feita é dotada de um propósito legítimo e definido. Isso é aferível concretamente com simples acesso aos termos do debate que se trava no devido processo legislativo que autoriza o referendo. Daí porque, não é aceitável, em termos morais, no seio de uma comunidade democrática considerada bem ordenada, constituída por pessoas razoáveis, racionais, e que se consideram iguais, venha o Parlamento consultar o povo com a intenção manifesta e declarada para que decida uma questão que lhe diz respeito, para depois frustrar-lhe.

Nada do que se diz sobre política faria muito sentido se não fosse levado em conta que a discordância, tanto antes quanto depois de tomadas as deliberações, é uma condição elementar da política moderna (WALDRON, 2003, p. 186). O ideal de democracia em um *mundo complexo*, onde competem concepções divergentes de doutrinas religiosas, filosóficas e morais, e onde as decisões precisam ser tomadas de forma a serem capazes de vincular aqueles que delas discordam, pressupõe a aceitação de que a discordância é uma *circunstância da política* (WALDRON, 2003, p. 187). Enquanto tal, retira sua importância do fato de que as pessoas preferem uma decisão comum, o que pressupõe, necessariamente, que elas discordam quanto a qual deve ser essa decisão comum (WALDRON, 2003, p. 187).

Mas uma coisa é a discordância, na política, quando estão em jogo decisões que dizem respeito a concepções de justiça e de moralidade, outra coisa é a discordância quanto ao sentido da Constituição em relação a qualquer dos conceitos que ela carrega. Na primeira hipótese se pode falar de uma decisão política, cujo resultado manifestado na legislação pode até ser injusto em certa medida, mas ainda assim vinculativo para os que com ela não concordam. Com efeito, “a injustiça da lei não é, em geral, razão suficiente para não acatá-la, assim como a validade jurídica da legislação (definida pela constituição vigente) não é razão suficiente para concordar com ela” (RAWLS, 2008, p.437).

Na segunda hipótese, diversamente, está-se diante de uma decisão jurídica, cuja legitimidade decorre não do procedimento – embora sempre se espere que um procedimento, como a regra da maioria, por exemplo, atenda às condições de *justiça de fundo* (RAWLS, 2008, p. 443-444) –, mas da aferição de sua compatibilidade com os princípios de moralidade política aceitos pela comunidade. Por esse ângulo, quando os congressistas divergem sobre qual é o sentido ou o alcance de uma norma da Constituição, os juízos valorativos subjacentes às opiniões divergentes não dizem respeito a escolhas estratégicas, mas sim, à capacidade de cada um dos polos divergentes em mostrar, com argumentos, que sua interpretação é melhor porque se justifica em princípios de moralidade política aceitos pela comunidade como corretos.

Nessa perspectiva, salienta-se que embora não passem despercebidas as notícias de negociações parlamentares com setores econômicos visando à prevalência de interesses de grupos, a análise ora procedida terá por escopo as divergências de opiniões entre os parlamentares no contexto político jurídico. Decerto, a abordagem do assunto sob a ótica da influência dos grupos de interesses, com destaque para as negociações entre as elites políticas

e burocráticas,¹ demandaria pesquisa interdisciplinar no campo da sociologia e da ciência política. Assim, procedemos ao resumo dos fatos legislativos mais relevantes que envolvem a atividade parlamentar na tomada de decisão acerca da mudança do fuso horário no Acre e seus desdobramentos, o que foi feito com base em pesquisa documental nos registros disponíveis nos sites do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

1.1 O fuso horário como era e porque mudou

Desde 1913, ou seja, há cerca de cem anos, o Estado do Acre estava incluído no “quarto fuso horário”, caracterizado pela hora de Greenwich “menos cinco horas”, o que equivale a “menos duas horas” em relação ao horário do Distrito Federal, nos termos do Decreto nº 2.784, de 1913.² Em abril de 2008 foi publicada a Lei n.º 11.662,³ alterando o referido Decreto para redimensionar o fuso horário do país. Em decorrência disso, o Acre passou a integrar o “terceiro fuso horário”, caracterizado pela hora de Greenwich “menos quatro horas”, o que equivale a “menos uma hora” em relação ao horário do Distrito Federal.

Esta alteração da hora legal trouxe profundas consequências à rotina da população acreana, principalmente em algumas épocas do ano, obrigando pais de família e crianças a se deslocarem para o trabalho e escolas quando ainda escuro, submetendo-os não só à insegurança, mas no caso dos menores, até mesmo ao risco de prejuízo no rendimento escolar.⁴ Um Manifesto da Associação dos Geógrafos Brasileiros, enviado aos Senadores da República, demonstra que uma parte expressiva da comunidade científica reprova a mudança

¹ Para Dahl a negociação entre as elites é um dos aspectos sombrios do governo representativo: “a maioria dos cidadãos que vive em países democráticos tem consciência dele, em geral o aceitam como parte do preço a pagar pela representação” (DAHL, 2009, p. 128).

² Este Decreto estabelece que para as relações contratuais internacionais e comerciais, o Meridiano de Greenwich será considerado fundamental em todo o território da República. Assim, seu art. 2º dividiu o país em quatro fusos horários (classificados nas alíneas “a”, “b”, “c” e “d”), estando o Estado do Acre incluído na alínea “d” do art. 2º, classificado no “quarto fuso horário”, caracterizado pela hora de Greenwich “menos cinco horas”, o que equivale a “menos duas horas” em relação ao horário do Distrito Federal.

³ Ementa da Lei nº 11.662, de 2008: “Altera as alíneas ‘b’ e ‘c’ e revoga a alínea ‘d’ do art. 2º do Decreto nº 2.784, de 18 de junho de 1913, a fim de modificar os fusos horários do Estado do Acre e de parte do Estado do Amazonas do fuso horário Greenwich ‘menos cinco horas’ para o fuso horário Greenwich ‘menos quatro horas’, e da parte ocidental do Estado do Pará do fuso horário Greenwich ‘menos quatro horas’ para o fuso horário Greenwich ‘menos três horas.’” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111662.htm> Acesso em 29 ago. 2012.

⁴ Esses aspectos negativos gerados pela entrada em vigor da Lei 11.662/2008 foram consignados como justificativas do Projeto de Lei nº 446, de 2001, de autoria do Deputado Federal Pauderney Avelino (DEM/AM), já aprovado pela CCJ-CD e encaminhado ao Senado Federal para deliberação. Informação disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=492225>> Acesso em: 29 ago. 2012.

de horário, em face de uma diversidade de motivos. Dentre eles, destacam-se as consequências negativas na saúde da população. Veja-se:

4. Os Projetos de Lei ignoram os prováveis impactos no metabolismo dos cidadãos e cidadãs dessas regiões, em especial nas crianças, com possíveis resultados negativos, como a perda de rendimento nas atividades escolares, como já se observa no Acre. Com a sanção da medida, parcela substancial destas populações terá suas primeiras atividades do dia ainda no escuro, com alterações biológicas que podem provocar sérios transtornos de saúde, ocasionando, por exemplo, o aumento no consumo de medicamentos estimulantes e relaxantes.⁵

Tão logo entrou em vigor o novo horário estabelecido pela Lei nº 11.662, de 2008, travou-se um acirrado debate na comunidade acreana acerca das motivações da referida Lei, bem como o modo como foi feita a alteração, porquanto não se levou efetivamente em conta a opinião da população atingida. Na verdade, veio à tona uma clara divergência entre o que foi utilizado como justificativa do projeto, apresentado pelo Ex-Senador Tião Viana (PT-AC), e os pretensos “motivos reais”, “não declarados”, supostamente ligados à satisfação de interesses meramente econômicos das empresas de telecomunicações.⁶

A informação da existência de interesse econômico na mudança do horário por parte das empresas do ramo das telecomunicações ficou bastante evidente após a votação do referendo, uma vez que foi divulgada em diversos meios a notícia de que a ABERT (Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão) engajou-se na defesa de uma nova lei para revogar a mudança do horário, a despeito do resultado do referendo. Foi o que divulgou, por exemplo, a Folha *on line*: “A votação de uma nova lei é defendida pela Abert. Segundo a associação, apenas uma lei, votada no Congresso, poderia trazer "segurança jurídica" e derrubar a lei de 2008, que adiantou os relógios para uma hora a menos em relação ao DF.”⁷

⁵ Disponível em: <<http://altino.blogspot.com.br/2009/09/fuso-horario-na-regiao-norte.html>> Acesso em: 20 jan. 2013.

⁶ Nesse sentido, veja-se a carta aberta da Diretoria Executiva Nacional da Associação dos Geógrafos Brasileiros. Disponível em: <http://www.agb.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=83> Acesso em: 26 ago. 2011.

⁷ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/882249-quatro-meses-apos-referendo-fuso-horario-do-acre-continua-o-mesmo.shtml>> Acesso em: 22 mar. 2013. O site Terra Magazine divulgou informação no mesmo sentido. Com efeito, atribuiu ao Senador Sérgio Petecão (PSD-AC) as seguintes declarações: “- As emissoras querem atropelar a decisão do povo e vão tentar convencer os demais senadores da CCJ a derrubarem meu parecer na próxima quarta-feira. Elas querem é impedir a qualquer custo a volta da hora antiga do Acre com um projeto de lei que pode demorar cem anos tramitando no Congresso – afirma Petecão.” Segundo a matéria, o referido Senador havia dado parecer pela incidência imediata do resultado do referendo, o que contrariava o interesse das empresas de comunicação, que pretendiam adiar o quanto pudessem o retorno do antigo horário. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/blogdaamazonia/blog/2011/02/18/globo-tenta-impedir-fuso-horario-escolhido-em-referendo-no-acre/>> Acesso em: 22 mar. 2013.

De acordo com o Projeto de Lei do Ex-Senador Tião Viana (PT-AC), a mudança de horário se justificaria porque o fuso horário até então em vigor tinha se mostrado, ao longo do tempo, prejudicial aos interesses da população do Estado do Acre e de parte ocidental do Amazonas, em face da contínua evolução tecnológica. Constatou-se que a redução do fuso em uma hora permitiria maior integração do Estado com o sistema financeiro do resto do país, facilitaria as telecomunicações e o transporte aéreo, e resultaria em participação mais efetiva da vida econômica, política e cultural dos centros mais desenvolvidos. Também foi destacada no projeto a existência de estudos que “mostram que o adiantar permanente de uma hora nessa Região mais ocidental do Brasil permitirá uma melhor adaptação da ordem temporal interna da população, facilitando o ciclo laboral e propiciando mais conforto às pessoas”.⁸

Contrariando a motivação acima, depois que a Lei nº 11.662, de 2008 entrou em vigor, a imprensa publicou em diversas oportunidades informações de que a proposta de mudança do horário foi feita para atender à Rede Globo.⁹ Divulgou-se que o motivo determinante da alteração do horário não tinha que ver, necessariamente, com a alegada pretensão de melhora das condições de vida do povo, mas sim, à satisfação do interesse econômico do seguimento das empresas de telecomunicações. Conforme se extrai das várias matérias a respeito do tema, a Rede Globo e outras empresas de telecomunicações teriam de se adaptar à classificação indicativa dos programas exigida por Portaria do Ministério da Justiça,¹⁰ em face de atuação do Ministério Público Federal visando cumprir normas do

⁸ Para acesso ao inteiro teor da justificativa do Projeto de Lei do Ex-Senador Tião Viana, veja-se PLS – Projeto de Lei do Senado nº 305, de 2006, disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79376> Acesso em: 30 jan. 2013.

⁹ A propósito, lê-se no Folha *on line* matéria informando sobre o *lobby* das empresas de telecomunicações, por meio da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT. Segundo a matéria, a ABERT teria feito manobras políticas para que o resultado do referendo, rejeitando a mudança de horário, não entrasse em vigor sem que antes fosse feita uma nova lei, o que demandaria tempo indeterminado. Embora a referida entidade negue que tenha feito interferências no processo político, consta a informação de que “À época do referendo, emissoras de televisão se posicionaram contra o atraso em uma hora, que as obrigaria a ajustar a grade de programação exclusivamente para o Estado para se adequar à classificação de horário por faixa etária.” Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/882249-quatro-meses-apos-referendo-fuso-horario-do-acre-continua-o-mesmo.shtml>> Acesso em: 29 jan. 2013. É o que também se vê na versão *on line* do Jornal do Brasil, que diz que: “A Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão (Abert) ameaça recorrer à Justiça para tentar impedir a população do Acre de voltar a conviver com a hora antiga do Estado, isto é, de duas horas de diferença em relação ao horário de Brasília.” Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2011/02/18/globo-tenta-anular-fuso-horario-escolhido-em-referendo-no-acre/>> Acesso em: 29 jan. 2013. No mesmo sentido, lê-se no Blog do Altino matéria que diz que “Para atender à Rede Globo Senado aprova redução do fuso horário”. disponível em: <<http://altino.blogspot.com.br/2008/04/senado-aprova-reduo-do-fuso-horrio-na.html>> Acesso em: 29 jan. 2013.

¹⁰ “O movimento político para alterar o fuso horário começou após entrar em vigor a portaria 1.220/07, do Ministério da Justiça. A portaria determina que as emissoras de TV adaptem suas transmissões aos diferentes fusos horários vigentes no País em função da classificação indicativa dos programas.” Disponível em: <<http://altino.blogspot.com.br/2010/11/senado-vai-restabelecer-horal-legal-do.html>> Acesso em: 29 jan. 2013.

Estatuto da Criança e do Adolescente.¹¹ Com a mudança de horário, seus prejuízos seriam menores, ou não haveria, porquanto poderia veicular no Acre e em outros Estados, com base em uma única grade, toda a sua programação. É o que se percebe pelas diversas manifestações da imprensa nesse sentido.¹²

Ao lado disso, irressignava-se a população pelo fato de haver sofrido tão profunda alteração em sua rotina diária, sem que lhe tivesse sido facultada a oportunidade de opinar sobre o assunto.¹³ Explorou-se o quanto se pôde o argumento de que a decisão de mudar o horário com consequências tão negativas para a população foi um ato antidemocrático. É representativa desse pensamento a manifestação do Deputado Federal Flaviano Melo (PMDB-AC), autor do Projeto de Referendo para reverter a hora legal no Acre, em crítica à iniciativa do Ex-Senador Tião Viana (PT-AC), autor do Projeto de Lei do novo horário, quando declarou ao site Terra Magazine:

O fato de não ter consultado a população foi um erro dele. Um erro grave. Foi um ato antidemocrático. Talvez ele não tenha a experiência democrática que eu tenho. Talvez ele não tenha a vivência de ter lutado pela democracia como o meu partido, eu e minha família lutamos. Talvez ele ainda não tenha assimilado o direito democrático de todos. Porque fez o que fez, impondo uma mudança tão drástica à vida das pessoas. Eu não considero isso democrático.¹⁴

¹¹ Oportuno registrar que desde 2001 tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.404, em que o Partido dos Trabalhadores questiona o art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta norma estabelece multa às empresas de telecomunicações que transmitam espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem o aviso de sua classificação. Em 2011 a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) requereu seu ingresso na ação na condição de *amicus curiae*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 17 fev. 2013. Sobre as consequências dessa ação no que tange ao tema da proteção dos direitos das crianças e adolescentes de terem acesso apenas a programações adequadas à sua idade, veja-se interessante opinião da Ex-Senadora da República Marina Silva na Folha de São Paulo, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/20950-ampliar-o-debate.shtml>> Acesso em: 17 fev. 2013.

¹² Aliás, algumas matérias chegaram a fazer referência expressa a um suposto interesse do Senado Federal em promover a mudança para atender à Rede Globo. É o que se vê nesta manchete de abril de 2008, estampada em um blog bastante acessado no Estado do Acre: “Para atender à Rede Globo Senado aprova redução do fuso horário”. No interior da matéria se lê: “As emissoras da Rede Globo, nos estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Roraima, Rondônia, Acre, Amazonas e oeste do Pará, estão com uma grade de programação básica diferenciada em relação ao restante do país. No caso da TV Acre, de Rio Branco, onde o fuso é de duas horas, a programação é pré-gravada e exibida em horário local, o que tem gerado prejuízos comerciais à emissora.” Disponível em: <<http://altino.blogspot.com.br/2008/04/senado-aprova-reduo-do-fuso-horrio-na.html>> Acesso em: 30 jan. 2013.

¹³ Dentre as iniciativas da população contra a mudança do horário, sem ouvir os atingidos, destaca-se uma mobilização de estudantes e professores da Universidade Federal do Acre – UFAC, intitulada “Uma hora a mais sem democracia”, conforme se nota no Blog Ambiente Acreano, disponível em: <<http://ambienteacreano.blogspot.com/2008/07/o-acre-contr-a-o-novo-fuso-horrio.html>> Acesso em: 26 ago. 2011.

¹⁴ Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/blogdaamazonia/blog/2009/03/29/deputado-quer-referendo-popular-no-acre-para-decidir-sobre-mudanca-no-fuso-horario-do-estado/>> Acesso em: 29 jan. 2013.

Talvez a pecha de antidemocrático pudesse ter sido evitada se o Ex-Senador Tião Viana (PT-AC) tivesse insistido na proposta de plebiscito que chegou a formular concomitantemente à apresentação do projeto de lei de mudança do horário. Isso está indicado na parte final da justificativa de seu Projeto de Lei de alteração do fuso horário.¹⁵ Sua intenção era condicionar a mudança do horário à anuência da comunidade, o que por si só mitiga em parte a dureza do discurso do Deputado Federal Flaviano Melo. Vê-se na justificativa do referido projeto (PDS – Projeto de Decreto Legislativo do Senado Federal, nº 436, de 2006),¹⁶ que desde o início ele sabia que estava lidando com um assunto sensível e de grande repercussão na vida da população do Estado do Acre e Amazonas. Nesse sentido, disse o referido Congressista:

A proposta de Decreto Legislativo diferencia-se das proposições anteriores apresentadas por prever a oitiva das populações interessadas, antes de se aprovar alteração legislativa nesse sentido. O plebiscito que se propõe convocar pretende revestir a decisão da chancela da população sobre um assunto reconhecidamente controverso, mas que, nesse caso, tenho confiança de que terá o apoio da população acreana e amazonense.

Em que pese a intenção de ouvir o povo sobre a mudança de horário, registrada nos projetos de autoria do Ex-Senador Tião Viana, fato é que ele mesmo propôs a retirada do Projeto de Decreto Legislativo nº 436, de 2006, no qual intentava a convocação de plebiscito. Isso está consignado no Requerimento nº 243, de 2007, no qual o Ex-Senador faz uso de sua prerrogativa regimental de desistir de uma proposta legislativa. Não há exigência legal de justificativa para que um parlamentar desista de uma proposição de sua autoria.¹⁷ É nesse contexto de insatisfação geral na comunidade acreana que surge a ideia de se rediscutir a mudança do horário por meio de um referendo.

¹⁵ A propósito, vê-se da justificativa do Projeto de Lei do Senado – PDS 305, de 2006, de autoria do Ex-Senador Tião Viana, que juntamente com a proposta de mudança de horário, ele propôs um projeto para a convocação de plebiscito. Ali ele dizia: “A presente proposição foi apresentada juntamente com uma proposta de Decreto Legislativo que visa a convocar plebiscito para, democraticamente, ouvir as populações interessadas sobre a alteração permanente do fuso horário. Caso aprovada proposta de convocação do plebiscito, esse Projeto de Lei terá sua tramitação sustada, até que a população decida sobre a questão. A concordância da população interessada ensejará a retomada da tramitação. A discordância ensejará o arquivamento. Com isso, obtém-se, concomitantemente, economia e celeridade no processo legislativo.” Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/8937.pdf>> Acesso em: 31 jan. 2013.

¹⁶ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79387> Acesso em: 31 jan. 2013.

¹⁷ O Requerimento nº 243, de 2007, encontra-se publicado no Diário do Senado Federal, edição de 28 de março de 2007. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=28/03/2007&paginaDireta=06883>> Acesso em: 31 jan. 2013.

1.2 O povo não gostou e pediu pra ser ouvido

Em 15 de outubro de 2008, o Deputado Federal Flaviano Melo (PMD/AC) apresentou o Projeto de Decreto Legislativo n.º 981/2008,¹⁸ propondo a convocação de referendo, a fim de ouvir a população do Estado do Acre acerca de sua concordância ou não com a Lei n.º 11.662, de 2008. Este projeto foi aprovado no Congresso Nacional,¹⁹ depois de tramitar nas duas Casas, vindo a se transformar no Decreto Legislativo n.º 900, de 1º de dezembro de 2009. Por meio desta norma, o Congresso Nacional autorizou o referendo para consultar o eleitorado do Estado do Acre sobre a conveniência e oportunidade da referida alteração de horário. A consulta foi feita concomitantemente à eleição do dia 31 de outubro de 2009, ocasião em que o eleitorado foi chamado a responder “sim” ou “não” à seguinte questão: “Você é a favor da recente alteração do horário legal promovida no seu Estado?” (Arts. 1º e 2º, DL N.º 900, DE 2009)²⁰.

Interessante notar que tanto no Projeto n.º 981/2008, que deu início ao processo legislativo de aprovação do referendo, quanto no próprio Decreto n.º 900, de 2009, que convocou a consulta, consta no preâmbulo: “Dispõe sobre a realização de referendo para *decidir* sobre a alteração da hora no Estado do Acre.”²¹ (grifamos). Isso indica que, já estando em vigor a Lei n.º 11.662, de 2008, a iniciativa do Congresso Nacional no sentido de submetê-la à aprovação popular o foi com o intuito de harmonizar a vontade da população afetada pela norma com a atuação do Parlamento. Isso é confirmado em parte pelo teor dos fundamentos da convocação do referendo, constantes da justificação da proposta de Decreto Legislativo n.º 981/2008:

A justificativa dada, econômica, tecnológica e energética, não foi suficiente para abafar inúmeras críticas e manifestações da população local contrária à mudança, sobretudo porque não foi precedida de debates ou esclarecimentos, e significou grande impacto em lugares situados no meio do fuso.

¹⁸ Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=412236>> Acesso em: 26 ago. 2011.

¹⁹ Depois de aprovado pela Câmara dos Deputados, o Projeto de Decreto Legislativo foi encaminhado ao Senado Federal, onde recebeu o n.º PDS 867/2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94066> Acesso em: 26 ago. 2011.

²⁰ Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=239314&norma=260224>> Acesso em: 26 ago. 2011.

²¹ Informações constantes da tramitação do processo legislativo no Senado Federal, disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=69318&tp=1>> Acesso em: 24 ago. 2012.

Consta ainda na justificação do Projeto de Decreto acima referido que: “A imprensa alardeou incessantemente que a mudança de fuso não foi fruto da vontade da população, mas do empresariado, sobretudo do ramo das telecomunicações”. Assim, foi aprovado o Projeto de Decreto Legislativo nº 981/2008, que veio se converter no Decreto Legislativo nº 900, de 1º de dezembro de 2009, autorizando a realização do referendo em outubro de 2010.

1.3 O povo decidiu, mas sua voz não teve efeito. Por quê?

Em 8 de fevereiro de 2011, o então Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Ricardo Levandowski, por meio do ofício n.º 453/2011/SPR, comunicou o Presidente do Congresso Nacional, Senador José Sarney, que o Pleno do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) havia homologado o resultado do referendo, proclamado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Acre, que foi o seguinte: 56,87% dos votos válidos disseram “não” e 43,13% disseram “sim”, à questão acima referida, o que significou que a maioria da população consultada se manifestou contrária à mudança de fuso horário, rejeitando a Lei n.º 11.662/2008.²²

Em dúvida acerca de que procedimento adotar para fazer valer a vontade popular, que se manifestou contrária a uma lei em vigor, o Presidente do Senado Federal Encaminha à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela Casa, nos termos do artigo 101, inciso I, do seu Regimento Interno, consulta sobre as providências cabíveis a serem adotadas quanto ao Ofício n.º 453/2011-SPR, de 8 de fevereiro de 2011, do Presidente do TSE.

Acerca disso, instaurou-se uma controvérsia entre os parlamentares daquela Comissão sobre o que deveria ser feito em termos legislativos. Designado Relator o Senador Sérgio Petecão (PSD-AC), este apresentou seu voto no sentido de que, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei nº 9.709, de 1998, que regulamenta o exercício do referendo, do plebiscito e da iniciativa popular, “o referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição”. Assim, em síntese, concluiu que, como o referendo convocado pelo Decreto Legislativo n.º 900/2009 demonstrou a manifestação inequívoca da população acerca da não incidência normativa à realidade fática, quis dizer “não” à vigência da norma que afetava aquela sociedade. Daí porque votou no sentido de que o Presidente da Mesa Diretora do Congresso Nacional expedisse um ato

²² Total de votos válidos: 324.369. “NÃO”: 56,87% (184.478); “SIM”: 43,13% (139.891). Informações constantes do Portal do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=86896&tp=1>> Acesso em: 27 ago. 2011.

declaratório informando que as disposições da Lei nº 11.662, de 2008 tiveram sua “eficácia encerrada”, no que se refere ao Estado do Acre, na data de publicação da decisão homologatória do resultado do referendo pelo TSE.²³

Contrário a este entendimento, manifestou-se com voto em separado o Senador Pedro Taques, que levou em conta aspectos de natureza procedimental acerca do exercício do referendo, tais como, inexistência, no caso, de qualquer cláusula resolutiva suspensiva que condicionasse os efeitos da Lei nº 11.662, de 2008. Também levou em conta que o Decreto Legislativo n.º 900/2009, que convocou o referendo, não dispôs acerca de seus efeitos em relação à lei mencionada, e, ademais, fora expedido com o propósito de “consultar” a população acerca da “conveniência” e “oportunidade” dos termos da lei referida, o que, segundo ele, não implica uma imediata perda de eficácia da lei. Por fim, ponderou que é legítimo o exercício da vontade popular por meio do referendo, mas isso tem de se dar nos termos da Constituição Federal, de sorte que uma lei votada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República somente poderia ser revogada por lei da mesma espécie, e não por meio de Ato Declaratório unilateral do Congresso Nacional.²⁴

Em 2 de março de 2011 a Consulta n.º 1 foi retirada de pauta a pedido do Relator.²⁵ Na verdade, a retirada de pauta se deve a acordo entre todos os membros da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decorrência de haver sido vencido o Relator. Nos termos do voto em separado do Senador Pedro Taques, uma nova proposta de lei deveria ser apresentada, como de fato foi. Trata-se do Projeto de Lei nº 91, de 2011, do Senado Federal (Projeto de Lei nº 1.669, de 2011, da Câmara dos Deputados), o qual foi aprovado pelo Congresso e enviado à sanção da Presidência da República. Este projeto foi vetado pelo Poder Executivo, conforme a Mensagem 593, de 21 de dezembro de 2011, por ter sido considerado *contrário ao interesse público*.²⁶ Ao vetá-lo, o Poder Executivo apresentou seu próprio projeto de lei visando alterar o art. 2º do Decreto nº 2.784, de 18 de junho de 1913, para restabelecer o fuso horário do Estado do Acre e parte do Amazonas. Segundo a justificativa do Poder Executivo, o referido projeto do Senador Pedro Taques extrapolava o resultado da

²³ Íntegra do voto do Relator da Consulta 1/2011 de 14/02/2011, Senador Sérgio Petecão, disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/86903.pdf>> Acesso em: 27 ago. 2011.

²⁴ Inteiro teor do voto do Senador Pedro Taques, disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/87132.pdf>> Acesso em: 07 nov. 2011.

²⁵ Conforme acompanhamento processual no Portal do Senado Federal, disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99092> Acesso em: 27 ago. 2011.

²⁶ Consta da mensagem do veto a seguinte justificativa: "Da forma como redigido, o projeto de lei não permite a apreciação individualizada das alterações propostas aos fusos horários nos Estados do Acre, do Amazonas e do Pará, impedindo a apreciação da matéria face às realidades locais de cada um dos entes afetados." Publicado no DOU em 21/12/2011, p. 00001. Inteiro teor disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/Vet/VET-593.htm> Acesso em: 24 ago. 2012.

consulta realizada e trazia inconvenientes a outras unidades da federação²⁷. Entendeu a Presidência da República que, com o veto integral do projeto então aprovado pelo Parlamento, o restabelecimento da hora legal no Estado do Acre e parte do Amazonas ficou prejudicado.²⁸ O veto da Presidência da República tramita no Congresso Nacional, e será objeto de deliberação conjunta das duas Casas, por meio de Comissão Mista.²⁹

Além das proposições legislativas anteriormente referidas, tramitou paralelamente ao Projeto de Lei nº 91/2011 do Senado Federal, o Projeto de Lei nº 446/2011, de iniciativa do Deputado Federal Pauderney Avelino (DEM/AM). Conforme se nota da ementa do projeto, a iniciativa tem o mesmo propósito de fazer valer a vontade popular manifestada no referendo realizado no Estado do Acre. Este projeto já foi aprovado na Câmara dos Deputados e aguarda deliberação do Senado Federal.³⁰

Não termina aí a série de iniciativas decorrentes da posição da CCJ do Senado em não dar eficácia imediata ao resultado do referendo do fuso horário. Discordando de todas as providências anteriores, adotadas no âmbito do Congresso Nacional e da Presidência da República, o Senador Aníbal Diniz (PT-AC), em 20 de março de 2012, apresentou Projeto de Decreto Legislativo, convocando *plebiscito* sobre a alteração do horário legal dos Estados do Acre, do Amazonas e do Pará. Segundo ele, nem o referendo votado pelo povo do Acre sobre a Lei nº 11.662, de 2008, nem as iniciativas legislativas do Congresso Nacional e da Presidência da República resolvem a *polêmica* da questão do fuso horário, que ele identifica com as sucessivas medidas desde a edição da Lei nº 11.662, de 2008, e já descritas nos itens anteriores (itens 1.1 a 1.3, retro).

Pretende, assim, que após a aprovação do Projeto de Decreto, seja feita uma consulta simultânea nos Estados do Acre, Amazonas e Pará, no próximo pleito eleitoral (2014), a fim de que as populações dos referidos Entes Federados respondam à seguinte pergunta: “Você é a favor da alteração do horário legal promovida no seu Estado pela Lei nº 11.662, de 24 de abril de 2008, diminuído de duas para uma hora a diferença de fuso horário deste Estado em relação ao horário oficial de Brasília?”. De acordo com o projeto do Senador Aníbal Diniz, o

²⁷ Observa-se do ofício EMI nº 00051/MCTI/MRE/MPOG, de 21 de dezembro de 2011, em que constam as justificativas do Projeto de Lei nº 3.078/2011, que embora o mesmo faça referência a “inconvenientes a outras unidades federadas”, tal referência foi genérica, sem indicação de quais inconveniências e sem indicação das aludidas Unidades Federadas. Vide documento anexo ao final.

²⁸ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=533506>> Acesso em: 28 ago. 2012

²⁹ Para acompanhamento do andamento do veto, consulte-se: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103849> Acesso em: 27 mar. 2013.

³⁰ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=492225>> Acesso em: 29 ago. 2012.

plebiscito nos três Estados tem a finalidade de “permitir que o Congresso Nacional tome a melhor decisão sobre a alteração dos fusos horários adotados na Região Norte do país, de acordo com a vontade da população”. Consta ainda da justificativa do projeto que com a consulta plebiscitária irão ser dirimidas todas as dúvidas sobre o tema do fuso horário, e que o Congresso Nacional irá escolher o caminho que melhor atenda às necessidades e aos interesses do povo dos Estados envolvidos.³¹

O resumo descritivo acima demonstra de imediato que a questão da participação popular no processo político democrático no Brasil carece de reflexão e análise, e está longe de ser um tema pacífico, ao menos no que toca à sua efetividade. O estudo da relação que há ou que pode haver entre referendo e democracia, e que possibilitaria com maior precisão a extração do sentido desse instrumento na Constituição Federal, requer um recorte conceitual rigoroso, não só do conceito de referendo, mas do próprio conceito de democracia, tarefa mais afeta à ciência política (CANOTILHO, 2008, p. 301). Não nos deteremos sobre isso aqui, porquanto nos interessa considerar os efeitos do referendo no processo legislativo do ponto de vista normativo.

Isso não quer dizer que devemos ignorar a evidência de que o Constituinte, ao conceber o referendo no âmbito dos direitos políticos fundamentais de modo vago, conferindo às maiorias eventuais a incumbência de fixar-lhes as regras de uso, deixa implícita a objeção sobre a possibilidade de utilização desse instituto como forma de controle de distorções da democracia representativa. Para Canotilho, precisamente por essa razão, o referendo só poderá ser um mecanismo de aperfeiçoamento da democracia, se os princípios e as regras fundamentais quanto à sua iniciativa, seu objeto, sua natureza, seus efeitos e procedimentos estiverem positivados na Constituição (CANOTILHO, 2008, p. 306). A Constituição Federal não regulamentou nenhum desses aspectos. E o legislador ordinário, dez anos depois da constitucionalização do referendo, editou a Lei nº 9.709, de 1998, que pouco contribuiu para fazer dos instrumentos de participação popular uma realidade perceptível na tomada de decisões do Parlamento.

Parece claro que a omissão constitucional e legislativa acerca dos efeitos do referendo no sistema normativo é o típico caso de *omissões voluntárias* (OLIVEIRA, 2010, p. 15). Em termos formais se pode dizer que estamos diante de uma democracia que assegura a possibilidade de participação direta do cidadão na formação da vontade política do Estado. Não obstante, efetivamente, o poder fica concentrado na mão dos representantes políticos, que

³¹ O inteiro teor do Projeto de Decreto Legislativo nº 77, de 2012, está disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=104659> Acesso em: 29 ago. 2012.

dele fazem uso de acordo com os interesses desse estamento. Com efeito, cabendo-lhes o poder de regular os institutos da participação popular, fazem-no de modo a impor-lhes disciplinas rigorosas, que dificultam o seu uso, senão esvaziam tais normas de todo o conteúdo (OLIVEIRA, 2010, p. 15).

Outra forma de ver os fatos consiste em considerar que, a despeito de as omissões legais e constitucionais sobre os efeitos do referendo estarem sujeitas à acusação de *omissões voluntárias* – o que, em última análise, pressupõe ser possível investigar a intenção dos legisladores ou dos constituintes –, é certo que o constituinte concebeu claramente esse instrumento de participação popular no âmbito dos direitos fundamentais, de que são espécies os direitos políticos. Em sendo assim, ao intérprete competiria atribuir-lhes um juízo que desse a ele sentido concretizante, não um sentido que viesse a destituí-lo de toda aplicabilidade (SGARBI, 1999, p. 131). Veremos oportunamente (Capítulo 4. Dworkin e a ideia de direito como integridade), quando tratarmos da interpretação do direito como integridade, que a inexistência ou a obscuridade da norma não é óbice para a aplicação do direito.

Antes se faz necessário, todavia, trazer à lembrança, ainda que em síntese, os principais aspectos da dogmática desses instrumentos de participação popular no sistema representativo brasileiro, com destaque para o referendo, sem deixar de considerar os traços que o distinguem do plebiscito. Com efeito, não é incomum, mesmo no âmbito das comissões do Congresso Nacional, ver-se os parlamentares tratarem esses institutos como se fossem sinônimos. Essa confusão semântica está bem visível no projeto de Decreto Legislativo nº 77, de 2012, de autoria do Senador Aníbal Diniz,³² em que ele pretende a convocação de plebiscito para que o povo se manifeste sobre a Lei nº 11.662, de 2008. Conforme se verá a seguir, apenas a falta de noções elementares sobre as diferenças entre um plebiscito e um referendo justifica que se pretenda convocar plebiscito para que o povo se manifeste – novamente – sobre o destino de um ato do Parlamento.³³

³² O inteiro teor do Projeto de Decreto Legislativo nº 77, de 2012, está disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=104659> Acesso em: 29 ago. 2012.

³³ Para um estudo aprofundado da dogmática dos instrumentos de participação popular, vale consultar: (BENEVIDES, 2003); (SGARBI, 1999); (SOARES, 1998); (SANTANA, 1995); (LIN, 2011).

2. O REGIME CONSTITUCIONAL E LEGAL DO REFERENDO NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, apesar de haver adotado a democracia representativa como sistema político, considerou a possibilidade de se conferir ao povo o direito de exercer a sua vontade diretamente (art. 1º, parágrafo único), ainda que para isso tenha previsto competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar referendos e convocar plebiscitos (art. 49, XV). Desse modo, embora apenas formalmente, ampliou a possibilidade de participação popular na formação da vontade do Estado. Os instrumentos de exercício da vontade direta do povo nas deliberações políticas foram inseridos no título que cuida dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, mais especificamente no capítulo dos direitos políticos (art. 14, I, II, III).³⁴ Trata-se, sem dúvida, de uma inovação indicativa do propósito de ampliação e aperfeiçoamento da ideia de democracia, resultante do processo de abertura democrática do país após o Regime Militar.³⁵ Apesar dessas previsões, e mesmo sobrevindo uma lei que regulamenta o art. 14 e incisos da Constituição Federal, nada se dispôs sobre a eficácia de um referendo que rejeita norma em vigor.

Poder-se-ia dizer que a controvérsia sobre a eficácia do referendo do fuso horário é decorrência dessa circunstância, e que tudo seria evitado se houvesse uma regulamentação mais adequada desse instituto.³⁶ É claro que um pensamento assim nos remete à ideia de

³⁴ Os incisos se referem ao plebiscito, referendo e iniciativa popular. “A vigência de tais institutos, ao lado de eleições periódicas para o Executivo e o Legislativo, configura um regime que autores europeus – sobretudo suíços e franceses – denominam ‘democracia semidireta’. Nos Estados Unidos, onde é frequente a prática de referendos e iniciativas populares, fala-se em ‘legislação direta’ (*direct legislation*)” (BENEVIDES, 2003, p. 33).

³⁵ “Pela primeira vez em nossa história política, a sociedade se organiza com tal nível de participação – no plano nacional, estadual e municipal – em torno de questões até então consideradas ‘tarefa exclusiva’ dos juristas, dos políticos, dos governos. A criação de plenários, comitês e movimentos pró-participação popular na Constituinte é o melhor exemplo dessa nova fase” (BENEVIDES, 2003, p. 123). A propósito dos movimentos populares que ocorreram quando do processo constituinte de 1988, veja-se interessante estudo de Nelson Shih Yien Lin, da Universidade de São Paulo, onde ele analisa detidamente as emendas populares no processo constitucional brasileiro que deram origem aos mecanismos institucionais de participação direta do povo nas deliberações de governo: “O fim da ditadura militar e a transição democrática no Brasil foram marcadas pelo renascimento do associativismo civil e da participação popular na política do país. Cidadãos se organizavam de forma coletiva para reivindicar mais liberdade, o retorno dos direitos políticos, ou por questões mais locais como saneamento básico, moradia, segurança, entre outros” (LIN, 2010, p. 48-49).

³⁶ Nesse sentido, tramitam diversas propostas de reforma dos mecanismos de participação popular no Congresso Nacional, algumas prevendo a revogação da Lei n.º 9.709/98, que regulamenta atualmente o art. 14, I, II, e III, da Constituição Federal, outras prevendo alteração. Veja-se, especialmente, o Projeto de Lei n.º 6.928/2002 (ao qual se encontram apenas todos os demais projetos versando sobre matérias conexas), bem como o seu substitutivo apresentado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, onde se prevê expressamente, dentre outras inovações, o caráter revocatório da decisão popular com efeitos vinculantes para o Parlamento (PL 6.928/2002, art. 13, parágrafo único). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56230>> Acesso em: 04 set. 2012.

positivismo ideológico (ou formalismo jurídico), a qual pressupõe que o direito é composto unicamente de leis. Segundo essa visão do direito, as normas legisladas sempre oferecem uma solução unívoca e precisa para qualquer hipótese fática. E se não fosse assim, ainda segundo essa ideia do direito, os juízes teriam de recorrer a outros tipos de critérios não jurídicos para suas decisões (NINO, 2010, p. 41).

Uma visão bastante disseminada e mais atualizada do conceito de direito, pregada por H. L. A. Hart, defende a inevitabilidade do fato de que não apenas no terreno das normas, mas em todos os campos da existência há um limite natural da linguagem quanto à sua capacidade de oferecer orientações gerais. Nesse sentido, segundo ele, qualquer estratégia que seja escolhida para a transmissão de padrões de comportamento (legislação ou precedente), por mais que funcionem na maior parte dos casos, “se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida; terão o que se tem chamado de *textura aberta*” (HART, 2009, p. 166). Nessas hipóteses, Hart defende a necessidade do exercício posterior de uma escolha na aplicação de normas gerais a casos específicos (HART, 2009, p. 168).

Mais adiante (Cap. 4, item 4.3) veremos que essa concepção de direito que dá ao intérprete a discricionariedade para decisões criativas quando se verifica omissão no sistema normativo leva à arbitrariedade, pois não existem mecanismos capazes de garantir que o resultado não seja uma escolha em preferências pessoais do julgador, ou de quem tenha autoridade para tomar uma decisão em circunstâncias análogas. Assim, ao verificar que a Constituição Federal, ou mesmo a lei de regência dos instrumentos de participação popular são omissas quanto à eficácia do referendo, não quer dizer que se possa criar o direito *ex post facto*. Com efeito, a ausência de preceito normativo não equivale à ausência de norma, pois normas não equivalem a textos necessariamente (ÁVILA, 2011, p. 30-31).³⁷

2.1 O referendo e o plebiscito – breve análise comparativa

Antes de tudo é preciso que se compreenda que o referendo e o plebiscito sempre estiveram ligados à ideia de democracia direta. Historicamente, são instrumentos de exercício do poder popular sobre assuntos de relevância constitucional, embora não se possa desconhecer o uso desses instrumentos por governos que manipulam a *vontade geral* para

³⁷ Para Humberto Ávila, “*normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte” (ÁVILA, 2011, p. 30) – grifo do autor.

conferir aspecto de legitimidade democrática ao que na verdade são autocracias.³⁸ A despeito de a história indicar o uso indistinto desses institutos, dificultando uma afirmação segura quanto à diferença precisa entre eles, notadamente quanto ao seu objeto e efeitos (SOARES, 1998, p. 55),³⁹ é relevante que a bem da clareza e da segurança jurídica se identifiquem os critérios que possam diferenciá-los de modo minimamente razoável.

A doutrina estipula dois critérios que seriam suficientes para distinguir o plebiscito do referendo: a natureza da questão e o momento da consulta (BENEVIDES, 2003, p. 40-41). Quanto à natureza da questão, o referendo reflete uma deliberação unicamente sobre normas legais ou constitucionais, enquanto o plebiscito diz respeito a qualquer tipo de tema de interesse público, não necessariamente no âmbito normativo. Quanto ao momento da consulta o referendo é convocado sempre após a edição de atos normativos, seja para confirmar seja para negar normas legais ou constitucionais em vigor. Já o plebiscito, neste aspecto, refere-se sempre a consulta popular sobre medidas futuras, quer digam respeito a normas jurídicas ou não.

Trata-se na verdade de uma estipulação conceitual, cujo propósito foi contribuir para o aprimoramento desses institutos como mecanismos de correção de desvios da representação política, assim como estimular a consciência do povo acerca de seu direito de participar das decisões de interesse público (BENEVIDES, 2003, p. 131). Mas essa pretensão de racionalidade lecionada na doutrina foi em parte prejudicada pelo advento da Lei nº 9.709, de 1998, que regulamentou a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Conforme se verá adiante, o legislador, em vez de deixar claras as matérias que poderiam ser objeto dos instrumentos de participação popular – um dos aspectos que revelariam a distinção entre referendo e plebiscito –, tratou o tema confusamente. Com isso, perdeu uma oportunidade de contribuir para o aprimoramento do sistema de participação popular proposto pelo constituinte. É claro que se pode deduzir, conforme já aventado (Cap. 1, item 1.2) tratar-se de um típico caso de *omissão voluntária* (OLIVEIRA, 2010, p. 15). Neste caso, esclareça-se, *omissão voluntária* na própria norma regulamentadora.

³⁸Nesse sentido Karl Loewenstein registra a origem da expressão “cesarismo plebiscitário”, enfatizando o procedimento padrão de Napoleão, ao conferir legitimação democrática a seu domínio submetendo suas três constituições a plebiscito popular (1800, 1802, 1804). Segundo ele, ainda que a técnica desses plebiscitos houvesse correspondido às atuais exigências de honestidade, o que não foi o caso, e ainda quando não houvessem sido montados *ex post facto*, não há nenhuma dúvida de que o resultado destas votações houvesse tido aprovação esmagadora do povo francês ao regime (LOEWENSTEIN, 1970, p. 83-84).

³⁹“A distinção entre ambos não pode ser buscada nos exemplos que a prática nos trouxe. Como ensina Celso Bastos ‘é sempre possível encontrar exemplos históricos da palavra ‘referendo’ significando plebiscito e vice-versa’. No entanto, cabe à ciência apresentar os critérios diferenciadores, se existem, para evitar confusões futuras e dar maior segurança à democracia” (SOARES, 1998, p. 55).

Há outros estudos quanto aos traços distintivos entre o plebiscito e o referendo na doutrina pátria, os quais os identificam a partir de dois critérios: no que tange ao tempo da consulta e no que toca aos seus efeitos. É predominante a compreensão doutrinária de que o referendo é uma consulta posterior à feitura da norma, enquanto a incidência do plebiscito situa-se em momento anterior à medida a ser tomada, podendo ou não dizer respeito a normas jurídicas. E no que diz respeito aos efeitos, atribui-se ao referendo caráter vinculativo, o que se nega ao plebiscito. Além disso, identifica-se na doutrina nacional preponderante concordância quanto ao fato de que o referendo tem incidência sobre normas e o plebiscito sobre fatos (SGARBI, 1999, p. 141).

Uma análise crítica desses critérios é feita por Adrian Sgarbi (1999), o qual desenvolve uma dogmática própria que situa o caráter distintivo do plebiscito e do referendo não no tempo ou nos efeitos dessas consultas, mas sim, em seu objeto. Nesse sentido, aquele autor sustenta que o critério temporal é insuficiente como traço distintivo, haja vista que a própria Constituição Federal, embora se refira à necessidade de consulta prévia para o plebiscito geopolítico (art. 18, § 3º, *in fine*),⁴⁰ não faz nenhuma exigência quanto ao tempo do referendo. E se a Constituição não restringe, não caberia ao intérprete fazê-lo. Em reforço a essa tese, ressalta que o critério temporal frustra a distinção dos institutos, porquanto desconsidera a possibilidade de o referendo incidir antes de a norma entrar em vigor, como ocorre, por exemplo, com o referendo constitutivo. Nesse caso, segundo ele, o efeito do referendo se limita a fazer ingressar uma proposição na ordem jurídica, pondo-a (a proposição) em vigor a partir de então (SGARBI, 1999, p. 145).

No que tange ao critério dos efeitos, o mesmo autor igualmente o repudia por não identificar amparo que sustente razoavelmente a possibilidade de um plebiscito ser levado a cabo sem que isso implique consequências efetivas na atuação dos representantes. Segundo ele, dizer que o referendo tem eficácia vinculativa no que concerne à decisão tomada, enquanto o plebiscito não desfruta de igual repercussão, para além de se tratar de uma opinião infundada, leva a extremos inaceitáveis. Segundo ele, no direito estrangeiro em que não há, em regra, a figura do plebiscito, o referendo é usado tanto para questões geopolíticas quanto para situações de interesse geral. Tratando de questões geopolíticas (territoriais), a consulta vincula os dirigentes à decisão popular. Nas questões de interesse geral, quando o referendo é

⁴⁰ O autor utiliza o adjetivo “geopolítico” para especificar a característica peculiar de utilização do plebiscito, tanto no direito pátrio quanto no direito estrangeiro, a questões territoriais (anexações, desmembramentos, criação de unidades dentro do próprio Estado etc.). No mesmo sentido: (SOARES, 1998, p. 75)

rotulado de “consultivo” ou “não-vinculativo”, a consulta possui teor meramente opinativo (SGARBI, 1999, p. 152).⁴¹

Ao lado desses argumentos, faz considerações de ordem interpretativa da própria sistemática constitucional para afirmar que não se pode dizer, com base apenas numa consideração de caráter nominal, que o referendo tem efeitos vinculativos e o plebiscito não. Isso porque, considerando o princípio da soberania popular, não faria sentido supor que a consulta levada a cabo em decorrência do art. 2º do ADCT, que versou a respeito de típica consulta plebiscitária de matéria *em tese* sobre a forma e sistema de governo, deixasse de vincular o legislador simplesmente porque se tratou de plebiscito e não de referendo.

Além disso, valendo-se de precedentes do Supremo Tribunal Federal (ADIs 733-MG e 542-RJ), afirma que, em se tratando de plebiscito em questões geopolíticas, quando a resposta for positiva, o processo tem seguimento para decisão definitiva do legislativo. Não obstante, se a resposta popular for negativa, isso implica efeito obstativo, no sentido de que o legislativo fica vinculado à decisão, quedando impedido de criar um município contra a vontade da população consultada, por exemplo (SGARBI, 1999, p. 151-161).

Com respeito ao referendo, acentua o autor: “não encontramos no sistema constitucional nenhuma disposição que torne possível a desconsideração pelos órgãos públicos da posição assumida pelos eleitores. Nisso se exclui qualquer pretensão de afastamento de sua eficácia vinculativa” (SGARBI, 1999, p. 161).⁴² Mais adiante, discorrendo especificamente sobre o universo do referendo no direito brasileiro, o autor assevera, no que tange à eficácia desse instituto:

O referendo constitucionalmente consagrado prima pela eficácia vinculativa decisória (...). Ou seja: o referendo brasileiro é decisivo. Tal significa dizer que *há obrigatoriedade dos órgãos públicos de praticar atos políticos ou políticos-normativos juridicamente incorporadores do conteúdo objeto das respostas referendárias* [Canotilho]. Desse modo, se os eleitores decidirem pela

⁴¹ Soares (1998, p. 73) sobre os efeitos de um plebiscito, faz as seguintes considerações: “Sendo o plebiscito uma decisão política e, também, uma vontade *a priori*, ele apresenta a opção política do povo, mas não decide o momento em que essa opção deve ser exercida e tampouco a construção complexa que pode exigir a efetivação do resultado da consulta. O resultado da consulta *delimita um campo de competências à criação normativa*, sobre a matéria objeto da deliberação, restringindo esse campo, impondo maiores limites ainda não conhecidos antes da consulta” (grifos do autor).

⁴² Discorrendo especificamente sobre o universo do referendo no direito brasileiro, o autor assevera, no que tange à eficácia do referendo: “O referendo constitucionalmente consagrado prima pela eficácia vinculativa decisória (...). Ou seja: o referendo brasileiro é decisivo. Tal significa dizer que *há obrigatoriedade dos órgãos públicos de praticar atos políticos ou políticos-normativos juridicamente incorporadores do conteúdo objeto das respostas referendárias* [Canotilho]. Desse modo, se os eleitores decidirem pela constitutividade de determinada norma, esta deverá vir ao mundo. Se decidirem por sua revogação, seja por *ab-rogação* seja por *derrogação*, deverá expirar, *total* ou *parcialmente*. Se decidirem por sua permanência, deverá restar intocada. Se decidirem por sua alteração, deverá mudar e no limite do decidido”. (Sgarbi, 1999, p. 170).

constitutividade de determinada norma, esta deverá vir ao mundo. Se decidirem por sua revogação, seja por *ab-rogação* seja por *derrogação*, deverá expirar, *total* ou *parcialmente*. Se decidirem por sua permanência, deverá restar intocada. Se decidirem por sua alteração, deverá mudar e no limite do decidido. (SGARBI, 1999, p. 170). (grifos do autor)

Demonstrando assim que não são sustentáveis de forma inquestionável os critérios diferenciadores do plebiscito e do referendo tendo como parâmetro o tempo da consulta e os seus efeitos, Sgarbi propõe a abertura a uma nova teoria que adota como critério diferenciador o objeto sobre que versa a consulta popular. Nesse sentido, apega-se ao exame estritamente literal da Constituição Federal para, a partir de uma análise sistemática e topográfica, afirmar que não é possível se confundir plebiscito e referendo se atentar-se para o tipo de assunto sobre que cada um versa.

O referendo, em termos de aplicação, tem incidência sobre matérias de cunho essencialmente normativo, ou seja, “onde a norma é a finalidade da convocação para deliberação do corpo eleitoral” (SGARBI 1999, p. 147-148). O principal objetivo do referendo se circunscreve na “determinação da sorte da norma, lato sensu, concretamente disposta, seja por proposição seja no seu plano de vigência” (SGARBI, 1999, p. 148). Já o plebiscito “incide sobre questões em tese, sendo essas questões seu objetivo principal, ainda que decorra, dependendo da resposta e do assunto, alguma modificação reflexa porque indireta na normatividade” (SGARBI, 1999, p. 150).

2.2. Análise crítica dos critérios diferenciadores

Os critérios distintivos propostos por esses autores são suficientemente representativos das posições doutrinárias assentadas, notadamente na dogmática pátria. A despeito disso, podem ser refutados com base em outros pontos de vista, pois importa saber até que ponto se pode adotá-los como seguros na afirmação de posições interpretativas. Assim, embora se diga que o tempo da consulta é um critério deficiente par distinguir plebiscito de referendo (SGARBI, 1999, p. 144-146), é majoritária a doutrina já assentada no sentido de que isso constitui uma diferença relevante.⁴³

⁴³ Soares (1998, p. 60) faz a seguinte consideração, referindo-se ao aspecto temporal do referendo: “É então, uma decisão *a posteriori*, ou seja, posterior a uma decisão já tomada, que vai aceitar ou rejeitar esta decisão. Ao povo não cabe a opção quanto ao caminho a se tomar, mas somente aceitar ou rejeitar uma proposta, é um simples sim ou não, sem possibilidade de escolha entre duas opções possíveis”. José Afonso da Silva (2011, p. 142), diferenciando o referendo do plebiscito, diz: “o *plebiscito* é também uma consulta popular, semelhante ao referendo; difere deste no fato de que visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formulação legislativa, ao passo que o referendo versa sobre aprovação de textos de projeto de lei ou de

Com efeito, o fato de o referendo ser uma consulta posterior a um ato normativo – ainda que este ato possa, eventualmente, não haver sido promulgado –, enquanto o plebiscito é uma decisão que o precede, significa que não se pode dissociar o objeto dessas consultas do tempo em que elas sejam formuladas, sob pena de se incorrer em manifesto desatino lógico. Ora, se o referendo é decisão popular que ratifica ou rejeita uma decisão política, em regra uma norma, decorre disso que necessariamente a consulta se dá após a edição do ato submetido à consideração popular, e não antes.

Portanto, não parece razoável a pretensão de desqualificar esse critério temporal a partir do argumento de que isso não valeria para a hipótese de referendo “consultivo” ou “constitutivo”, com base no fato de que nesses casos a consulta se daria antes da existência do ato ou de sua promulgação. Tal afirmação somente poderia ser feita no âmbito de uma teoria geral do referendo, que levaria em conta as características comuns do instituto em todos os ordenamentos jurídicos indistintamente. Mas não se pode falar nessa possibilidade, pois podem haver tantas teorias do referendo quantas sejam as teorias democráticas em que se dão a sua prática, porquanto são diversas as formas e as funções que ele desempenha em cada ordenamento (CANOTILHO, 2008, p. 302).

Sgarbi (1999, p. 148-149) reconhece que a prática do referendo para simples consulta sobre decisões futuras, que ora são chamados de referendo de “consultação”, ou “referendo consultivo”, ou “não-vinculativo”, é comum em países como Itália, Coréia, França, Suécia e outros, em que o referendo congloba também as funções de plebiscito. Mas segundo ele, em países que adotam o plebiscito, esses casos de simples consulta são abarcados por este, restando ao referendo as deliberações definitivas quanto ao destino das normas. De acordo com este autor, em que pese não se poder levar ao extremo esse caráter não vinculativo do plebiscito, no Brasil se adotou o melhor modelo de separar institutos distintos para funções distintas.

E essa distinção entre os institutos, nos termos em que se encontra positivada, começa pelo tempo da consulta em relação ao ato objeto da mesma. Nota-se que o legislador ordinário, seguindo o alinhamento dominante da doutrina, ao regulamentar o art. 14, da

emenda constitucional, já aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida; (...).” Celso Bastos (2000, p. 273), ao definir referendo, deixa subentendida sua anterioridade a um ato governamental. Carl Schmitt (2011, p. 335) considera o referendo em sentido estrito como uma votação popular sobre a confirmação ou não de um acordo do Poder Legislativo. Segundo ele, a expressão “referendo” é adequadamente reservada para o caso em que se submeta aos cidadãos com direito a voto, para sua decisão definitiva, um acordo da representação popular. (*Referéndum em el sentido estricto, es decir, votación popular sobre confirmación o no confirmación de un acuerdo del Cuerpo legislativo. La expresión ‘referéndum’ se reservará adecuadamente para el caso en que se someta a los ciudadanos con derecho a voto, para su decisión definitiva, un acuerdo de la representación popular.*)

Constituição Federal (Lei nº 9.709/98), fez constar como distinção expressa entre o plebiscito e o referendo o tempo em que se formula a consulta. Dispôs que “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” (§ 1º) e que “o referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição” (§ 2º). Isso basta para que não se proponha um plebiscito para que o povo delibere se ratifica ou não uma lei já em vigor.⁴⁴

Quanto ao critério material, o legislador ordinário lamentavelmente não contribuiu para o aperfeiçoamento da utilização desses institutos no país, deixando por demais aberto o leque de matérias que caberia a cada um deles.⁴⁵

Tanto o plebiscito quanto o referendo podem ser utilizados para consultas acerca de matérias de acentuada relevância constitucional, legislativa ou administrativa (art. 2º, *caput*). A única diferença é que o plebiscito é convocado com anterioridade ao ato enquanto o referendo o é para ato já praticado. Assim, cai por terra qualquer intenção doutrinária de afirmar categoricamente que há uma nítida separação dos institutos no que se refere à matéria de que cuida cada um. Na verdade, o constituinte, em face da omissão quanto ao conteúdo material das questões passíveis de consulta, quis dirigir essa decisão com exclusividade ao Congresso Nacional, a quem cabe em cada caso aferir o que é relevante a demandar a opinião popular (BENEVIDES, 1999, p. 137).

É claro que seguindo a indicação do art. 18, §§ 3º e 4º da Constituição Federal, o legislador manteve o plebiscito como instrumento apropriado para consultas acerca de questões geopolíticas, conforme se constata nos arts. 4º, 5º e 7º da Lei nº 9.709, de 1998. Mas tais normas servem apenas para excluir o referendo de questões geopolíticas – que ficam sujeitas a plebiscito –, de modo que se pode entender com razoável margem de segurança, a partir da interpretação sistemática das normas do referido diploma legal, que o âmbito material de incidência do plebiscito é mais amplo que o do referendo. Ambos podem servir

⁴⁴ Atente-se que a despeito da clareza da norma e do dominante entendimento doutrinário acerca do cabimento do plebiscito para atos legislativos ou administrativos ainda não existentes, o Senador Aníbal Diniz (PT-AC) propôs o Projeto de Decreto Legislativo nº 77, de 2012, convocando plebiscito para que o povo dos Estados do Acre, Amazonas e Pará responda se concorda ou não com a mudança de horário promovida pela Lei 11.662/2008. Isso demonstra que não se deve levar tão a sério o rótulo que se confere aos institutos, uma vez que o Poder Legislativo os utiliza de modo indistinto, como se vê neste caso.

⁴⁵ Maria Victoria de Mesquita Benevides reconhece que mesmo em países com certo êxito na utilização de instrumentos de democracia semidireta, a questão do que pode ou não ser submetido à deliberação popular é controversa. Às vezes uma dada questão cuja consulta é obrigatória em determinado país pode justamente ser excluída em outro. É o que ocorre, por exemplo, com a Itália, que exclui do crivo popular decisões sobre matéria financeira, enquanto tal assunto, ao contrário, exige ratificação popular em certos cantões da Suíça e em certos Estados americanos.” (BENEVIDES, 2003, p. 137).

para qualquer consulta que verse sobre matérias de grande relevância – a critério do Congresso Nacional –, mas somente o plebiscito se destina a consultas sobre questões geopolíticas, e neste caso, e somente neste caso, é obrigatório.⁴⁶ O que, nos termos da lei, servirá de base para a escolha do instituto, é aferir se a consulta se destina a colher uma manifestação dos eleitores sobre ato do Estado já praticado – caso de referendo –, ou sobre ato em tese, a ser praticado no futuro – caso de plebiscito.

Por fim, no que toca ao aspecto material, deve ser ressaltada a evidência de que, ao não especificar previamente na Constituição Federal os temas que devem ser objeto de referendo ou de plebiscito (exceto questões geopolíticas – art. 18, §§ 3º e 4º), o que fez o Constituinte foi, efetivamente, conferir ao Congresso Nacional a discricionariedade política para eleger os temas.⁴⁷ Embora não se pretenda proceder à análise política e sociológica das razões determinantes do Parlamento quando decide submeter à população determinada questão, no caso em apreço verifica-se que o referendo do fuso horário decorreu da constatação, depois da vigência da Lei nº 11.662, de 2008, de que os efeitos da norma na população mais afetada diretamente por ela – o povo do Estado do Acre – não correspondeu à prognose apresentada como justificativa do Projeto de Lei nº 305, de 2006 de autoria do então Senador Tião Viana (PT-AC).⁴⁸

No que tange aos efeitos do referendo e do plebiscito como traço característico a diferenciar esses institutos, merece atenção a ideia de que, a partir da análise do direito comparado e da doutrina clássica – desenvolvida com base em sistemas jurídicos em que não há, em regra, a previsão expressa de ambos os institutos –, o referendo consultivo antecede a

⁴⁶Também foi obrigatório, porque previsto previamente no art. 2º, do ADCT, o plebiscito que se realizou no dia 7 de setembro de 1993, para que o povo decidisse se mantinha a forma de governo republicana ou se preferia a monarquia, bem como se mantinha o sistema de governo presidencialista ou se preferia o parlamentarismo.

⁴⁷E essa conveniência política ficou bem demonstrada no primeiro referendo que se realizou no país em outubro de 2005, quando a população foi instada a responder sim ou não à questão: “o comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?”. Estudos indicam que a transferência da decisão do Parlamento para a população sobre a polêmica questão afeta a segurança pública, que de um lado situava as ONGs e os movimentos sociais, e de outro os grupos minoritários, mas poderosos, favoráveis à liberação do comércio, deveu-se a uma estratégia de liberar o Parlamento da responsabilização do embate político da polêmica questão. (ARAÚJO; SANTANA, 2006, p. 74-120).

⁴⁸Com efeito, afere-se da justificativa do Projeto de Lei do Senado nº 305/2005, de autoria do então Senador Tião Viana (PT-AC), que dentre outras razões para a mudança do horário (econômicas, políticas e culturais) se destacavam estudos que demonstravam que “o adiantar permanente de uma hora nessa Região mais ocidental do Brasil permitirá uma melhor adaptação da ordem temporal interna da população, favorecendo o ciclo laboral e propiciando mais conforto às pessoas.” Contudo, contrariando esta prognose, vê-se da justificativa do Projeto de Decreto Legislativo (SF) nº 867/2009, de autoria do Deputado Federal Flaviano Melo (PMD-AC), que ensejou a convocação do Referendo, que “A justificativa dada, econômica, tecnológica e energética, não foi suficiente para abafar inúmeras críticas e manifestações da população local contrária à mudança, sobretudo porque não foi precedida de debates ou esclarecimentos, e significou grande impacto em lugares situados no meio do fuso”. Disponível, respectivamente, em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/8937.pdf>> e <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=69318&tp=1>> Acesso em: 05 set. 2012.

lei ou qualquer ato normativo. Seu resultado não vincula o legislador, porque este visa apenas conhecer a opinião do povo sobre certos assuntos, em regra controversos. Esse tipo de consulta, de resultado “indicativo”, deve ser entendido como plebiscito e não como referendo. Aliás, o adjetivo “consultivo” faz sentido para designar o referendo em países que não utilizam o termo plebiscito em seu sistema jurídico, como é o caso da França e dos Estados Unidos (BENEVIDES, 2003, p. 135).⁴⁹

No Brasil, a Constituição Federal previu ambos os institutos sem indicar os efeitos de cada qual. Independente dessa omissão é razoável se estabelecer que os referendos devam ter, sempre, caráter vinculante, porquanto dispõem de coleta de opinião popular sobre atos do Estado já existentes, sobre os quais paira a incerteza se devem ou não se manter. Se fossem utilizados para consultas sobre decisões futuras, que poderiam ou não ser implementadas fora do contexto normativo, tratar-se-ia de plebiscito, não de referendo. Por isso, “uma votação em referendo sem consequências jurídicas e políticas é uma contradição nos termos” (BENEVIDES, 2003, p. 135).

Aliás, atente-se ainda que tanto o referendo quanto o plebiscito, no que tange aos efeitos, vinculam o exercício do poder à decisão do povo, mas somente o referendo deliberativo – qual seja, aquele que diz respeito à consulta sobre norma posta, no sentido de ratificá-la ou não – cria uma situação totalmente vinculada, onde o prosseguimento do processo decisório será aquele indicado pelo povo. No mais: “tanto no referendo consultivo com acatamento popular e em qualquer que seja o resultado do plebiscito, não se pode falar em situação integralmente vinculada, mas apenas em uma nova delimitação de competência trazida pelo resultado da consulta”. (SOARES, 2003, p. 79).

No que tange aos efeitos do plebiscito e do referendo, é importante levar em conta que apesar de a norma em vigor (Lei nº 9.709, de 1998) não dispor expressamente sobre a consequência vinculativa dessas consultas, é possível se extrair uma interpretação que autorize a conclusão de que o referendo possui efeitos vinculantes, ao passo que o plebiscito – ao menos em regra –, não. Veja-se: o art. 2º, *caput* diz que ambos os institutos são consultas formuladas ao povo para que *delibere* sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. “Deliberar”, em sentido corrente, é decidir, depois de um processo de discussão, acerca de um assunto. Em sentido jurídico não é

⁴⁹ “Nos Estados Unidos e na Suíça, os referendos, mesmo facultativos, têm efeitos diretos sobre a questão em causa – são, portanto, sempre vinculantes. Mas no plano local, os americanos admitem os referendos meramente consultivos (*advisory*), apenas para sentir o *mood* da comunidade; neste caso as questões são propostas pelos *citycouncils* ou *boards of supervisors* (conselhos municipais – não existe o equivalente no Brasil). Os referendos locais na França são, igualmente, consultivos.” (BENEVIDES, 2003, p. 135).

diferente.⁵⁰ Tanto o plebiscito quanto o referendo, em princípio, possuem esse sentido deliberativo.⁵¹

A conclusão quanto ao nível de vinculação de cada um deles é consequência lógica do que se pode entender acerca do objeto da consulta, o que vem indicado nos parágrafos do art. 2º acima referido. Com efeito, no caso do plebiscito (§ 1º), vê-se que ele é convocado antes do ato legislativo, cabendo ao povo “aprovar” ou “denegar” o que lhe tenha sido submetido. Nesse caso, se não há uma decisão do Parlamento, a este compete, depois da consulta, determinar-se – senão juridicamente, ao menos moralmente – de acordo com o que foi aprovado ou denegado pela população. Contudo, isto não representa uma consequência jurídica necessária, porque a despeito da consulta, o Parlamento ainda possui um espaço político para se manifestar após o povo (SOARES, 1998, p. 79). Isso não ocorre com o referendo, que incide sobre uma decisão já tomada pelo Parlamento, e cuja opinião popular, quando solicitada, somente se justifica no sentido de confirmar ou rejeitar essa decisão.

De fato, a regra de deliberação política no regime constitucional de democracia representativa atribui ao Parlamento a preponderância do processo legislativo – embora no Brasil seja fácil constatar a fúria legiferante do Poder Executivo por meio de medidas provisórias. Assim, quando o povo é chamado a opinar sobre uma questão política de conteúdo ainda não discutido no Parlamento, não perde este o seu poder de, conforme a conveniência política, fazer juízo diverso do que foi decidido pelo povo. Mas atente-se, isso é defensável em questões abertas, de natureza abstrata. Refere-se a questões formuladas em tese. Servem para orientar a atuação do Parlamento. Às vezes até mesmo para se omitir na regulação de um assunto sobre o qual a própria sociedade venha a se mostrar extremamente dividida, aguardando o momento propício para discuti-lo no âmbito do Legislativo. Do

⁵⁰ É pertinente a distinção que Michelangelo Bovero faz entre os verbos decidir e deliberar. Segundo ele, na linguagem jurídica consolidou-se o uso do verbo deliberar para se referir a decisões colegiadas. Isso sugere que tais termos não sejam tidos como sinônimos. Com efeito, deliberar se aplica a uma espécie qualitativamente distinta de procedimento decisório, cujos traços essenciais são inerentes ao momento que precede a decisão em sentido estrito. “Em expressões como ‘a corte se reúne para deliberar’, ‘a comissão tal, ou a câmara, ou o parlamento reunido em plenário deverá deliberar’, faz-se alusão sim a um resultado decisório, mas que indica claramente como essencial o ato em si da discussão das várias teses e pontos de vista, a ponderação dos argumentos pró e contra, e a tentativa de persuasão recíproca entre seus respectivos sustentadores. A tentativa pode ter resultado ou não, e em cada caso, a certa altura, passa-se aos votos. Vale dizer: passa-se à decisão propriamente dita” (Bovero, 2002, p. 62-63).

⁵¹ Aqui chama-se a atenção para o fato de que a transmissão de padrões gerais de conduta por meio da linguagem sempre estará passível de falhas que poderão limitar a intenção do legislador. Daí a necessidade e a utilidade da interpretação. A despeito disso, o processo de compreensão de qualquer norma transmitida por meio da linguagem tem de levar em conta, primeiramente, o fato de que as normas são transmitidas por meio da linguagem natural, “como o idioma falado pelos cidadãos de cada país”, já que os legisladores geralmente “estão interessados em comunicar suas diretivas na forma mais eficaz possível, o que obviamente não conseguiriam se empregassem um idioma estrangeiro ou uma linguagem particular”. (NINO, 2010, p. 291).

contrário, caso o Parlamento, em se tratando de plebiscito, estivesse vinculado integralmente à vontade popular, poderia ter uma atuação contrária aos próprios princípios constitucionais que resguardam direitos fundamentais.

Essa ausência de vinculação do Parlamento em questões submetidas a consulta por meio de plebiscito justifica-se, essencialmente, pela natureza das matérias que podem ser objeto desse meio de consulta, ou seja, matérias *em tese*, quaisquer tipos de questões de interesse público, como políticas governamentais, inclusive fatos e eventos. Excetuam-se apenas questões relacionadas a alterações territoriais, para o que o plebiscito é obrigatório (CF. art. 18, §§ 3º e 4º), e não teria sentido o Constituinte prevê a consulta compulsória das populações envolvidas na questão geopolítica, sem que disso pudesse ser extraída uma consequência jurídica. Quiçá por esta razão, no novo Projeto de Lei que visa regulamentar a participação popular (PL nº 6.928/2002), que tramita na Câmara dos Deputados junto a diversos outros com propostas conexas, a proibição de efeitos vinculativos de consultas por plebiscito esteja prevista expressamente, com exceção apenas para questões geopolíticas (SBT 1 CCJC, art. 7º, § 2º).⁵²

Mas não se pode dizer o mesmo acerca do referendo. Com efeito, dando seguimento ao raciocínio interpretativo anteriormente externado, verifica-se que a Lei nº 9.709, de 1998 dispõe em seu art. 2º, § 2º, que o referendo é convocado depois do ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição. É decorrência lógica desse preceito normativo que, em se tratando de referendo, o âmbito de atuação do Parlamento acerca da matéria se esgota antes da consulta, haja vista que esta incide sobre um ato determinado, já submetido anteriormente ao processo deliberativo do Parlamento, em regra uma lei. Quando o Parlamento delibera pela realização de referendo sobre aquela decisão que já está em vigor, ou que, mesmo em não estando em vigor, já tenha sido objeto de discussão e votação do Legislativo, servindo o referendo como uma condição constitutiva do ato, seu âmbito de deliberação se esvai.⁵³

⁵² Inteiro teor do Projeto de Lei nº 6.928, de 11 de junho de 2002 disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56230&ord=1>> Acesso em: 02 set. 2012. Encontram-se apenas a este Projeto de Lei os seguintes projetos, todos versando sobre alterações na Lei 9.709/98: PLs nºs 689/2003, 758/2003, 4.718/2004, 7.004/2006, 1.846/2007, 4.219/2008, 4.764/2009; 4.805/2009; 7.003/2010; 2.024/2011; 3.310/2012; e 3.453/2012. Em decorrência da diversidade de propostas, a Comissão de Constituição, de Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados apresentou um substitutivo em junho de 2012 (SBT 1 CCJC), cujo andamento pode ser aferido no site: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=547358>> Acesso em: 02 set. 2012.

⁵³ “São vários os tipos de *Referendum* que nos oferece a experiência histórica. Podemos recordar as classificações mais importantes. (...) Sob o aspecto efetivo, o *Referendum* (obrigatório ou facultativo) pode ser momento de um processo constitucional, legislativo ou administrativo, ou pode constituir o único ato

O mesmo não se poderia dizer se houvesse na Constituição Federal exclusivamente a previsão de referendo – como ocorre na maioria dos países europeus que adotam esse instituto de democracia participativa –, porquanto ficando sob sua guarda todo o tipo de consulta, os efeitos da deliberação popular dependeriam da natureza da consulta. Mas este não é o caso do Brasil, que adotou os dois instrumentos de participação – plebiscito e referendo, além da iniciativa popular das leis – o que implica que eles não podem ser utilizados indistintamente.

Essa conclusão se aproxima bastante de uma compreensão razoável, se tivermos em conta, além dos argumentos de ordem lógica anteriormente indicados, o fato de que o legislador ordinário, visando aperfeiçoar a utilização dos instrumentos de participação popular, movimenta-se no sentido de fazer constar nos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional disposição expressa conferindo ao referendo efeito vinculante em qualquer caso, conforme se nota no Substitutivo nº 1 da Câmara dos Deputados aos diversos projetos em trâmite apensos ao Projeto de Lei nº 6.928/2002.⁵⁴

Partindo-se das premissas acima enumeradas, pode-se extrair que referendo e plebiscito são instrumentos de exercício da democracia semidireta que não se confundem, a despeito da aparente semelhança. Ambos servem para submeter ao povo questões consideradas de relevante interesse social, geralmente questões controvertidas. Contudo, historicamente, o plebiscito sempre esteve ligado mais a consultas sobre questões geopolíticas, quando não para submeter ao povo o apelo de sua anuência à manutenção no poder de governos totalitários, razão pela qual na Europa, notadamente, o uso desse instituto tem sido evitado. Assim, em regra, a maioria dos regimes democráticos que aceita formas de participação direta da população em decisões políticas adota o referendo como principal instrumento de consulta.

Diferentemente da maioria dos países que adotam o referendo como principal instrumento de consulta popular, o Brasil optou, também, por adotar expressamente o plebiscito em sua Constituição, destinando-o prioritariamente para questões de natureza

deliberativo, nele se exaurindo o processo (como quando revoga um ato válido e operante no ordenamento).” (GEMMA, 1998, p. 1074). No mesmo sentido, Maria Victoria de Mesquita Benevides, depois de reconhecer que na teoria política que consagra o plebiscito apenas para questões territoriais, a diferença entre as espécies de consulta se dirigem apenas ao referendo, que se classificam de acordo com diversos critérios (circunscrição eleitoral, natureza da matéria, necessidade ou não da convocação etc.). Segundo ela: “Cabe, ainda, distinguir entre o referendo *constitutivo* – pelo qual a norma que lhe constitui o objeto passa a existir – e o ab-rogativo, ou *revocatório*, pelo qual a norma, sobre a qual incide, expira”. (BENEVIDES, 2003, p. 133).

⁵⁴ Dispõe o art. 13 do SBT 1 CCJC: “Art. 13. O referendo é convocado posteriormente a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo votar pela respectiva ratificação ou rejeição. Parágrafo único. Em qualquer caso o resultado do referendo terá efeito vinculante.” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56230>> Acesso em: 5 set. 2012.

territorial. A despeito disso, a norma que regulamenta a utilização dos instrumentos de democracia semidireta destina o plebiscito, ao lado do referendo, para matérias de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa, diferenciando-os apenas em relação ao momento da consulta. Ou seja: referendo para consultas sobre atos já praticados, plebiscitos para consultas sobre atos futuros.

A relevância de se distinguir referendo de plebiscito consiste, dentre outras razões, no fato de não serem idênticas as consequências que se extrai de cada uma dessas espécies de consulta. Assim, na teoria política que adota apenas o referendo, a consequência jurídica e política depende do tipo de referendo de que se trata – se consultivo, sem efeito vinculativo; se deliberativo, seja ele constitutivo ou ab-rogativo, com efeito vinculativo. Já na teoria política que adota ambos os institutos, como é o caso do Brasil, o referendo possui natureza ab-rogativa, cabendo ao povo, por meio dele, aprovar ou rejeitar um ato legislativo do Estado já praticado. Diferentemente, o plebiscito – excetuado seu uso obrigatório para consultas de matérias territoriais (CF, art. 18, §§ 3º e 4º), cujos efeitos em regra vinculam o Parlamento à deliberação –, as consultas se dirigem sobre matérias em tese, a demandar atuação futura do Parlamento, de sorte que seus efeitos não são vinculantes, mas apenas servem para, quando muito, delimitar o âmbito de atuação dos legisladores.

Apesar de se poderem extrair essas conclusões preliminares sobre os efeitos do referendo e do plebiscito, a ausência de normas mais claras, e a pouca cultura de utilização desses instrumentos de consulta em nosso país, ensejaram notória controvérsia no Parlamento brasileiro quanto a que encaminhamento dar ao resultado do referendo do fuso horário, conforme vimos na parte inicial desse trabalho. Sempre será possível se especular as razões pelas quais, no caso em análise, há mais de dois anos disputam os parlamentares, e até mesmo o Poder Executivo, quanto às medidas legais necessárias a tornar efetiva a vontade popular já manifestada em referendo, no sentido de rejeitar a Lei nº 11.662, de 1998.

Mas isso seria trabalho para uma pesquisa de natureza mais política e sociológica que jurídica. Juridicamente, importa saber se o Parlamento brasileiro, tendo diante de si um conjunto precário de normas que regulamentam o referendo e os demais instrumentos de participação do povo no processo democrático, pode ou deve adotar, em face desses instrumentos, uma atitude interpretativa que os torne compatíveis com a ideologia política de democracia representativa, baseada na soberania popular.

A partir das premissas acima enunciadas, que caracterizam a funcionalidade do referendo e do plebiscito, mostra-se viável o estabelecimento de outras diretrizes

justificadoras das decisões tomadas pelo Parlamento. Nesse sentido, independentemente da edição de novas regras, o Congresso pode solucionar os problemas de efetividade das consultas com base numa atitude interpretativa das normas e princípios de que já dispõe o ordenamento jurídico. Do contrário, estar-se-ia criando direito *ex post facto*.

3. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E SEUS ASPECTOS ESSENCIAIS

Uma das primeiras questões que se coloca em face do problema que orienta esta pesquisa consiste em saber, precisamente, quais são os limites do poder de representação do Parlamento nas democracias constitucionais, dado que a ideia moderna de democracia a identifica com o princípio representativo, cuja principal característica é a transferência do poder a um grupo de representantes. No dizer de Giovanni Sartori, “nas democracias atuais, existem os que governam e os que são governados; há o Estado, de um lado, e os cidadãos, do outro; há os que lidam com a política profissionalmente e os que se esquecem dela, exceto em raros intervalos” (SARTORI, 1994, p. 37). Segundo ele, nas democracias antigas essa diferenciação tinha muito pouco significado, haja vista que por mais que não se possa falar de uma democracia direta em que houvesse uma perfeita identidade entre governantes e governados, a democracia da Antiguidade era certamente a maior aproximação possível de uma democracia literal, onde os governantes e os governados estavam lado a lado interagindo face a face uns com os outros.

Mas essa ideia radical de democracia, em que se imagina a coincidência entre as vontades de governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo (KELSEN, 2000, p. 35), é incompatível, na prática, com a realidade social dos Estados contemporâneos, caracterizados pela multiplicidade de ideologias políticas, religiosas, culturais e econômicas, nas quais o exercício do poder somente é possível por meio da adoção de mecanismos institucionais, de que são exemplos os órgãos representativos. Nesse contexto, a instituição parlamentar assume posição de singular relevância para o ideal de democracia, haja vista que é por meio dela que se dá a formação da vontade normativa do Estado, a partir da escolha de representantes, pelo povo, com base no sufrágio universal e igual para todos (KELSEN, 2000, p. 113).

Se a adoção da técnica de exercício do poder por meio do parlamento implica de imediato uma distinção entre representantes e representados, porquanto o povo, na condição de titular da soberania, somente exerce o poder na hora que escolhe os seus representantes por meio do voto, ficando aqueles, a partir daí, livres e independentes da vontade popular para adotar as decisões que entenderem convenientes, indaga-se: de que forma, e com base em que se pode aceitar a submissão do povo às decisões dos seus representantes, quando elas contrariam os interesses da maioria das pessoas a quem se dirigem? Como se mantém o vínculo representativo ao longo do mandato, de modo que cada decisão do parlamento seja

tomada, substancialmente, como decisão do próprio povo? A resposta a questionamentos dessa natureza – conexas à necessidade de se investigar com a profundidade necessária os fundamentos e as consequências do exercício da democracia representativa –, remete-nos à análise do sentido de três princípios que orientam a formação do Estado democrático, com governo representativo: o princípio da soberania popular, o princípio representativo e o princípio eletivo, que analisaremos brevemente nos tópicos seguintes.

3.1 A soberania popular

Se o povo, enquanto *povo ativo*,⁵⁵ decidiu, por meio de referendo, rejeitar uma norma editada pelo Congresso Nacional, por qual razão essa decisão popular não foi efetivada, uma vez que a Constituição Federal diz que todo o poder emana do povo?⁵⁶ A falta de efetividade do referendo do fuso horário põe em xeque a ideia corrente de soberania popular. Todos concordam que o exercício do poder nas democracias modernas se dá por meio dos representantes eleitos (MÜLLER, 2003, p. 57; ACKERMAN, 2006, p. 251-259)). Mas quando as decisões que o Parlamento delega ao povo são tomadas diretamente, por meio de referendos e plebiscitos, espera-se que o que foi decidido seja considerado legítimo e efetivo tanto quanto o que decidem os representantes em sua atuação ordinária. A reflexão sobre os principais aspectos da soberania popular se faz necessária, porque a decisão do Congresso Nacional em não reconhecer imediata eficácia ao resultado da consulta coloca em choque dois aspectos fundamentais da democracia representativa: a independência do Parlamento, no exercício de seu poder de representação, e a soberania popular.

A soberania popular deve ser compreendida no contexto histórico da luta por liberdade do indivíduo em face do poder do Estado, também denominada liberdade civil ou social: “a natureza e os limites do poder que pode ser exercido legitimamente pela sociedade sobre o indivíduo” (MILL, 2010, p. 37). Compreender o sentido de soberania popular passa

⁵⁵ *Povo ativo*, de acordo com a classificação de Friedrich Müller, corresponde à totalidade dos eleitores: “No geral esse *povo ativo*, a totalidade dos eleitores é considerada – não importa quão direta ou indiretamente – a fonte da determinação do convívio social por meio de prescrições jurídicas” (MÜLLER, 2003, p. 56) – grifo do autor. Müller ressalva que a legitimidade das constituições fundadas na soberania popular exige uma noção mais ampla de povo. Nesse sentido, ele formula o conceito de “povo” como “instância global de atribuição de legitimidade”. Em termos simples, o povo, enquanto *povo ativo*, elege os representantes, que fazem leis que vinculam a todos. Suas decisões atingem o povo, enquanto população. A legitimidade, contudo, não decorre apenas da função do *povo ativo*, mas sim, de uma ideia mais ampla de povo, que legitima o ordenamento democrático “à medida que o aceita globalmente, não se revoltando contra o mesmo” (MÜLLER, 2003, p. 60-61).

⁵⁶ Art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

pela aceitação do fato de que num primeiro momento, nos Estados da Antiguidade, o exercício do poder era visto como uma decorrência da natureza das coisas. Quem detinha o poder o obtinha em face de sua condição de superioridade em relação ao resto do corpo social: ou por conquista ou por herança. Nessa sociedade tradicional não se questionava a legitimidade do poder dos governantes sobre os súditos. Ele era tido como necessário e indispensável: “para impedir que os membros mais fracos da comunidade fossem atacados por inumeráveis abutres, era necessário que houvesse um animal de rapina mais forte que o resto, que tivesse por função mantê-los sob controle” (MILL, 2010, p. 38).

Nesse contexto, o sentido de liberdade consistia em impor limites ao poder que o governante dispunha sobre a comunidade. Isso se deu inicialmente por meio do reconhecimento de certas imunidades, que John Stuart Mill chama de liberdades políticas ou direitos, cuja violação por parte do governante significava uma violação do dever (MILL, 2010, p. 38). Depois, passou-se a advogar outra dimensão de limites ao poder do Estado, consistente na imposição de constrangimentos constitucionais em relação a decisões que aquele viesse a tomar em assuntos de alta relevância para a comunidade, coisas que interferem profundamente em suas vidas, alcançando o seu patrimônio, a sua liberdade de religião, a sua manifestação de pensamento etc. De modo geral, nisso consiste o sentido de “liberdade negativa”, que para a filosofia liberal, no dizer de Isaiah Berlin, tem origem numa concepção individualista e bastante questionada do homem.⁵⁷ Significa que “a defesa da liberdade consiste na meta ‘negativa’ de contrapor-se à interferência” (BERLIN, 1981, p. 140). Isso se justifica no contexto em que o exercício do poder político é visto como contraposto aos direitos do indivíduo.

Contudo, segundo Mill, no progresso dos assuntos humanos, chegou o momento em que os homens deixaram de conceber passivamente a ideia de que a existência de um poder independente e oposto aos seus interesses fosse uma exigência da natureza (MILL, 2010, p. 39). É quando começa a ganhar força a ideia de “liberdade positiva”. De acordo com Isaiah Berlin, “o sentido ‘positivo’ da palavra ‘liberdade’ tem origem no desejo do indivíduo de ser

⁵⁷ Para ser mais preciso, nas palavras de Berlin: “A defesa da liberdade consiste na meta ‘negativa’ de contrapor-se à interferência. Ameaçar um homem com perseguição, a não ser que ele se submeta a um tipo de vida em que não exerce qualquer escolha de suas metas, deixar-lhe aberta apenas uma porta, fechando todas as outras, qualquer que seja a perspectiva nobre que tal porta lhe ofereça ou por mais benevolentes que sejam os motivos daqueles que se encarregam disso, é pecar contra a verdade segundo a qual ele é um homem, um ser com vida própria a ser vivida. Eis aí a liberdade no sentido em que tem sido concebida pelos liberais do mundo moderno desde a época de Erasmo (alguns diriam Occam) até os nossos dias. Todo apelo em favor das liberdades civis e dos direitos individuais, todo protesto contra a exploração e humilhação, contra o abuso da autoridade pública ou a hipnose em massa dos costumes ou a propaganda organizada, tem suas origens nesta concepção de homem – concepção individualista e bastante questionada” (BERLIN, 2010, p. 140).

seu próprio amo e senhor” (BERLIN, 2010, p. 142). Estabelece-se uma nova visão de poder, na qual os indivíduos não mais admitem a submissão a ordens externas e fora do seu alcance e controle. A comunidade não mais se contenta em ser objeto do poder de um ou de uns poucos. Quer ser, ela própria, a protagonista de seu destino. Acredita que será mais livre à medida que se submeter a ordens que emanem de seu próprio entendimento do que é correto, justo e bom. Busca-se a racionalidade do exercício do poder como expressão da máxima liberdade, atribuindo-o a uma entidade abstrata: a vontade geral. A sociedade como um todo passa a ser o soberano.

Essa é a concepção fundamental do Contrato Social, por meio da qual Rousseau acredita que se garante a liberdade:

A alienação total de cada associado com todos os seus direitos a toda a comunidade, pois primeiramente, cada um se dando por inteiro, a condição é igual para todos, e a condição sendo igual para todos, ninguém tem o interesse de torna-la onerosa para os outros (ROUSSEAU, 2010, p. 29).

Ora, nesse contexto, a liberdade pressupõe a obediência à autonomia. O indivíduo é livre porque obedece às leis que partem dele mesmo. Aceita submeter-se ao poder coercitivo do Estado, mesmo quando este limita a sua liberdade em algum sentido, porque essa restrição não será concebida como um abuso do poder, haja vista que o poder popular não vai abusar de si próprio. Essa ideia de liberdade, que por muito tempo alimentou o espírito liberal, no dizer de Isaiah Berlin, é, na verdade, um equívoco, que foi oportunamente identificado por Benjamin Constant (BERLIN, 2010, p. 164).

De fato, Constant considera que o erro essencial da teoria de Rousseau e de outros escritores defensores da liberdade, quanto à sua concepção de soberania, consiste em que, vendo na história incontáveis exemplos de abuso de poder nas mãos de um único homem ou de uns poucos em detrimento da liberdade da maioria, dirigiu toda a sua fúria contra os detentores do poder, em vez de fazê-lo contra o poder em si. Assim, “ao invés de destruí-lo, sonharam apenas em realoca-lo. Foi uma praga; mas eles a tomaram como algo a ser conquistado e dotaram toda a sociedade com tal poder” (CONSTANT, 2007, p. 66). Segundo Constant, a consequência disso é desastrosa, porque “A nação onipotente é tão perigosa quanto um tirano, na realidade mais perigosa. A tirania não acontece por causa do número reduzido de governantes. Nem um número avantajado de mandantes é garantia de liberdade” (CONSTANT, 2007, p. 65). Mesmo reconhecendo que nem sempre a super extensão do poder político acarreta coisas horrendas, Constant defende que o antídoto contra o abuso do poder

não está na simples troca de titular, mas sim, no grau de poder que se deposita nas mãos do governante. É a quantidade de poder que se deposita, seja em quem for, que vai determinar a existência de uma constituição livre ou de um governo opressor (CONSTANT, 2007, p. 65).

Parece evidente que o pensamento de Constant quanto à garantia de liberdade se liga à necessidade de limitação do poder do governante, mesmo que esse poder seja decorrência da “vontade geral”. Aliás, ele considera que “a autoridade que deriva da vontade geral não é legítima apenas por causa disso, qualquer que seja a sua extensão e quaisquer que sejam os objetivos pelos quais ela é exercida” (CONSTANT, 2007, p. 81). Constant diz que o corpo de todos os cidadãos é soberano. O que significa dizer que ninguém, individualmente ou facciosamente pode assumir a soberania, exceto por delegação desse corpo. Mas disso não decorre que a soberania assim exercida possa dispor de modo absoluto sobre as vidas individuais. Com efeito, há uma parte inalienável da existência humana que transcende à jurisdição política (CONSTANT, 2007, p. 81-82). Por isso, “quando um governo de qualquer espécie lança sua mão ameaçadora sobre aquela parte da vida individual que está além de sua competência, é irrelevante a autoridade na qual ele alega se basear” (CONSTANT, 2007, p. 82). Com efeito, ainda que fosse toda a nação contra um único indivíduo ameaçado em sua liberdade individual, não haveria legitimidade (CONSTANT, 2007, p. 82).

Com isso fica claro que a ideia de soberania popular, a par de decorrer de uma concepção positiva de liberdade, não se confunde com o conceito de democracia. Insta lembrar que liberdade aqui não é apenas impor limites, mas ter direito de participar das decisões que importam. A soberania, entendida como concentração de todo o poder nas mãos do povo, não representa, necessariamente, maior índice de democracia se não houver mecanismos de limitação do poder da maioria. Berlin considera que “a democracia pode desarmar uma determinada oligarquia, um determinado indivíduo privilegiado ou um conjunto de indivíduos privilegiados, mas pode também esmagar os indivíduos tão desapiadadamente como todos os governantes anteriores” (BERLIN, 2010, p. 64).

Essas reflexões fazem todo o sentido quando percebemos que o Congresso Nacional, agindo em nome da maioria, toma uma decisão contrária à vontade popular. Quando o Congresso Nacional nega efeito a um referendo, outra coisa não faz senão, em nome da maioria, impor os interesses que subjazem às idéias que defende contra o próprio povo que lhe outorgou o poder, amesquinhando-o em seu próprio nome, e com os seus próprios poderes, o que soa, na verdade, um paradoxo, que Ackerman identifica como um dos problemas da representação: “se confundirmos o Congresso com o povo em assembleia e

dermos ao primeiro o poder supremo, ele atuará conforme a sua retórica populista” (ACKERMAN, 2006, p. 253). Talvez por isso, na crítica que Constant faz a Rousseau quanto à ideia deste de que há uma distinção entre as prerrogativas da sociedade e as do governo, adverte que “precisamos tomar medidas acauteladoras contra o poder soberano por causa da natureza dos que o exercem, da mesma maneira que as tomaríamos no caso de uma arma excessivamente poderosa que pudesse cair em mãos não-confiáveis” (CONSTANT, 2007, p. 63).

Aliás, Karl Popper aponta um argumento lógico contra toda teoria da soberania. Segundo ele, uma forma particular desse argumento volta-se contra uma versão muito ingênua do liberalismo, da democracia e do princípio de que a maioria deve governar, e que tem uma semelhança muito próxima com o conhecido “paradoxo da liberdade”, de Platão. De acordo com esse argumento “Ao criticar a democracia e realçar a ascensão do tirano, Platão levanta implicitamente a seguinte questão: que acontece se o povo não quiser governar, mas, ao contrário, entregar o governo a um tirano?” (POPPER, 2010, p. 314).

Popper faz essa referência no contexto em que tenta demonstrar a impropriedade de uma abordagem do problema da política, manifestada na pergunta sobre “quem deve governar?” ou “de quem deve ser a vontade suprema?” Para ele, assim colocada a questão, fica difícil evitar uma resposta como “os mais sábios”, “os melhores”, “aquele que domina a arte do governo”, “a maioria”, “o povo” etc. (POPPER, 2010, p. 311). Popper diz que esse tipo de resposta leva à impressão de que foi solucionado o problema fundamental da teoria política. Mas se a teoria política for abordada de forma diversa ficará fácil notar que apenas contornamos os problemas quando presumimos que a pergunta “quem deve governar?” é essencial. Segundo ele, até mesmo os que compartilham dessa suposição platônica sabem que os governantes nem sempre são suficientemente “bons” ou “sábios”, e que é improvável se obter um governo em cuja sabedoria ou bondade se possa confiar irrestritamente. Assim: “devemos torcer para que os melhores cheguem ao governo, mas nos preparar para termos os piores dirigentes” (POPPER, 2010, p. 312).

A partir dessa análise, ou seja, reconhecendo que é ingênuo pensar que a soberania popular, enquanto manifestação ilimitada de poder da maioria, representa sempre a melhor alternativa de exercício do poder, Popper propõe uma forma diferente de abordar o problema da política, substituindo a pergunta “quem deve governar?” por outra: “como podemos organizar as instituições políticas de modo que os governantes maus ou incompetentes

possam ser impedidos de fazer demasiados estragos?” (POPPER, 2010, p. 312). Com isso ele acredita ser possível se evitar o “paradoxo da soberania”.⁵⁸

Esse paradoxo nasce da suposição de que a clássica pergunta sobre “quem deve governar?” (um indivíduo, uma coletividade, uma classe) supõe uma concepção de poder ilimitado, fundada na suposta bondade ou honradez de um governo majoritário. Popper propõe uma teoria que, ao contrário disso, se funda na vileza da tirania, de modo que o controle democrático deve implicar a adoção de instituições que a evitem ou que nos permitam resistir a ela (POPPER, 2010, p. 315). “Quem aceita o princípio da democracia nesse sentido, não é obrigado a encarar o resultado de uma votação democrática como expressão abalizada daquilo que é correto” (POPPER, 2010, p. 316).

A teoria parece bastante convincente em termos lógicos. Efetivamente, a previsão de mecanismos institucionais de controle do exercício do poder, esteja ele nas mãos de quem estiver, corresponde, em princípio, a um maior índice de democracia. Mas não podemos desconsiderar que isso tem de ser analisado levando-se em conta as sociedades concretamente, o que demanda um olhar sociológico de cada realidade em comparação com os aspectos formais do poder instituído, o que não é objeto desse estudo.

Com efeito, nenhum sistema político autoritário assume sua tirania.⁵⁹ Praticamente todos os tiranos da modernidade se ‘justificam’ em Constituições ditas democráticas, nas quais se atendem os aspectos fundamentais da previsão de controles institucionais e políticos de exercício do poder, mas nem assim se garante que as decisões ali proferidas sejam verdadeiramente democráticas. Veja-se, a propósito, que o Brasil, em que pese constituir-se em República Democrática, e mesmo com uma Constituição analítica que chega a se confundir com um Código, está longe desse ideal de controle imaginado por Popper, porque muitos dos mecanismos institucionais concebidos com esta finalidade não passam de justificativas retóricas para dissimular o verdadeiro monopólio do poder político. Com efeito,

⁵⁸ Popper afirma que todas as teorias da soberania são paradoxais. “Por exemplo, podemos ter escolhido ‘o mais sábio’ ou ‘o melhor’ como governante. Em sua sabedoria, porém, ‘o mais sábio’ pode constatar que não ele, e sim ‘o melhor’, deve governar, e ‘o melhor’, em sua bondade, talvez decida que ‘a maioria’ deve governar. Até mesmo a forma da teoria da soberania que exige ‘o império da lei’ está sujeita à mesma objeção. Isso foi percebido desde muito cedo, como mostra um comentário de Heráclito: ‘a lei também pode exigir que a vontade de Um Homem seja obedecida’.” (POPPER, 2010, p. 314-315).

⁵⁹ “La supresión de la libertad en los regímenes totalitarios non comienza nunca con un respecto escrupuloso a las garantías formales y los procedimientos, sino más bien con su quebrantamiento en nombre de un derecho material y pré-positivo superior, ya sea este el de la “religión verdadera”, el de la “comunidad popular de miembros de la misma especie” o el del “proletariado”. Solo en una segunda fase, cuando el nuevo derecho se ha convertido en un sistema de dominio como instrumento de la transformación revolucionaria, se llega al positivismo y al legalismo de los regímenes totalitarios.” (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 42)

é manifesta a aversão de nossa classe política à interação da população no processo de formação das leis (OLIVEIRA, 2010, p. 24).

Aliás, percebe-se que, na verdade, os discursos de legalidade e de soberania popular propalados pelo Estado brasileiro demonstram que as referências constitucionais a esses valores limitam-se à construção de uma amálgama formalística, com se fosse um ritual de passagem, conferindo legitimidade a normas que, em última análise resultam de escolhas exclusivas da classe política: “o isolamento e absolutismo do ente estatal em relação ao corpo eleitoral são em tudo opostos às propostas de participação direta feitas por ele próprio. (OLIVEIRA, 2010, p 24) (Grifos do autor).

Na verdade, ainda vivemos num sistema democrático representativo sob a influência da concepção de soberania popular de Rousseau, segundo a qual a vontade da maioria está estruturada segundo um sistema de imposição da vontade majoritária (ROUSSEAU, 2010, p. 83). Esse sistema representativo tinha por escopo a afirmação da liberdade, mas a liberdade era possível apenas na medida em que todos se submetessem a uma única vontade, a vontade geral, que seria o resultado da opinião da maioria. É claro que sabia que o resultado de uma lei que não tinha a anuência de uma parte do povo poderia não ser aceito por quem discordasse da decisão, como se vê nesta passagem do Contrato Social: “Mas pergunta-se como um homem pode ser livre e forçado a se conformar com vontades que não são a sua. Como os opositores são livres e submetidos às leis que não contaram com seu consentimento?” (ROUSSEAU, 2010, p. 83). Apesar dessa peculiaridade, para Rousseau a unanimidade seria uma exigência apenas do “pacto original”; fora desse contrato primitivo “o voto da maioria obriga sempre todos os demais” (ROUSSEAU, 2010, p. 83).

Ele dizia que a *vontade constante* de todos os membros da sociedade é a *vontade geral*. Desse modo, quando se propõe uma lei na *assembleia do povo*, o que se pergunta não é se ela é aprovada ou rejeitada pelos que compõem o povo, mas sim, se ela está ou não de acordo com a vontade geral que lhes pertence: “cada um, apresentando o seu sufrágio, manifesta com isso o seu parecer e do cômputo dos votos extrai-se a declaração da vontade geral” (ROUSSEAU, 2010, p. 83). Essa ideia de soberania popular, que se identifica com a vontade geral no sentido concebido por Rousseau, poderia até ser em certa medida admitida ao tempo do Contrato Social. Tanto mais se levarmos em conta que Rousseau, ao falar de *vontade geral*, tinha em mente a ideia de cidadão e de povo coincidente com a Aristocracia

genebrina, a que ele pertencia.⁶⁰ Mas não se justifica mais no âmbito de uma sociedade com acentuado grau de complexidade e correlata contingência,⁶¹ cuja característica mais acentuada é a diversidade de opiniões, a pluralidade de concepções de mundo e a heterogeneidade dos modos de vida.

A ideia de soberania popular, como simples soma de vontades, nos termos concebidos por Rousseau, traz consigo, no entanto, conforme reconhece Habermas, uma notória contradição, porque “o povo, do qual deve emanar todo o poder organizado em forma de Estado, não forma um sujeito com consciência e vontade. Ele surge sempre no plural: *enquanto* povo ele não é capaz de agir nem de decidir como um todo” (HABERMAS, 2011, Vol. II, p. 255 – grifo do autor).⁶²

A partir dessa constatação, Habermas propõe que a soberania popular como manifestação da vontade geral seja reinterpretada. Em que sentido? No sentido de que tal princípio, em vez de representar uma simples transferência de poder ilimitado de toda a sociedade para um corpo de representantes que fala e dita as regras em nome de todos, seja visto como um processo. Para ser mais claro, a soberania “só pode manifestar-se sob as condições discursivas de um processo diferenciado de formação da opinião e da vontade” (HABERMAS, 2011, Vol. II, p. 260). Isso implica uma mudança substancial no conceito de soberania popular, porque retira o foco da legitimidade e da racionalidade da decisão política centrada no escrutínio da maioria, para situar o tema no âmbito do discurso. Parte-se do ponto de vista de que a aceitabilidade racional de uma decisão política depende do grau de assentimento dos envolvidos no processo do poder apoiados em boas razões. Segundo Habermas, isso somente pode ser evidenciado sob as condições pragmáticas de discursos nos quais prevalece somente a coerção do melhor argumento apoiado nas informações disponíveis e compartilhadas (HABERMAS, 2010, V. I, p. 137).

⁶⁰ “Vimos que Rousseau fala constantemente, *No Contrato Social*, do povo que é soberano, mas nunca o define. Estranha omissão que permitiu à Revolução fazer de Rousseau o grande mestre da democracia do século XIX. Se Rousseau tivesse dito que o povo em que pensava era a aristocracia genebrina, todos teriam compreendido que não se devia buscar no *Contrato Social* a solução dos problemas políticos suscitados na França pela derrocada da monarquia” (FERRERO, 1945, p. 168-169)

⁶¹ Para Luhmann, complexidade quer dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar; e contingência diz respeito ao fato de que “as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas” (LUHMANN, Vol. I, 1983, p. 45). Em termos práticos, segundo Luhmann, “complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”. (LUHMANN, Vol. I, 1983, p. 45-46)

⁶² Antes de Habermas, Tocqueville já tinha reconhecido, quando analisou a Democracia na América, que “nem sempre é possível convocar todo o povo, seja direta, seja indiretamente, para a confecção da lei; mas não seria possível negar que a lei, quando tal coisa é praticável, adquire uma grande autoridade” (TOCQUEVILLE, 2010, p. 182).

O discurso de Habermas (2010, Vol. I, p. 137) nessa medida, correlaciona-se com o pensamento de Mill, ao defender que a verdade sobre todas as questões práticas da vida sempre se coloca como a síntese de opiniões opostas, ainda que uma delas seja a manifestação isolada de um só indivíduo. Segundo ele:

A verdade, nas grandes preocupações práticas da vida, é, em grande parte, uma questão de reconciliar e combinar opostos, e muito poucos têm mentes suficientemente amplas e imparciais para fazer esses ajustes de forma correta, e eles então têm de ser feitos pelo duro processo de uma luta entre combatentes que estão sob bandeiras inimigas (MILL, 2010, p. 104).

Se o ideal da democracia é alcançar o consenso possível entre as opiniões, de forma a satisfazer o propósito da vontade geral como força vinculante, não se pode olvidar a universalidade do fato de que em todas as questões humanas somente a diversidade de opiniões representa a chance de equanimidade para todos os aspectos da verdade (MILL, 2010, p. 104).

Se esse pensamento é verdadeiro, o *princípio do discurso* assume relevância considerável no processo democrático, haja vista que a legitimação do direito fundada na ideia de autolegislação exige que os que estão submetidos ao direito na condição de destinatários das normas possam perceber-se como sendo efetivamente seus autores (HABERMAS, 2010, p. 157). Quem não concorda com uma decisão em que foi vencido, aceita-a como legítima se tiver a certeza de que lhe foi garantido o direito fundamental de participar em igualdade de condições da formação da opinião e da vontade.⁶³ Isso pressupõe o que Habermas chama de *liberdade comunicativa*, que só existe entre atores que intentam entender-se mutuamente sobre algo num *enfoque performativo*. Em outras palavras, a legitimidade de uma decisão é consequência de um tipo de racionalidade que surge quando o que foi decidido resulta do processo de entendimento intersubjetivo, ou seja: “para alguém poder tomar uma posição, dizendo ‘sim’ ou ‘não’, é preciso que o outro esteja disposto a fundamentar, caso se torne necessário, uma pretensão levantada através de atos de fala” (HABERMAS, 2010, p. 156).

⁶³ Nesse sentido Michelangelo Bovero, comparando o *jogo político* com o *jogo democrático*, enfatiza que o *jogo político* consiste no impor-se de uma determinada orientação decisória, ou seja, na prevalência, dentre diversas formas distintas, de uma determinada vontade. Mas quanto ao *jogo democrático* “A sua especificidade consiste em reduzir as muitas vontades, inclinações, interesses individuais à única vontade, expressa (a cada vez) pela decisão coletiva, de modo tal que os indivíduos possam reconhecer nesta uma vontade *não imposta* mesmo quando não a compartilham, porque surgida de um processo decisório do qual participaram todos em iguais condições” (BOVERO, 2002, p. 63)

Vistas as coisas por esse ângulo, a soberania popular realmente assume o aspecto de processo e somente no curso dele ela pode efetivamente alcançar o seu desiderato, qual seja, possibilitar que a decisão da maioria seja portadora de conteúdo racionalmente motivado, resultante de uma discussão *provisoriamente encerrada* sobre aquilo que é correto. Assim, segundo Habermas, citando Fröbel:

A discussão permite que as convicções que se desenvolveram, no espírito de diferentes pessoas, se influenciem mutuamente, esclarece-as e amplia o círculo daqueles que as reconhecem... A determinação prática do direito é a consequência do desenvolvimento e do reconhecimento da consciência jurídica teórica que já existia na sociedade, porém... só pode ter sucesso pelo caminho da votação e da decisão da maioria de vozes. (FRÖBEL *apud* HABERMAS, 2011, Vol. II, p. 262).

A partir dessas considerações podemos reconhecer que nos encontramos diante de duas decisões, ambas fundadas na soberania popular: uma do Congresso Nacional, veiculada nos termos da Lei nº 11.662, de 2008, que impõe um novo fuso horário ao Estado do Acre, outra emanada diretamente da população atingida pelos termos da norma, em que o povo rejeita o que foi decidido pelo Congresso Nacional. Ambas as decisões são portadoras de pretensão de validade e ambas igualmente se justificam como resultado de um processo deliberativo democraticamente informado. O fato de uma decisão partir do Parlamento em forma de lei a outra partir do povo por meio de manifestação direta, rejeitando a lei do Congresso Nacional, não prejudica a legitimidade de ambas. Qual dessas decisões deve prevalecer, quando o Congresso Nacional não dá à manifestação popular direta a eficácia revocatória de seu ato? Eis a questão. A resposta pode ser encontrada no âmbito de uma teoria da interpretação Constitucional, de forma que a legitimidade da decisão do Congresso Nacional, que nega efetividade ao referendo, mesmo sendo o resultado de um processo discursivo democraticamente informado, pode não se justificar à luz da melhor interpretação da Constituição⁶⁴, e neste ponto mostra-se de singular interesse o estudo da matéria à luz do direito como integridade.

⁶⁴ “Hoje em dia perenizou-se o processo de uma *realização* crítica de princípios constitucionais universalistas, inclusive nos atos mais simples da legislação. Os debates que precedem as deliberações realizam-se sob condições de uma mudança social e político-cultural, cujo movimento pode ser indiretamente acelerado ou freado, mas não regulado por intervenções políticas. De sorte que a constituição deixou de ser estática; mesmo que o teor das normas permaneça inalterado, suas interpretações não se imobilizaram” (HABERMAS, 2011, Vol. II, p. 276).

3.2 O princípio representativo

Para Guglielmo Ferrero (1945, p. 156), ao analisar a natureza e os efeitos dos princípios do poder, assim como alguns governos e os princípios em que se baseiam, “a democracia é somente o princípio da delegação por eleição, aplicado à sociedade, para resolver os problemas do poder”. Nesse sentido, faz uma comparação do mecanismo de delegação do poder, na política, a um aspecto muito comum na vida prática das pessoas. Para Ferrero (1945, p. 156), é natural em todos os negócios humanos, que quando um grupo de pessoas pretende se reunir para alcançar determinado objetivo comum, como divertir-se, instruir-se, auxiliar-se, propagar certas ideias, defender certos interesses, o que fazem? Segundo ele, reúnem-se, elegem um presidente, um secretário, um conselho, delegam-lhes o poder de fazer tudo o que for necessário para atingir os fins visados, com a reserva de fiscalizar a ação deles. Indaga: seria possível contestar que esse procedimento é conforme a razão e de todo pertinente? Para Ferrero, na política não é muito diferente. Mesmo que a escolha de um representante esteja associada à tomada de decisões da mais elevada importância, a operação de transferência de poder segue a mesma lógica que trilha os casos mais singelos da vida prática, ou seja, uma delegação de poder, pelo processo de eleição, que comporta a vigilância e a revogação dos poderes delegados.

De fato, prossegue ele:

É um princípio muito simples, completamente humano, exclusivamente prático, desprovido de qualquer transcendência, e que se aplica a todos os negócios humanos que não são estritamente individuais. Mas neste ponto, surge uma questão. Pode ele aplicar-se ao poder, ser empregado para realizar a mais decisiva das distinções entre os homens: os que terão o direito de mandar e os que terão o dever de obedecer? (FERRERO, 1945, p. 156)

Quando se trata da democracia representativa, essa é uma das questões que assume grande relevância, uma vez que um dos argumentos dos adeptos de uma ideia mais radical de democracia consiste em que não seja possível se delegar o poder sem a possibilidade da perda da soberania, porquanto os representantes, depois de eleitos, não possuem nenhuma vinculação jurídica com os titulares do poder, no sentido de serem obrigados a seguir as orientações destes⁶⁵. Do mesmo modo, uma vez eleitos os representantes, o povo não pode

⁶⁵ Nesse sentido, é bastante conhecida a objeção de Kelsen (2005, p.413) ao instituto da representação, que considera um “enfraquecimento considerável do princípio da autodeterminação política”. Segundo ele, na definição tradicional, “um governo é ‘representativo’ porque e na medida em que os seus funcionários, durante a sua ocupação do poder, refletem a vontade do eleitorado e são responsáveis para com este”. Por esse prisma,

lhes revogar o mandato na hipótese de adotarem decisões que contrariem os anseios populares.

Muito já se debateu a respeito dos diversos aspectos da representação política como instrumento de exercício do poder, notadamente a partir de uma noção elementar dos principais modelos alternativos de interpretação da função representativa que lhe é ínsita. A propósito, convém dar destaque a três modelos de representação política: a representação como *relação de delegação*, a representação como *relação de confiança*, e a representação como *representatividade sociológica* (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO; p. 1102).⁶⁶

A representação como *relação de delegação* caracteriza-se pela submissão do mandatário à vontade do mandante. Este, ao delegar poderes expressos ao seu representante, estabelece uma relação de fidelidade aos poderes que lhe foram dados, de modo que o desvio do que lhe foi traçado implica responsabilidade e revogação do mandato. Neste caso, o mandatário é um simples porta voz do mandante. “Os progenitores de nossos deputados eram mandatários em sentido próprio, intimamente ligados às instruções recebidas dos seus mandantes” (SARTORI, 1962, p. 14). Sartori atribui a existência de um *nexo genético* entre a representação política e a representação jurídica à concepção medieval de poder político, que o tinha como um fato patrimonial. Assim, justifica ser lógico que as relações de direito público imitem as relações de direito privado. E esse nexo genético, segundo ele, é expresso no fato de até hoje se usar, mesmo em sentido político, o termo representação.

Já a representação como uma *relação de confiança* se estabelece pela transferência relativa da autonomia da vontade do representado para o representante. Neste caso, o representante possui com o representado uma relação de confiança tal que o mandato lhe permite, em nome do representado, a agir discricionariamente, exercendo os atos de representação com fundamento em sua própria interpretação acerca dos interesses do representado. Para Norberto Bobbio (1997, p. 45-46), nessa hipótese, o representante, mais que um delegado, é um fiduciário do representado. É esse modelo de transferência de poder,

afirma que nenhuma das democracias existentes ditas “representativas” são de fato representativas: “Para se estabelecer uma verdadeira relação de representação, não basta que o representante seja nomeado ou eleito pelos representados. É necessário que o representante seja juridicamente obrigado a executar a vontade dos representados, e que o cumprimento dessa obrigação seja juridicamente garantido. A garantia típica é o poder dos representados de cassar o mandato do representante caso a atividade deste não se conforme aos seus desejos” (KELSEN, 2005, p. 414). Sartori (1962, p. 69-78) faz uma crítica contundente ao posicionamento de Kelsen de pretender dar à representação política os mesmos efeitos da representação jurídica como condição de possibilidade de uma verdadeira relação de representação.

⁶⁶ Para uma visão geral do tema, veja-se verbete “Representação Política”: (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 1101-7).

baseado numa cláusula de confiança, que designa a ideia de representação democrática no marco Constitucionalismo.

A representação como *representatividade sociológica*, por sua vez, vê a relação de representação como um espelho, ou seja, considera não a pessoa do representante, mas sim a instituição representativa, o órgão parlamentar, como uma espécie de reflexo da comunidade política a que se refere. Por este prisma, a relação de representação deve manter uma correspondência geral dos diversos setores representados com a composição do órgão parlamentar: “ele concebe o organismo representativo como um microcosmos que fielmente reproduz as características do corpo político. Segundo uma outra imagem corrente poderia ser comparado a uma carta geográfica” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO; 1998, p. 1102).

Cada uma dessas concepções de representação possui suas vantagens e desvantagens, e nenhuma delas, considerada em si mesma, pode ser adotada como uma forma perfeita e acabada de correção que garanta em termos ótimos a plena realização do ideal de democracia representativa. Assim, a relação de representação como delegação,⁶⁷ se por um lado tem a vantagem de corresponder precisamente ao ideal de democracia direta, por outro não se mostra capaz de solucionar os problemas de uma democracia moderna, que por impossibilidade técnica não admite que cada decisão política seja submetida à deliberação dos titulares do poder.

O descompasso visível do sistema representativo por delegação consiste certamente na restrição da atuação dos governantes e parlamentares, sem que lhes faculte nenhuma margem de liberdade para tomar deliberações de interesse geral do Estado. Outro inconveniente reside na possibilidade de o governo representativo se tornar um governo de classe. Isso implica a possibilidade quase inafastável de a classe dos que são representados em maioria delibere em favor de seus interesses em detrimento dos interesses da minoria não representada, ou não representada adequadamente.

A propósito, são bastante atuais essas considerações de Mill (1983, p. 89):

Em qualquer democracia realmente igual, toda e qualquer seção deve ser representada, não desproporcionalmente, mas proporcionalmente. Maioria de eleitores terá sempre maioria de representantes, mas a minoria dos eleitores deverá ter sempre uma minoria de representantes. Homem por homem, deverá ser

⁶⁷ A partir da Constituição de 1791, foi expressamente proclamado o princípio da independência do Parlamento em relação ao eleitorado, ocasião em que restou assentado que nenhuma instrução deveria ser dada aos deputados, porque estes não deveriam ser representantes de nenhum distrito em particular, mas da nação inteira (KELSEN, 2005, p. 415).

representada tão completamente como a maioria. A menos que tal se dê, não há governo igual, mas governo de desigualdade e de privilégio: uma parte do povo manda na outra; retirar-se-á de certa porção da sociedade a parte justa e igual de influência na representação, contrariamente a todo governo justo, mas acima de tudo, contrariamente ao princípio da democracia, que reconhece a igualdade como fundamento e raiz.

De fato, é impensável em termos atuais o exercício de um mandato representativo em que os representantes estejam vinculados a ordens, ou qualquer orientação específica do grupo de eleitores que os elegeram. A representação é política, e não privatística. As decisões do Parlamento possuem caráter geral e se aplicam a todos, indistintamente, o que é incompatível com qualquer tipo de vinculação do parlamentar a vontade desse ou daquele eleitor, desse ou daquele grupo ou classe, seja ela de que natureza for.

Ademais, se por um lado a representatividade sociológica tem a vantagem manifestada de estabelecer uma correspondência entre os diversos setores da sociedade com reflexo no Parlamento, de modo que os cidadãos das diversas esferas sociais sintam-se representados, por outro esbarra na dificuldade prática de se estabelecer, dentre as diversas características do corpo social, aquelas que seriam determinantes para ensejar a representatividade. Bobbio *at al* (1998, vol. 2, p. 1103) faz menção às características estritamente políticas e ideológicas, que seriam eficazmente representadas num sistema eleitoral proporcional, contudo considera que seria de difícil representação, em um grau de correspondência adequado, outras tantas características que divisam os grupos sociais, tais como as socioeconômicas, profissionais, religiosas, culturais, étnicas e raciais.

A representação como relação de confiança, por sua vez, também chamada “fiduciária”, é o tipo de representação que caracteriza propriamente o sentido corrente da representação política, em contraste com a representação por delegação. A diferença essencial entre estas espécies de representação refere-se à autonomia do representante em relação aos poderes de que dispõe para representar os mandatários e à impossibilidade de revogação do mandato (BOBBIO, 1997, p. 45-46). Na representação fiduciária está pressuposta uma vinculação moral entre as vontades do mandante e do mandatário. Contudo, este tem plena liberdade para fazer seus próprios juízos acerca do que sejam os interesses daquele. Assim, ao receber o mandato, o representante passa a agir autonomamente, independente de quaisquer orientações posteriores (BOBBIO, 1997, p. 47).

A razão de ser da representação fiduciária, como meio mais adequado a satisfazer o princípio democrático, consiste no fato de que o parlamentar fica desvinculado da possibilidade de representar interesses particulares, em face da imposição de que represente os

interesses gerais. Para tanto, não pode estar sujeito às ingerências de grupos de eleitores que os elegeram na defesa de interesses parciais. Com efeito, embora o parlamento seja constituído pela vontade da maioria, o governo e as leis destinam-se a todos, em situação de igualdade: maioria, minoria, situação e oposição (BOBBIO, 1997, p. 46).

O maior problema desse tipo de representação é a possibilidade de divórcio entre a vontade dos representantes e dos representados. Uma vez que aqueles podem fazer seus próprios juízos acerca do que é bom e adequado para a sociedade, ou para uma parte dela, o povo pode não se identificar com as bandeiras, as causas e rumos que determinada composição do Parlamento possa assumir. Nesse sentido, a independência do Parlamento em relação ao povo pode levar à assunção de posturas arbitrárias,⁶⁸ que não seriam contestadas por ninguém, em face da inexistência de responsabilidade jurídica dos representantes. Uma das formas de manter o sentido da representação democrática é atribuir mecanismos de controle ao exercício do poder, por meio de instrumentos disponíveis no próprio sistema constitucional de democracia representativa.⁶⁹

3.3 O princípio eletivo

Importa assentar, inicialmente, que o princípio eletivo se apresenta para a democracia, comparativamente aos regimes autocráticos, como condição de legitimidade do exercício do poder. Os que governam, no regime democrático, e tomam as decisões fundamentais em nome de todos os demais, o fazem legitimamente porque estão autorizados pelos destinatários das normas, que em última análise são os titulares da soberania. Essa autorização, que lastreia a legitimidade democrática do exercício do poder, nada mais é do que a transferência do poder por meio do processo eletivo. Para que isso fique mais claro, nos regimes autocráticos, como as monarquias, por exemplo, essa legitimidade do exercício do poder se assenta em outros mecanismos de transferência, como o princípio hereditário, também chamado vez ou outra de princípio aristocrático.⁷⁰

⁶⁸ “Os representantes do povo em uma assembleia popular às vezes parece acreditar que são o próprio povo e revelam acentuados sintomas de impaciência e irritação ao menor sinal de oposição, venha de onde vier, como se, exercendo seus direitos, o Executivo ou o Judiciário lhes roubassem um privilégio e lhes ferissem a dignidade” (HAMILTON, 2010, p. 445)

⁶⁹ Para uma visão geral dos mecanismos de controle do poder político nas democracias representativas, consulte-se: (LOEWENSTEIN, 1970).

⁷⁰ “Uma classe política que se impõe, se quisermos usar esta expressão de Burzio, é geralmente uma classe política que transmite o poder por meio da hereditariedade; uma classe política que se propõe renova-se pelo método eletivo. Os dois métodos de formação da classe dirigente refletem dois princípios antitéticos que se alternam na história das instituições políticas: o princípio aristocrático e o democrático.” (BOBBIO, 2010, p. 24).

Para que uma democracia seja considerada legítima com base no princípio eletivo, certas condições não que ser observadas, necessariamente, sob pena de frustração do princípio. Certamente, a primeira condição que deve ser levada em conta diz respeito à necessidade de se eliminar o autoengano consagrado na teoria política de que a democracia é governo do povo sobre o povo. O exercício do poder é sempre o trabalho de uma minoria.⁷¹ Com efeito, por mais que hoje em dia se possa falar na existência de sufrágio universal, a participação do povo na tomada de decisões políticas sobre os destinos do Estado se reduz drasticamente já no início do processo de escolha dos nomes dos futuros representantes, que se dá no seio dos partidos políticos.⁷²

O povo decide em quais candidatos votar, mas não decide quem serão os candidatos. Esse processo prévio de escolha dos candidatos é monopolizado pela direção dos partidos. Bobbio, fazendo uma análise crítica da democracia italiana após a Segunda Guerra, afirma que entre o método eletivo e o hereditário existe um terceiro método de escolha do grupo governante, que ele intitula “método da cooptação”. Isso significa que as listas dos candidatos são formadas por indicação da direção dos partidos e não pelo corpo eleitoral. Assim, segundo ele, “Dizer que o corpo eleitoral escolhe os seus representantes é dizer apenas metade da verdade” (BOBBIO, 2010, p. 27).

Efetivamente, a malha de intermediários que separa o povo, dito a base da pirâmide democrática, e a elite que o governa, dita seu vértice, é constituída por uma realidade bem mais heterogênea de influências, que não se limita à direção dos partidos políticos.⁷³ O partido

Para uma abordagem profunda sobre como os princípios de legitimidade atuam ao longo da história em diversas nações do Ocidente, justificando a ascensão e queda de regimes políticos, veja-se: FERRERO, Guglielmo. *O poder. Os gênios invisíveis da cidade*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1945, notadamente o capítulo 3, que trata dos “quatro princípios de legitimidade”, às páginas 26-32.

⁷¹ “A democracia como autogoverno do povo é um mito que a história desmente continuamente. Em todos os Estados, quem governa – e aqui falamos em ‘governar’ no sentido de tomar as decisões últimas que se impõem a todos os membros de um grupo – é sempre uma minoria, um pequeno grupo, ou alguns grupos minoritários em concorrência entre si.” (BOBBIO, 2010, p. 23)

⁷² “Quando a democracia acaba por chegar ao sufrágio universal, é a massa inteira que deve aceitar e aprender a exercer a soberania, tanto quanto é necessário para que a soberania do povo deixe de ser uma ficção. Mas a dificuldade de preparar o povo para o exercício da soberania aumenta com a sua massa. As massas humanas são mais passivas, pesam mais sobre si mesmas, à proporção que o seu volume cresce; e quanto mais maciço é o povo soberano, tanto mais difícil se torna para a minoria que lhe deu o poder arrancá-lo da sua passividade e transformá-lo num soberano ativo, tanto maior é a necessidade de intermediários que dividam entre si essa massa para organiza-la, mobiliza-la, esclarece-la. É a tarefa dos partidos, que se tornam por sua vez órgãos necessários da soberania popular.” (FERRERO, 1945, p. 170)

⁷³ A esse respeito, Ackerman, referindo-se aos grupos de interesses privados e sua influência no âmbito de decisões do governo representativo, anota que “os grupos de interesses privados dispõem de recursos organizacionais que geram pressões no curso da política, independentemente do julgamento dos cidadãos comuns ou de cidadãos de qualquer espécie. Trata-se de um fato patológico” (Ackerman, 2006, p. 344). Michelangelo Bovero, por seu turno, considera: “em primeiro lugar, os múltiplos planos intermediários que se inserem entre a base e o vértice são ocupados por organizações (partidos, grupos de pressão, etc.) cujos membros

político é apenas o mais expressivo desses grupos que se colocam entre a massa dos cidadãos e os detentores do poder, tanto mais porque se trata de grupos pluralistas institucionalizados como condição mesma de garantia da própria democracia. Ao lado deles se nota uma diversidade de outros grupos que exercem influência decisiva não só no processo eletivo, de escolha de representantes que defendam seus interesses, mas no dia a dia da política ordinária, onde se percebe que muitas decisões emanadas do Parlamento são resultados do esforço e do empenho de grupos de pressão articulados e bem orientados na defesa de interesses de toda ordem.

O princípio eletivo precisa ser compreendido dentro dessa ótica complexa do jogo de interesses diversos na disputa por espaços de domínio ou de influência nas decisões do governo. Não pode haver a ilusão de que a democracia é um regime em que o povo, como se fosse uma massa uniforme de pessoas essencialmente iguais, elege os seus representantes e estes defendem os interesses da sociedade desapegados de quaisquer compromissos com grupos de interesses. Na realidade, os grupos pluralistas e a garantia de sua existência e importância para a democracia é reconhecida nos próprios textos constitucionais, que preveem como fundamental o direito de associação para fins lícitos. Segundo Loewenstein (1970, p. 425), estes interesses podem ser os mais diversos: político, religiosos, econômicos, profissionais e culturais – desde os partidários da música popular até os defensores do nudismo.⁷⁴

É da essência de uma democracia representativa que todas as forças sociais de importância tenham garantida a liberdade de competir em um circuito aberto de valores (LOEWENSTEIN, 1970, p. 424).⁷⁵ Em termos ideais, isso corresponde ao sentido de uma

estão, em relação ao cidadão comum, ‘mais próximos’ do momento culminante da decisão política e, portanto, capazes de influenciar mais sobre o seu conteúdo” (BOVERO, 2002, p. 38).

⁷⁴“Um grupo pluralista, em el sentido más amplio, es cualquier asociación de hombres que, conscientes de sus intereses comunes, se han unido de forma organizada. Estos intereses pueden ser de lo más diverso: político – el partido político es el más importante de todos los grupos pluralistas –; religiosos – las iglesias –; económicos – asociaciones de empresarios y los sindicatos –; profesionales – gremios y asociaciones de profesiones libres –; y culturales – desde los partidarios de la música popular hasta los propugnadores del nudismo.” (LOEWENSTEIN, 1970, p. 425) (Um grupo pluralista, em sentido mais amplo, é qualquer associação de homens que, conscientes de seus interesses comuns, se unem de forma organizada. Estes interesses podem ser os mais diversos: político – o partido político é o mais importante de todos os grupos pluralistas; religiosos – as igrejas; econômicos – associações de empresários e sindicatos; profissionais – grêmios e associações de profissionais liberais; e culturais – desde os partidários da música popular até os defensores do nudismo.) (Tradução livre)

⁷⁵“Todas las fuerzas sociales de importancia tienen garantizada la libertad de competir en un circuito abierto de valores. El libre juego de los grupos pluralistas corresponde al principio de la distribución del poder.” (Loewenstein, 1970, p. 424) (Todas as forças sociais de importância têm garantida a liberdade de competir em um circuito aberto de valores. O livre jogo dos grupos pluralistas corresponde o princípio da distribuição do poder.) (Tradução livre)

sociedade bem ordenada,⁷⁶ onde a virtude se sobrepõe aos interesses.⁷⁷ Mas a democracia real não é assim, bem o sabemos.⁷⁸ Quem se elege e fica no topo da pirâmide democrática coloca mais perto do âmbito de deliberação o grupo que representa, o qual, por sua vez, em relação aos demais, ocupa posição privilegiada. “É como se disséssemos: todos os cidadãos são iguais, mas alguns são mais iguais do que outros” (BOVERO, 2002, p. 33). Ao lado disso, conforme anota Bovero, à medida que os grupos de representantes ascendem ao poder, a orientação de base dada pelas decisões iniciais dos cidadãos eleitores pode ser desviada e distorcida, e todo o curso decisório pode mudar de direção (BOVERO, 2002, p. 33).

Assim, o princípio eletivo, para manter a integridade de seu propósito, não pode ser visto como um simples ato de transferência de poder, que se exerce uma vez e deixa-se o Parlamento à vontade para daí em diante seguir os rumos que bem entender, dissociado de modo absoluto das expectativas da população. É mais adequado que ele seja visto como um mecanismo de concessão, em vez de transferência do poder (BOBBIO, 2010, p. 25), de sorte que o povo mantenha a vigilância sobre os atos de seus representantes e esteja preparado para julgá-los na primeira oportunidade eleitoral que se seguir, retirando-lhes o poder concedido. Isso é condição da existência da democracia, que implica responsabilidade do Parlamento: “Não basta o consenso, mas é necessária uma verificação periódica do consenso. Uma classe política que tivesse derivado seu poder de uma eleição inicial, e depois não fosse submetida a nenhum controle ulterior, levaria a um regime que não se poderia chamar democrático.” (BOBBIO, 2010, p. 24).

A partir dessas considerações sobre os aspectos essenciais da democracia representativa, é possível perceber a relevância que tem o conceito de soberania popular e a necessidade de analisar esse princípio fundante da democracia sob uma perspectiva que

⁷⁶ A ideia de sociedade bem-ordenada é trabalhada por John Rawls no Liberalismo Político. Para ele “dizer que uma sociedade é bem-ordenada significa dizer três coisas: a primeira (e isso está implícito na ideia de uma concepção de justiça publicamente reconhecida) é que se trata de uma sociedade na qual cada um aceita, e sabe que todos os demais também aceitam, precisamente os mesmos princípios de justiça; a segunda (que está implícita na ideia de regulação efetiva) é que se reconhece publicamente, e nisso se acredita com boas razões, que a estrutura básica dessa sociedade – isto é, suas principais instituições políticas e sociais e a maneira como se articulam em um sistema único de cooperação – implementa aqueles princípios; e a terceira, que seus cidadãos têm um senso de justiça que normalmente é efetivo e, em virtude disso, em geral agem em conformidade com as instituições básicas da sociedade, que consideram justas” (RAWLS, 2011, p. 41).

⁷⁷ Montesquieu, falando sobre os princípios de cada governo, diz que a virtude é o princípio do governo democrático, que ele chama de popular: “Não é necessária muita probidade para que um governo monárquico ou um governo despótico se mantenham ou se sustentem. A força das leis no primeiro, o braço sempre erguido do príncipe no segundo regram e contêm tudo. Mas num Estado popular se precisa de um motor a mais, que é a VIRTUDE.” (1993, p. 32) (grifo do autor)

⁷⁸ Kelsen faz uma análise da relação dialética que existe entre a democracia ideal e a democracia real, e diz que muitos dos mal-entendidos na discussão do problema democrático resulta do fato de não se levar em conta estes dois elementos (2000, p. 35).

possibilite afirmar a correção de uma decisão do Parlamento, não como a simples soma dos votos da maioria dos representantes, pressuposto como legítimo em face da observância de um íterim procedimental, mas sim – se não também – como resultado de um compromisso com uma concepção política de justiça, que leve em conta a necessidade de reconhecer e afirmar a estrutura básica da democracia (RAWLS, 2011, p. 449). Isso requer que as decisões do Parlamento estejam informadas por princípios que possam justificá-las publicamente, no âmbito de uma sociedade bem ordenada, constituída por pessoas razoáveis, racionais, e que se consideram iguais. Uma decisão do Parlamento, para justificar-se nesses termos, precisa atender ao ideal de integridade na legislação, que não está dissociado da observância dos princípios de moralidade política aceitos pela comunidade.

Questão das mais complexas no regime de democracia representativa é equacionar a soberania com a ideia de representação. O povo é soberano, porque detém o poder de se autogovernar, mas isso é feito pelos representantes. Quando os elege, transfere a soberania sobre todas as questões, de modo que as prerrogativas da sociedade se confundem com as prerrogativas do governo (CONSTANT, 2007, p. 60-61). Sendo os homens falhos, e nem sempre se tendo a garantia de que os representantes vão usar de suas prerrogativas para atender aos interesses do povo, impõe que lhes sejam fixados limites no exercício do poder.

Nesse contexto, o Estado Constitucional assume sua importância mais valiosa, porque a história do constitucionalismo não tem maior justificativa senão a busca de controle no exercício do poder político. Se o povo, titular da soberania, não pode exercê-la diretamente em todas as questões que lhes importa, deve manter consigo, ao menos, a possibilidade de fazer uso dos instrumentos de controle fixados na origem do contrato social. Esse controle do exercício do poder se dá, classicamente, pelos mecanismos institucionais da separação de poderes, independência do Poder Judiciário, previsão de direitos fundamentais intocáveis pela iniciativa legislativa etc.. E, em muitos casos, por meio do exercício da democracia participativa.

O referendo, mesmo em um sistema político cuja Constituição o deixa ao total arbítrio da maioria parlamentar, é, ainda assim, uma dessas formas de controle institucionalmente previstas da democracia constitucional. Se o povo decide uma questão e o Parlamento não se submete à vontade popular, mesmo tendo partido dele próprio a iniciativa da consulta, impõe-se que se analise o fato considerando as justificativas apresentadas, a fim de se aferir a justiça da decisão. Isso é importante porque embora um procedimento legítimo em regra dê lugar a decisões legítimas feitas de acordo com ele – mesmo que se admita a

possibilidade de resultados mais ou menos injustos –, existe um grau de injustiça nas decisões políticas que, quando verificado, corrompe a legitimidade do próprio procedimento democrático decisório (RAWLS, 2011, p. 507-508).

Em princípio, sejam quais forem as justificativas que tenha o Parlamento para não dar efetividade imediata ao que foi decidido diretamente pelo povo, sua decisão, do ponto de vista democrático, é legítima. Com efeito, “as decisões e leis democráticas são legítimas não porque são justas, e sim porque são aprovadas de forma legítima, de acordo com um procedimento democrático legítimo aceito” (RAWLS, 2011, p. 507). Por esse prisma, nada se poderia dizer da decisão do Congresso Nacional que nega eficácia ao referendo. Ao menos em tese, tratou-se de uma decisão resultante de um processo deliberativo em que todos os participantes do discurso tiveram a oportunidade de expor suas ideias e convicções, vencendo a que obteve o voto da maioria.

Mas se o resultado de uma decisão política é manifestamente inaceitável, em que pese ser decorrente do devido processo legislativo, a análise que tem de ser feita diz respeito não à legitimidade, talvez não também à verdade, mas pelo menos à razoabilidade, pois os atores que atuam no palco da representação democrática não podem subestimar, tampouco ignorar a autoridade da razão humana presente na sociedade (RAWLS, 2011, p. 454). Ora, como já visto, segundo Rawls, em algum ponto a injustiça dos resultados de um procedimento democrático legítimo corrompe a sua legitimidade (RAWLS, 2011, p. 507-508). Se isso é certo, poder-se-ia afirmar, em princípio, que uma decisão do parlamento que nega eficácia ao referendo, por violar direito político fundamental, é uma decisão ilegítima, porque injusta. Aqui, justiça no sentido de que fala Dworkin, para quem a Justiça é uma questão de resultados:

uma decisão política provoca injustiça, por mais equitativos que sejam os procedimentos que a produziram, quando nega às pessoas algum recurso, liberdade ou oportunidade que as melhores teorias sobre a justiça lhes dão o direito de ter (DWORKIN, 1999, p. 218).

Conforme vimos (Cap. 1, item 1.3), o fundamento declarado da decisão do Congresso Nacional sobre os efeitos do referendo que rejeitou o fuso horário partiu de uma determinada interpretação do sistema normativo: a interpretação segundo a qual uma lei somente pode ser modificada por outra da mesma natureza. A consequência lógica desse raciocínio é submeter uma questão que já foi decidida pelo voto da maioria da população a um novo processo de deliberação, desta feita na instância representativa, sujeitando-se o

resultado às contingências da política. É intuitivo que não há – por diversas razões que um discernimento mediano pode supor – nenhuma garantia de que a nova decisão do Parlamento venha a coincidir com o que foi decidido sob o amparo da soberania popular, manifestada diretamente. Em decorrência dessas circunstâncias é que se justifica a necessidade de se analisar a decisão do Parlamento do ponto de vista de sua justificação moral, porquanto “as decisões e a legislação produzida por quaisquer procedimentos institucionais devem sempre ser consideradas pelos cidadãos como sujeitas a questionamento” (RAWLS, 2011, p. 510).

Nesse sentido, é útil que se considere a possibilidade de uma interpretação do direito e da Constituição que leve em conta a justiça e a correção de uma decisão, sob o enfoque de uma teoria que conceba o sistema normativo como algo mais que um sistema de regras. É necessário que se empreenda uma forma de interpretar a Constituição Federal de modo a dar-lhe sentido e conteúdo, mesmo quando para certas questões ela seja omissa. É relevante a consideração de que as decisões do Parlamento precisam ser reconhecidas pelos cidadãos como algo que deriva deles próprios, de modo que uma decisão discrepante dos valores morais mais arraigados na média da sociedade, e plasmados em termos substanciais na Norma Fundamental, possa ser rejeitada como ilegítima, ou porque injusta ou porque errada ou porque, enfim, carente de razoabilidade. Esta teoria é a teoria do direito vista como integridade, que passaremos a considerar no próximo capítulo.

4. DWORKIN E A IDEIA DE DIREITO COMO INTEGRIDADE

4.1 Considerações iniciais

Conforme já delineado ao longo do que até aqui se expôs, pretende-se demonstrar se é viável a hipótese de considerar os efeitos de um referendo sobre lei determinada, rejeitada em votação popular, como suficiente, por si mesmo, para ab-rogar a norma sob consulta. A busca dessa resposta se dá em face de uma decisão do Congresso Nacional que diz o contrário. Como já visto (Cap.3), notadamente quando tratamos da soberania popular e sua relação com os princípios eletivo e representativo, não é possível uma solução fundada apenas na ideia de justiça procedimentalista, que tem por legítima, e conseqüentemente justa, qualquer decisão tomada no âmbito de um procedimento amalgamado pelas condições ideais de fala.⁷⁹ É que pela ótica procedimentalista, tanto a decisão do povo rejeitando uma norma do Parlamento quanto a decisão do Parlamento negando efetividade à decisão popular foram decorrentes de um procedimento previsto na estrutura Constitucional, portanto, legítimas.

Assim, a solução da questão não passa, necessariamente, pelo discurso da legitimidade da decisão do ponto de vista democrático, mas sim, pelo discurso da legitimidade da decisão à luz da melhor interpretação do direito e da Constituição, que possa justificar o resultado da deliberação em termos substantivos, o que requer a avaliação de seu conteúdo moral. Em outras palavras, o que o Poder Legislativo decide, em termos formais, com base no princípio majoritário, precisa está informado, em termos substanciais, com base em princípios morais aceitos por toda a comunidade. Nesse contexto, o que se espera do Parlamento é que adote uma atitude interpretativa da Constituição Federal que dê sentido às suas normas, respeitando a moralidade política da comunidade, a elas subjacente.

As decisões, sejam da justiça, sejam da política, porque vinculadas sempre a uma norma maior que conforma a integralidade do sistema normativo, impondo limitações ao exercício do poder, não podem ser resultado de conjecturas que nascem no íntimo de nossas autoridades e sejam impostas ao corpo coletivo com base apenas no critério da autoridade ou com base no princípio majoritário. Carecem de justificativas que sejam capazes de ser aceitas por todos, ou ao menos pela maior parte das pessoas, como resultado de um processo racional

⁷⁹ De acordo com Rawls, para Habermas, a situação ideal de fala consiste na presença de condições que possibilitam o discurso informado e esclarecido entre os participantes no espaço público, no qual todos têm as mesmas oportunidades de expor suas razões na busca de um acordo intersubjetivo que privilegia uma decisão fundada nas razões mais fortes. A garantia de verdade ou validade, para a teoria procedimentalista, estaria no atendimento dessas condições (RAWLS, 2011, p. 451).

e coerente com a história e o contexto jurídico e político da sociedade. Nesse sentido, se a teoria política que rege o Estado brasileiro assenta-se na concepção constitucional e democrática do Estado, uma decisão do Parlamento, para ser coerente com essa opção política e ser tida como justificada, não pode negar, tampouco contrariar os princípios básicos que alimentam esse sistema.

A decisão política fundamental⁸⁰ da República Federativa do Brasil consiste no fato de que ela se constitui em Estado Democrático de Direito, no qual todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos da Constituição. Se isso é verdade, e se se pretende de fato tornar efetiva a ideia de democracia, não se poderá tomar decisões políticas que contrariem essa ideologia, qual seja, a ideologia democrática. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que uma decisão política que nega ou retarda indevidamente efetividade à manifestação popular dita em referendo, usurpa a expectativa de direito do povo, assegurada na Constituição Federal. Isto lhe garante a prerrogativa política de tomar certas decisões diretamente, sem a necessidade da intermediação parlamentar e partidária, a despeito de o monopólio da convocação do referendo pertencer ao Congresso Nacional.

O sentido dessa abordagem parte do pressuposto de que em matéria de interpretação das normas, notadamente das normas constitucionais, quando não há uma resposta clara no sistema – ou mesmo quando não há resposta alguma em face da omissão legal acerca do que é o direito em um determinado caso ou processo –, espera-se que os legisladores e outras autoridades optem por decisões baseadas em justificativas que todos os destinatários dessas decisões possam aceitar (GUILHERME, 2006, p. 202-203). Deve-se reconhecer que isso não é uma tarefa fácil, quando uma decisão há de ser tomada nas *circunstâncias da política*, onde o princípio majoritário se impõe como condição da legitimidade de uma decisão.

Com efeito, “os projetos de lei [e demais decisões do Parlamento] não se investem de autoridade jurídica pela razão; impõem-se como autoridade com nada menos crível do que os números a seu lado” (WALDRON, 2003, p. 154). Mas isso também pode ser dito das decisões dos tribunais de recursos, pois eles são corpos constituídos de muitos membros, que

⁸⁰ De acordo com Karl Loewenstein, a “decisão política fundamental” é a decisão política mais importante com que depara uma nação, a qual consiste na escolha de seu sistema político e, dentro desse sistema, a forma específica de governo sob a qual deseja viver, partindo-se do pressuposto de que o povo tenha condições de escolhê-lo livremente, e não lhe seja imposto pela força: “*Todas las constituciones presentan, pues, una decisión política fundamental: si la nación desea adoptar la monarquía constitucional o la república, el parlamentarismo o el presidencialismo.* (...)” (Todas as constituições apresentam, portanto, uma decisão política fundamental: se a nação deseja adotar a monarquia constitucional ou a república, o parlamentarismo ou o presidencialismo.) (LOEWENSTEIN, 1970, p. 63) (Tradução livre)

geralmente discordam entre si. E quando discordam, assenta Waldron (2003, p. 156), também eles tomam suas decisões com base no princípio majoritário. Aceitamos que do ponto de vista procedimental, as decisões assim tomadas são legítimas. Mas não são legítimas porque sejam necessariamente justas, e sim, porque aprovadas de acordo com um procedimento democrático legitimamente aceito (RAWLS, 2011, p. 507). Assim, para Rawls (2011, p. 509), embora os procedimentos políticos constitucionais em circunstâncias normais possam ser puramente procedimentais quanto à legitimidade, nenhum procedimento pode determinar o conteúdo substantivo de justiça. Por conta disso, se de uma análise do conteúdo substantivo de uma decisão se verifica que ela é injusta, poder-se-á dizer que essa injustiça corrompe a legitimidade desse procedimento (RAWLS, 2011, p. 507).

Por essa ótica é que se pode criticar a decisão do Congresso Nacional que nega eficácia ao referendo popular. Mas a emissão de um juízo substantivo dessa decisão do Parlamento pressupõe que a atividade parlamentar seja concebida como um sistema de decisão comprometido com princípios gerais de *moralidade política* (DWORKIN, 1999, p. 202). Somente sob a luz da melhor interpretação do direito e do sistema normativo se pode exigir das instâncias democráticas compromisso com princípios e coerência de seus atos, de forma a poder-se julgá-los como legítimos, porque passíveis de serem concebidos como justos ou justificados. É nessa perspectiva que se passa a desenvolver o presente capítulo, o qual tem como propósito demonstrar a concepção de direito como integridade, de Ronald Dworkin.

Conforme se verá de modo mais aprofundado adiante (item 4.3)⁸¹, a teoria do direito como integridade parte da concepção do sistema jurídico como um conjunto de normas que se dividem em “regras” e “princípios”. Essa concepção de norma, inaugurada de modo explícito por Ronald Dworkin a partir da crítica que faz ao positivismo jurídico – notadamente o *positivismo metodológico* de Herbert Hart (NINO, 2010, p. 42-43) – é focada no sentido de suprir a incapacidade do positivismo de dar respostas para casos cuja solução não é facilmente deduzível no sistema tradicional de interpretação das leis baseado na simples subsunção.

Dworkin concebe a teoria do direito como integridade na perspectiva de uma comunidade política que em seu processo deliberativo, seja no âmbito do Parlamento (princípio legislativo), seja no âmbito do Poder Judiciário (princípio jurisdicional), possui um compromisso com a coerência do sistema político adotado. A concepção do direito como

⁸¹ Para uma compreensão profunda acerca da concepção de sistema normativo como um sistema composto por regras e princípios, e para uma clareza acerca da crítica que Dworkin faz do positivismo jurídico, vejam-se os capítulos 2 e 3 de “Levando os direitos a sério” (DWORKIN, 2007).

integridade postula uma visão do direito como uma atitude interpretativa,⁸² que faça de nossa prática jurídica o melhor que ela possa ser no sentido de construir uma sociedade bem ordenada, em que as decisões sobre os direitos não sejam o resultado de caprichos ou de escolhas arbitrárias daqueles que estão investidos de autoridade institucional para decidir os casos – sejam quais forem os métodos –, mas sim, que seja o resultado de um processo decisório imposto pela razão, e capazes de ser aceitos por todos aqueles a quem a norma se destina.

4.2 O princípio da integridade no âmbito da atividade legislativa

Antecipe-se desde já a resposta a uma provável objeção que se possa fazer quanto ao fato de se tentar trabalhar uma forma de racionalização das deliberações políticas no âmbito do Parlamento a partir do paradigma da interpretação constitucional, com base na teoria do direito como integridade. A objeção de que se fala poderia consistir no seguinte argumento: Dworkin desenvolve sua teoria do direito como integridade adotando o paradigma da decisão judicial, especificamente a decisão judicial no sistema do *common law*, ao passo em que a aplicação ora proposta tem por escopo utilizar essa ferramenta teórico argumentativa ao processo deliberativo do Parlamento de uma democracia representativa. Por esse prisma, a objeção poderia afirmar que a opção teórica em curso seria inadequada, uma vez que as práticas de decisões judiciais e as práticas deliberativas do Parlamento são esferas de deliberação completamente diversas, tanto no que se refere ao procedimento adotado quanto no que toca à natureza das questões decididas ou sobre as quais pretende-se deliberar.

A objeção pode ainda ser mais específica e afirmar que uma coisa é o processo interpretativo das normas no âmbito de um processo judicial, em que o juiz depara com partes determinadas tendo de proferir uma decisão em favor de uma delas. Coisa diversa é o que se passa no processo legislativo. Aqui não se decide o que é o direito nem se soluciona conflitos entre partes, mas sim, delibera-se sobre questões de natureza moral e política. No processo judicial aquele que vai julgar não se engaja a favor de uma posição predeterminada. Já no processo político quem propõe um projeto atua em defesa de uma ideia ou ideologia, defende

⁸² “O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é *argumentativa*. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições” (DWORKIN, 1999, p. 17).

um ponto de vista, que pode prevalecer ou não conforme seja sua força de atração em relação à opinião da maioria. Mais que isso, diferentemente do processo judicial, o processo legislativo está sujeito quase sempre a interferências conjunturais onde entram as pressões de grupos, as emoções que brotam do agito popular em determinadas questões e se refletem na atuação parlamentar, o desejo de agradar certos grupos com fins que nem sempre são justificáveis publicamente etc. Todos esses aspectos, considerados aqui de modo caricaturado, levam a crer que não faria muito sentido exigir-se de uma decisão do Parlamento um compromisso com princípios.⁸³

Talvez esses aspectos justifiquem, em grande parte, o fato de que muitos estudos teóricos sobre a interpretação constitucional se baseiem no paradigma da decisão judicial. Ronald Dworkin, por exemplo, faz a clara opção de desenvolver uma teoria da interpretação do direito utilizando-se do paradigma da decisão judicial, mas justifica que assim procede,

[...] não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestarmos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica (DWORKIN, 1999, p. 19).

O autor reconhece que os cidadãos, políticos e professores de direito também se preocupam com a natureza da lei e a discutem, mas não adota o ponto de vista deles porque a estrutura do argumento judicial, segundo ele, é “tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca” (DWORKIN, 1999, p. 19). De fato, a prática judicial é aquela em que mais se manifesta a necessidade de desenvolvimento de um diálogo racional para justificar decisões entre partes contrapostas que pleiteiam o reconhecimento de um direito. Também se utiliza o paradigma da decisão judicial por ser o Poder Judiciário, na configuração institucional do Estado moderno, o poder a quem compete, precipuamente, a função jurisdicional, onde se inclui a função de controle da constitucionalidade das leis.

⁸³“Homens em todos os caminhos da vida pública são capazes de perceber este segundo aspecto das questões públicas. Às vezes eles também são capazes de basear sobre eles suas decisões; esta é uma das coisas que nós chamamos agir segundo um princípio. Frequentemente, no entanto, eles não fazem isso, particularmente quando eles se reúnem em assembleias legislativas. Lá, quando as pressões por resultados imediatos são fortes o suficiente e as emoções elevadas o suficiente, os homens irão ordinariamente preferir agir segundo a conveniência, ao invés de tomar a visão mais ampla. (BICKEL, 1986, p. 24-25, tradução livre)”, *apud* GUILHERME, 2006, p. 164.

Não obstante, a prática jurídica não se limita ao Poder Judiciário. “Nenhuma linha claramente delineada separa a doutrina da deliberação judicial, ou de qualquer outro aspecto do direito” (DWORKIN, 1999, p. 112). E em se tratando de interpretação constitucional, em que pese a ideia bastante disseminada que diz que a Constituição é o que os Juízes das Cortes Constitucionais dizem que é, não se pode olvidar que, além do Poder Judiciário, há outras instituições democráticas que exercem juízos de constitucionalidade como atividade inerente aos seus fins institucionais. Assim, o Poder Executivo exerce juízo de constitucionalidade sobre projetos de leis que deve sancionar, podendo vetá-los total ou parcialmente no caso de entender que alguma norma agride a Constituição Federal (CF, art. 66, § 1º). O Congresso Nacional, no âmbito de cada Casa que o compõe, exerce juízo de constitucionalidade prévio sobre projetos de lei em tramitação antes de submetê-los à deliberação do Parlamento. É o que ocorre rotineiramente nas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (CF, art. 58).⁸⁴ E de modo ainda mais geral – para valer a ideia de *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, de que fala Peter Häberle –, “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 2002, p. 14).

No Estado Democrático, qualquer deliberação acerca de direitos fundados na Constituição, quer emane do Judiciário, do Parlamento, do Executivo, de outras instituições democráticas e até mesmo dos setores privados da sociedade, desde que tais deliberações afetem direitos dos cidadãos, há que se exigir a demonstração de critérios racionais, que imprimam autoridade e legitimidade às opções interpretativas adotadas. Decerto, uma sociedade será tanto mais democrática quanto maior for a capacidade dos titulares do poder – e de todos os que são chamados a participar do processo deliberativo –, de argumentar racionalmente, porquanto, como diz Giovanni Sartori, “se uma premissa não sustenta uma consequência, se há falácias lógicas envolvidas, se nossos conceitos básicos são arbitrários, obscuros ou ambíguos, então é praticamente certo de que estamos diante de uma teoria ruim” (SARTORI, 1994, p. 8).

Portanto, assenta-se desde já que a opção de se tentar aplicar uma teoria da interpretação constitucional, como forma de orientar as decisões do Parlamento, parte da

⁸⁴ O art. 101, I, do Regimento Interno do Senado Federal (Resolução nº 93, de 1970, com texto atualizado pela Resolução nº 18, de 1989), dispõe que à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhes forem submetidas. No mesmo sentido dispõe o art. 32, IV, “a”, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Resolução nº 17, de 1989).

constatação de que os congressistas, assim como os juízes e outras autoridades que possuem poder de deliberar sobre direitos, não estão livres para fazer escolhas dissociadas de um compromisso com princípios. Por esse prisma, não há diferença substancial entre a atividade de um juiz – que diante de um caso concreto para o qual não existe resposta objetiva no sistema normativo precisa cercar-se de mecanismos de interpretação que demonstrem que a sua decisão não é resultado de um capricho ou de uma escolha pessoal, arbitrária –, e a atividade de um legislador. Este, tanto quanto aquele, precisa deliberar ciente de que sua decisão há de observar padrões de racionalidade que justifiquem a ideia de *política bem fundada*.

É com essa perspectiva que se analisa o processo deliberativo do Parlamento brasileiro, a partir do estudo de um caso específico em que as opiniões se dividiram acerca do real alcance de um referendo que rejeitou uma lei já aprovada pelo Congresso Nacional e em pleno vigor. Para tanto, no próximo item falaremos das divergências quanto aos diversos aspectos de concretização das normas, que geralmente se manifestam no âmbito de um processo judicial, para depois identificar, nos termos da teoria de Ronald Dworkin, a verdadeira divergência sobre o que é o direito, a qual não se restringe ao processo judicial, mas se manifesta com considerável intensidade no âmbito do processo legislativo.

4.3 O método do Direito como integridade

A base sobre a qual se desenvolve a teoria do direito como integridade consiste numa postura essencialmente crítica de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico,⁸⁵ em decorrência da limitação dessa concepção do sistema normativo em dar respostas para os casos sobre os quais não há uma regra explícita ou em casos cujas regras aplicáveis não são claras, por possuírem uma *textura aberta*.⁸⁶ De acordo com o pensamento dominante na visão positivista do direito, em tais circunstâncias em que a resposta acerca do direito aplicável a um caso não é clara, seja em decorrência da zona de incerteza da legislação, seja em decorrência das

⁸⁵ Para uma visão geral e análise comparativa das diversas espécies de positivismo jurídico: (NINO, 2010, p. 11-42).

⁸⁶ “Hart, como Austin, reconhece que as regras jurídicas possuem limites imprecisos (ele se refere a elas como tendo ‘uma textura aberta’) e, ainda como Austin, explica os casos problemáticos afirmando que os juízes têm e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos por meio de nova legislação” (DWORKIN, 2007, p. 35).

lacunas da lei, o juiz possui a discricionariedade de dizer o direito no caso concreto, por meio de uma *nova legislação*.⁸⁷

De fato, a versão mais elaborada do positivismo jurídico, de que é representante H. L. A. Hart, assume que “não apenas no terreno das normas, mas em todos os campos da existência, há um limite, inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer” (HART, 2009, p. 164). Assim, segundo Hart (2009, p. 166), qualquer que seja a estratégia escolhida para a transmissão de comandos normativos, seja o precedente ou a legislação, tais comandos, embora possam funcionar na grande massa dos casos comuns, mostrar-se-ão imprecisos em algum momento, quando sua aplicação for posta em dúvida, “terão o que se tem chamado de *textura aberta*” (HART, 2009, p. 166, grifos do autor). Para Hart, nesses casos, juízes e tribunais exercem uma função criadora do direito, ou seja, possuem a discricionariedade de apresentar a solução dos casos, de modo que não há a possibilidade de se prever uma única solução correta, porquanto a solução deverá ser, dentro da margem de discricionariedade judicial, aquela que represente um “equilíbrio razoável entre os diversos interesses conflitantes” (HART, 2009, p. 171).⁸⁸

Dworkin se insurge contra essa concepção de direito, ou contra esse método interpretativo, se assim podemos dizer, porque dá margem à arbitrariedade e à incerteza quanto aos verdadeiros fundamentos do direito. Com efeito, não existem mecanismos que possam assegurar que uma decisão não seja resultado de uma escolha baseada em preferências pessoais do julgador, “selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível” (DWORKIN, 2007, p. 60). Para ele, essa

⁸⁷Sobre a discricionariedade judicial, Kelsen (2009, p. 271) afirma que quando um tribunal depara com uma demanda para a qual não há uma resposta previamente determinada pelo ordenamento jurídico, mas a qual a tribunal considera que a omissão é injusta, está autorizado a criar direito novo, para o caso concreto. “Isto significa que o tribunal recebe poder ou competência para produzir, para o caso que tem perante si, uma norma jurídica individual cujo conteúdo não é de nenhum modo predeterminado por uma norma geral de direito material criada por via legislativa ou consuetudinária. Neste caso, o tribunal não aplica uma tal norma geral, mas a norma jurídica que confere ao tribunal poder para esta criação *ex novo* de direito material. Costuma-se dizer que o tribunal tem competência para exercer a função de legislador. Isto não é completamente exato quando por legislação se entende a criação de normas jurídicas gerais. Com efeito, o tribunal recebe competência para criar apenas uma norma individual, válida unicamente para o caso que tem perante si. Mas esta norma individual é criada pelo tribunal em aplicação de uma norma geral tida por ele como desejável, como ‘justa’, que o legislador positivo deixou de estabelecer. Somente enquanto aplicação de uma tal norma geral não positiva é possível afirmar como justa (correta) a norma individual estabelecida pelo tribunal” (KELSEN, 2009, p. 271, grifos nossos).

⁸⁸Segundo Kelsen (2009, p. 390-391) em todos os casos de indeterminação da lei, seja intencional ou não, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. Kelsen diz que o direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível. Sendo assim, segundo ele, a interpretação de uma lei não deve, necessariamente, conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam referidas pela lei a aplicar – têm igual valor, a despeito de apenas uma delas se tornar, efetivamente, direito positivo no ato do órgão aplicador do direito (KELSEN, 2009, p. 391)

teoria sustenta que uma obrigação somente existe quando uma regra de direito estabelecida a impõe. Segue-se daí que em um caso difícil, para o qual não há uma regra estabelecida, não existe obrigação nenhuma até que um juiz crie uma nova regra para o futuro. “O juiz pode aplicar essa nova regra às partes da questão judicial, mas isso é legislar *ex post facto* e não tornar efetiva uma obrigação já existente” (DWORKIN, 2007, p. 70-71).⁸⁹

Dworkin propõe uma teoria do Direito que em muitos aspectos objetiva superar as limitações do positivismo jurídico. Uma das principais limitações, para a qual ele esboça uma alternativa, consiste no fato de o positivismo conceber o sistema normativo exclusivamente como um sistema de regras. Segundo ele, nos debates que se travam entre os juristas acerca de direitos e obrigações, notadamente nos casos difíceis em que esses conceitos se tornam mais complexos, geralmente a resposta decorre da utilização de padrões que não funcionam como regras, mas que operam de modo diverso, na dimensão de “princípios, políticas e outros tipos de padrões” (DWORKIN, 2007, p. 36).⁹⁰

Para diferenciar “princípios”, em sentido genérico, de “regras”, Dworkin (2007, p. 37) se vale de exemplos de casos julgados que segundo ele seriam facilmente encontrados em qualquer livro didático de direito. Seu propósito, com esses exemplos, é não só demonstrar que o sistema normativo é composto por regras e princípios – e que esse fenômeno se manifesta ordinariamente na prática jurídica diária dos tribunais e de outras instituições que lidam com as questões jurídicas –, mas também enfatizar um tipo de divergência muito comum entre os juristas, todavia inadequadamente identificada pelo positivismo: a divergência quanto aos fundamentos do direito. Foi o que ocorreu, por exemplo, no famoso caso *Riggs vs. Palmer*,⁹¹ julgado por um tribunal de Nova Iorque em 1880.

Na ocasião, a Corte teve de decidir se um herdeiro (*Elmer vs. Palmer*), nomeado no testamento de seu avô (*Francis B. Palmer*), poderia receber a herança, a despeito de havê-lo assassinado por envenenamento com esse propósito (DWORKIN, 1999, p. 20-25; 2007, p.

⁸⁹ Interessante observar que Hart, ao rebater em seu “pós-escrito” as críticas que Dworkin faz à sua versão moderada do positivismo jurídico, considera, quanto à *textura aberta* das normas, a seguinte opinião: “No caso de muitas normas jurídicas, deve-se tolerar uma certa margem de incerteza, e mesmo vê-la como um elemento bem vindo, de modo que possibilite uma decisão judicial bem informada quando se conheça a composição de um caso inédito, tornando possível identificar os problemas envolvidos em sua decisão e dar-lhe solução racional” (HART, 2009, p. 325).

⁹⁰ Para fins metodológicos, Dworkin adverte que muitas vezes fará uso da palavra “princípio” em sentido genérico, para indicar todo esse conjunto de padrões (*princípios, políticas e outros padrões*), contudo, esclarece que eventualmente será mais específico e diferenciará “princípios” de “políticas”. Nesse sentido ele denomina de “política” ao tipo de padrão que fixa uma meta a ser atingida, geralmente em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, já o termo “princípio”, em sentido estrito, ele denomina um padrão que deve ser observado, não porque vá promover algum objetivo dessa natureza, mas sim, “porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2007, p. 36).

⁹¹ 115 N.Y. 506, 22 N. E 188 (1889)

37). As herdeiras residuais (*Riggs e Preston*), filhas do testador, reclamando para si a parte que caberia ao assassino, alegaram que este não poderia ser beneficiado pelo resultado de seu próprio crime. A Corte de Nova Iorque se dividiu quanto a melhor resposta para o caso, em decorrência da constatação de que a Lei de Sucessões daquele Estado nada dispunha acerca do direito dos assassinos de herdarem na hipótese de o beneficiário assassinar o testador. Isso implicava que a aplicação literal da Lei de Sucessões de Nova Iorque concedia a herança a *Elmer*, a despeito de haver sido condenado pelo assassinato do avô. Essa consequência, contudo, pareceu injusta aos olhos de parte dos juízes do tribunal, os quais se dividiram em duas linhas de interpretação que levavam a decisões díspares e opostas.

O voto dissidente, sustentado pelo Juiz *John Clinton Gray*, baseado no que Dworkin (1999, p. 22) chama de *teoria da interpretação 'literal'*, aduzia essencialmente que a lei de sucessões não fazia nenhuma exceção para a hipótese de herdeiros assassinos, razão pela qual os intérpretes não poderiam extrair da referida norma uma consequência que ela não previa. Ao lado disso, sustentava também que *Elmer*, em perdendo a herança por conta do assassinato, estaria sendo condenado duplamente, sem previsão legal para a pena de perda da herança. Nesse aspecto, em defesa do voto do Juiz *Gray* pesava o importante argumento de que é um princípio relevante da justiça que a punição de um crime seja fixada com antecedência, e não depois que ele foi cometido.

O voto majoritário, sustentado pelo Juiz *Robert Earl*, segundo Dworkin (1999, p. 23), apresentava uma teoria da legislação muito diferente. Para este, a intenção do legislador deveria ser levada em conta, e isso consistia num importante cânone da interpretação, de modo que algo que está na intenção do legislador faz parte da lei como se estivesse contido em sua própria literalidade, e vice-versa. Ou seja, algo que esteja na letra da lei somente pode ser considerado como a verdadeira lei se fizer parte da intenção do legislador. Segundo Dworkin, com esse pensamento *Earl* “queria dizer que uma lei não pode ter nenhuma consequência que os legisladores teriam rejeitado se nela tivessem pensado” (DWORKIN, 1999, p. 24).

Ao lado disso, narra Dworkin (1999, p. 24-25), *Earl* se apoiou em outros fundamentos que sustentavam a necessidade de se levar em conta, na interpretação da lei, os princípios gerais do direito: “ou seja, que os juízes deveriam interpretar uma lei de modo a poderem ajustá-la o máximo possível aos princípios de justiça pressupostos em outras partes do direito” (DWORKIN, 1999, p. 25). Nesse sentido, *Earl* ponderou ser razoável considerar que os legisladores têm uma intenção genérica e difusa de respeitar os princípios gerais de

justiça, a não ser que indiquem o contrário disso claramente. Ao lado dessas considerações, aduziu o princípio, aceito em outras partes do direito, que diz que ninguém deve beneficiar-se de seu próprio erro (DWORKIN, 1999, p. 25). Com base nesses fundamentos o assassino não recebeu sua herança.

Dworkin explora essas divergências acerca da solução correta deste caso paradigmático – juntamente com outros casos em que se identificam divergências interpretativas –,⁹² para justificar seu ataque ao positivismo legal liderado por H. L. A. Hart. No contexto da crítica que faz ao positivismo, Dworkin desenvolve sua própria teoria do direito, que tem como pressuposto o reconhecimento da existência de outros padrões diferentes das regras, os quais integram o sistema normativo e servem de fundamento para as decisões judiciais em casos difíceis. Tais padrões, identificados por Dworkin genericamente como princípios, onde se incluem todos os padrões que não são regras, integram o sistema normativo de uma comunidade política e são levados em consideração seriamente, exercendo poder decisivo na definição dos direitos das pessoas.⁹³

Os exemplos de que se vale Dworkin são emblemáticos. E aqui selecionamos apenas o caso *Elmer* por considerar suficiente aos propósitos do tema, que consistem em demonstrar, à luz da teoria do direito como integridade, que o direito é um conceito interpretativo. Por essa razão, não se esgota na literalidade das normas, tampouco pode ser buscado na intenção dos legisladores. Na verdade, faz parte da prática de uma comunidade que se rege por princípios ético-políticos, e encontram a justificação de sua legitimidade como normas instituidoras de direitos na dimensão moral de cada comunidade política. Cada uma dessas comunidades possui uma concepção de justiça e de equidade que não coincide, necessariamente, com as regras limitadas contidas em textos de normas ou decisões jurídicas e políticas do passado.

Com efeito, essa concepção de direito contrasta com um dos pilares da ideia de positivismo jurídico, que identifica o direito com o conjunto das regras jurídicas, como tais consideradas as regras estabelecidas pelas instituições políticas do passado: legislatura e precedentes, de modo que se o caso de uma pessoa não estiver evidentemente coberto por

⁹²*N'O Império do Direito*, Dworkin se utiliza de outros exemplos extraídos da Jurisprudência da Grã Bretanha e dos Estados Unidos, nos quais restou evidenciada a divergência teórica entre os juízes das cortes, e demonstra que em cada um desses casos a solução foi dada, não com base em regras explícitas do sistema normativo, mas com base em princípios. Os casos são os seguintes: *Tennessee Vallei vs. Hill*, 437 U.S. 153 (1978); *McLoughlin vs. Obrian* [1983] 1 A.C. 410 modificando [1981] Q. B. 599; *Brown vs. Board of Education*, 347 U. S. (1954) (DWORKIN, 1999, p. 20-38).

⁹³Sobre a teoria dos princípios de Ronald Dworkin, vejam-se os capítulos 2 e 3 de “Levando os Direitos a Sério” (DWORKIN, 2007).

uma dessas regras – seja porque as regras disponíveis não são claras, ou não sejam apropriadas ou, ainda, por outras razões –, tal caso não pode ser decidido pela “aplicação do direito”, mas sim, será objeto do discernimento pessoal de alguma autoridade instituída (juiz, político, administrador etc.), que irá além do Direito buscar algum outro tipo de padrão que justifique uma decisão para o caso (DWORKIN, 2007, p. 28).

O caso *Elmer* ilustra com bastante clareza a ideia central de que parte Dworkin para identificar sobre o que verdadeiramente os juízes divergem, quando estão claros e incontrovertidos as regras e os fatos sobre as quais elas incidem, mas ainda assim não há consenso sobre qual a resposta correta, ou seja, o que é o direito naquele determinado caso. Isso por si mesmo já demonstra o acerto da afirmação de Dworkin (1999, p. 17), de que o direito é um fenômeno social, que diversamente de outros fenômenos sociais, sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura, que diz com o fato de ser uma *prática argumentativa*. “Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições” (DWORKIN, 1999, p. 17).

As limitações do positivismo para respostas em casos difíceis faz todo o sentido quando se percebe o mecanismo pelos quais, segundo Dworkin (1999, p. 10-11), os positivistas explicam as divergências no direito. Como eles partem do pressuposto de que todo o direito está contido nas decisões políticas do passado, “as questões relativas ao direito sempre podem ser respondidas mediante o exame dos arquivos que guardam os registros das decisões institucionais” (DWORKIN, 1999, p. 10). Nesse sentido, quando os juízes divergem sobre o direito – arguem os positivistas – não estão divergindo, na verdade, sobre os seus fundamentos, mas sim, sobre questões de moralidade ou fidelidade, ou seja, os juízes divergem sobre aquilo que em suas opiniões o direito deveria ser (DWORKIN, 1999, p. 11).

Para Dworkin, todavia, essa divergência é ilusória, porque parte de uma imagem equivocada do que é a divergência e de quando ela é possível. Segundo ele, suas vítimas são as pessoas que pensam que uma discussão sensata pressupõe, necessariamente, que todos aceitem e sigam os mesmos critérios para decidir quando nossas proposições são verdadeiras (DWORKIN, 1999, p. 55). Assim, ou se aceitam os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira, ou não se pode falar absolutamente em um genuíno desacordo sobre o que é o direito, senão a insensatez de pessoas pensando que divergem apenas porque atribuem diferentes significados para o mesmo som (DWORKIN,

1999, p. 56). A essa imagem distorcida do que é a divergência no direito, Dworkin chama de “aguilhão semântico” (DWORKIN, 1999, p. 55).

Os casos que Dworkin seleciona como exemplos pretendem ser uma demonstração do acerto de sua proposição de que o direito é um conceito interpretativo, e que interpretar é atribuir um propósito a um objeto ou a uma prática, que faça dela o melhor exemplo possível da forma ou do gênero a que pertencem (DWORKIN, 1999, p. 64). Desse modo, quando os juízes do caso *Elmer* deparam com o dilema de saber se um assassino deve herdar uma herança de sua vítima, e ao consultar as decisões políticas do passado percebem que não há nada no direito posto que negue o benefício, o que fazem, a fim de alcançar a melhor interpretação daquilo que os juízes geralmente fazem acerca da aplicação de uma lei? Segundo Dworkin, “desenvolvem, em resposta as suas próprias convicções e tendências, teorias operacionais sobre a melhor interpretação de suas responsabilidades nesse desempenho” (DWORKIN, 1999, p. 109).

Nesse sentido, um juiz que interpreta o papel da jurisdição fundado na convicção de que os juízes, ao interpretar o direito, nunca devem levar em conta a intenção dos legisladores, tenderá a tomar uma decisão favorável a *Elmer*, ignorando o argumento contra fático, no sentido de que os assassinos não herdariam nessas condições se os legisladores tivessem pensado nessa hipótese ao tempo da edição da lei. De outro modo, um juiz que interprete a sua atividade enxergando-a como mais profícua se examinar a intenção dos legisladores, provavelmente tenderá a negar a herança ao assassino. E, de modo mais diverso, se o caso for apresentado a um juiz que não tenha refletido sobre a questão da interpretação, este deverá fazê-lo, e certamente encontrará bons argumentos a favor de qualquer das opções que fizer, porquanto “as interpretações lutam lado a lado com os litigantes diante do tribunal” (DWORKIN, 1999, p. 110).

Dworkin chama atenção para o fato de que a divergência no caso *Elmer* não diz respeito à compreensão da lei. Todos concordam que está muito claro que a lei de sucessões de Nova Iorque nada dizia sobre o direito de herança dos assassinos, e que a consequência mecânica disso seria atribuir o direito a *Elmer*. Contudo, a maioria não aplica, para a solução do caso, as regras tais quais elas se mostram estipuladas, porquanto o resultado disso seria uma decisão que agride o senso atual de justiça da comunidade. O que fazem então os juízes? Lançam mão de outros padrões, que não são as regras explícitas, mas que decorrem dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, aceitos pela comunidade, porque representam a melhor interpretação construtiva da prática jurídica dessa comunidade (DWORKIN, 1999, p. 272). Refletir sobre nossa prática e atribuir um propósito a ela

significa, no caso *Elmer*, optar por um resultado que seja aceito por todos como o mais representativo do ideal de justiça e de moralidade política da comunidade. Somente tendo esses aspectos em conta é que se pode compreender com a profundidade devida o sentido da divergência que geralmente se estabelece entre os juristas quando deparam com situações de difícil solução. Divergem, essencialmente, sobre a melhor proposta interpretativa, que ao fim, justifique a adoção de uma decisão que possa ser tida como coerente com os princípios gerais de justiça que todos aceitem.

Considerados esses aspectos é que se pode afirmar que, no caso *Elmer*, tanto os juízes que se colocaram do lado majoritário quanto os que se colocaram do lado minoritário das teses em disputa, apegaram-se a princípios para justificar suas opções interpretativas. O juiz *Earl*, escrevendo o voto seguido pela maioria, valeu-se do princípio geral de justiça que informa que ninguém pode se beneficiar do seu próprio erro. Em nenhum lugar estava escrito esse princípio, mas ele era amplamente aceito em outras partes do direito, de modo que uma decisão, fundada nele, seria uma decisão justificada, porquanto, do contrário, em se concedendo a herança a *Elmer*, o senso geral de justiça da comunidade estaria violado. Com efeito, ninguém aceitaria como razoável uma decisão que premiasse com o recebimento da herança, aquele que assassina o testador para garanti-la (DWORKIN, 2007, p. 37).

Por sua vez, o Juiz *Gray*, representando a dissidência, igualmente se vale de princípios para justificar sua opção interpretativa. Segundo Dworkin (1999, p. 23), *Gray* considerou que “é um princípio importante da justiça que a punição de um determinado crime seja estabelecida com antecedência pela legislação e não seja aumentada pelos juízes depois que o crime foi cometido.” *Gray* adotou uma teoria interpretativa que atribui à lei um significado *acotextual*, ou seja, “um significado que lhes atribuiríamos se não dispuséssemos de nenhuma informação especial sobre o contexto de seu uso ou as intenções de seu autor” (DWORKIN, 1999, p. 22). Está muito clara a teoria utilizada por esse Juiz na fundamentação de seu voto: seu compromisso, ao julgar, assemelha-se à concepção do direito que Dworkin chama de “convencionalismo”, no sentido de que os juízes devem respeitar as decisões políticas tomadas no passado, mesmo achando que uma decisão diferente teria sido mais justa ou sábia. Para esta concepção do direito, o papel do juiz é assegurar as expectativas que decorrem dessas decisões, ou seja, a expectativa de que a lei será cumprida enquanto tal, independentemente de qualquer compromisso com coerência de princípios, porquanto se devem obedecer as convenções do passado (DWORKIN, 1999, p. 144).

Dworkin ressalta que a controvérsia desse caso não diz respeito ao fato de saber se o juiz deve seguir a lei ou adaptá-la, tendo em vista os interesses da justiça. A controvérsia diz respeito, na verdade, sobre a natureza da lei, sobre aquilo que realmente dizia a própria lei sancionada pelos legisladores. É isto que ele chama de divergência teórica do direito, e que consiste na busca daquilo que realmente determina a legislação, quando devidamente interpretada. Neste caso paradigmático, pode-se identificar sem grandes dificuldades que o Juiz *Gray* adotou uma concepção de direito voltada para o passado, no sentido de respeitar a convenção de que o direito é aquilo que foi promulgado pelo Congresso e de que não cabe ao juiz criar um novo direito. Em contraposição se acha o Juiz *Earl*, para quem o direito deve ser construído na busca da concretização de um princípio geral de justiça.

Tais considerações, contudo, não são suficientes para se compreender os aspectos mais complexos da visão do direito como integridade, e tampouco nos são suficientemente úteis para aplicar um método de interpretação do direito que nos assegure, na maior medida possível, um grau de certeza quanto à correção da decisão que deve ser tomada em casos difíceis. Para tanto, importa que se compreendam alguns conceitos desenvolvidos por Dworkin, e o modo como ele os aplica no sentido de justificar o acerto de sua teoria. Aqui assume relevo, notadamente, a ideia de Dworkin acerca da interpretação. Como vimos no item 4.3, o método do direito como integridade se propõe a ser uma alternativa de interpretação do direito que supere as limitações do positivismo, para quem o direito se confunde com as regras estabelecidas pelo sistema. De sorte que na solução de um caso para o qual as regras não foram estabelecidas, ou não são claras o suficiente, tem o intérprete a discricionariedade de criar o direito para o caso específico, como se fosse, na verdade, um legislador. A teoria da interpretação do direito como integridade não admite esse espaço de ampla liberdade para a criação judicial, uma vez que vê a prática jurídica como um exercício mais amplo de interpretação, que extrapola a simples busca de sentido de documentos ou leis específicas. Nesse sentido, para Dworkin, “o Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político” (DWORKIN, 2000, p. 217). Mas não se trata de uma política pessoal ou partidária, e sim, política no sentido amplo de “teoria política”. Por esse ponto de vista Dworkin enfrenta o problema central da *doutrina jurídica analítica*, que consiste na busca do sentido que se deve dar às proposições do direito (DWORKIN, 2000, p. 218).⁹⁴

Para situar a sua teoria da interpretação do Direito como integridade Dworkin parte da ideia mais geral de interpretação, em contraposição a uma ideia muito disseminada entre

⁹⁴ DWORKIN chama de “proposições jurídicas” “todas as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza” (DWORKIN, 2000, p. 6).

juristas e filósofos que entendem que a interpretação jurídica é necessária quando a Constituição ou uma lei é imprecisa ou ambígua. Neste caso, para Dworkin (2000, p. 218), “a maior parte da literatura presume que a interpretação de um documento consiste em descobrir o que os autores (os legisladores ou os constituintes) queriam dizer ao usar as palavras que usaram”. Segundo o autor, os juristas não devem tratar a interpretação jurídica como um caso especial de interpretação, limitado à descoberta da intenção de quem tomou as decisões políticas do passado, não só porque isso é muitas vezes insindicável – “em muitas questões, o autor não teve nenhuma intenção e que, em outras, é impossível conhecer sua intenção” (DWORKIN, 2000, p. 219) –, mas sobretudo porque essa visão representa uma ótica limitada dos aspectos mais importantes do fenômeno jurídico, notadamente na solução de casos difíceis. Assim, defende uma concepção ampla de interpretação, a partir da constatação de que as pessoas interpretam em muitos contextos diferentes, de sorte que “devemos estudar a interpretação como uma atividade geral, como um modo de conhecimento, atentando para outros contextos dessa atividade” (DWORKIN, 1999, p. 60; 2000, p. 220).

Nesse sentido, Dworkin fala basicamente em três contextos diferentes em que o fenômeno interpretativo se manifesta. O mais conhecido desses contextos é a *conversação*. “Para decidir o que uma pessoa disse, interpretamos os sons ou sinais que ela faz” (DWORKIN, 1999, p. 60). Aqui se fala que a interpretação é “intencional”, ou seja, ela “atribui significados a partir dos supostos motivos, intenções e preocupações do orador, e apresenta suas conclusões como afirmações sobre ‘intenção’ deste ao dizer o que disse” (DWORKIN, 1999, p. 61). Outro contexto é a *interpretação científica*. Neste caso, o cientista interpreta dados, os quais, apenas em sentido metafórico, dizem alguma coisa, haja vista que ao final, quando o cientista interpreta dados ele tem em mente uma explicação causal comum, de modo que a metáfora de intenção e significado é apenas decorativa (DWORKIN, 1999, p. 61-62). Por fim, divisa-se o contexto da *interpretação artística*, no qual os críticos tentam identificar em poemas, peças e pinturas algum significado, tema ou propósito (DWORKIN, 1999, p. 61).

Dworkin compara a *interpretação jurídica*, enquanto interpretação de uma prática social, com a *interpretação artística*, no sentido de que ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, o que em tese não ocorre com as outras formas de interpretação citadas. Com efeito, a interpretação conversacional tenta identificar o que as pessoas dizem, e a interpretação científica alude a fatos não criados pelas pessoas. Valendo-se da semelhança entre a interpretação artística e a interpretação de uma

prática social, como o Direito, Dworkin (1999, p. 61) atribui a ambas a designação de formas de interpretação “criativa”, diferenciando-as, em princípio, da interpretação conversacional e da interpretação científica.

Contudo, coloca a questão de saber se a interpretação criativa não passa de um caso metafórico de interpretação, porquanto se pode dizer que “quando falamos de interpretar poemas ou práticas sociais, estamos imaginando que eles nos falam, que pretendem dizer-nos alguma coisa, tal qual faria uma pessoa” (DWORKIN, 1999, p. 62). Se é assim, a interpretação das obras de arte e das práticas sociais diz respeito, essencialmente, a intenções e não a meras causas. Portanto, precisamos “substituir a metáfora das práticas e das imagens falando com suas próprias vozes, de modo a reconhecer o lugar fundamental da intenção na interpretação criativa” (DWORKIN, 1999, p. 62). Mas qual é o lugar fundamental da intenção, na interpretação criativa? Esta pergunta está implícita em Dworkin, quando ele, aludindo a uma conhecida solução que diz que a interpretação criativa é apenas um caso especial de interpretação conversacional –,⁹⁵ haja vista que o intérprete de uma prática social ou da arte visa decifrar os propósitos ou intenções do autor, que fala por meio de sua obra –, defende uma solução diferente: “a de que a interpretação criativa não é conversacional, mas *construtiva*” (DWORKIN, 1999, p. 62-63, grifo do autor).

Segundo Dworkin (1999, p. 63-64), a interpretação das obras de arte e das práticas sociais, onde se inclui o Direito, está preocupada essencialmente com o propósito, não com a causa. “Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete” (DWORKIN, 1999, p. 63). Nesse sentido, a interpretação construtiva “é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam” (DWORKIN, 1999, p. 64). Com isso Dworkin situa a intenção primordialmente *no* intérprete, diversamente do pensamento corrente que entende que a essência da interpretação consiste em buscar a intenção *no* autor – muito embora “os juristas reconheçam que, em muitas questões, o autor não teve nenhuma intenção e que, em outras, é impossível conhecer sua intenção” (DWORKIN, 2000, p. 219).⁹⁶ Para Dworkin (1999, p. 66), a interpretação não se limita a “tentar descobrir os motivos ou as intenções do autor ao falar, representar, escrever ou pintar

⁹⁵ ...porquanto “A interpretação criativa pretende decifrar os propósitos ou intenções do autor ao escrever determinado romance ou conservar uma tradição social específica, do mesmo modo que, na conversação, pretendemos perceber as intenções de um amigo ao falar como fala” (DWORKIN, 1999, p. 62).

⁹⁶ Atente-se, porém, que com isso Dworkin não quer dizer, absolutamente, que a intenção do autor seja algo sem importância. Pelo contrário, ele afirma que “nenhuma teoria plausível de interpretação sustenta que a intenção do autor é sempre irrelevante. Às vezes é claramente o âmago da questão...” (DWORKIN, 2000, p. 231)

como o fez”; tampouco se reduz a mostrar o objeto da interpretação com exatidão, exatamente como ele é; mas sim, vai além, tenta mostrar o objeto da interpretação à sua melhor luz, ou seja, sob o ponto de vista que faça dele o melhor exemplo possível daquilo que ele representa (DWORKIN, 1999, p. 66).⁹⁷

Mas como se poderia chegar a uma conclusão acertada de que a interpretação construtiva, nos termos propostos por Dworkin, não seja a simples imputação dos valores e pontos de vista singulares do próprio intérprete, de modo que ele pode fazer do objeto da interpretação o que bem entender? Essa é uma objeção previsível, a qual Dworkin se antecipa em responder, enfatizando que “mesmo considerando o objeto da interpretação artística como uma recuperação da intenção do autor, como recomenda a objeção, não poderemos fugir ao uso das estratégias da interpretação construtiva que a objeção condena” (DWORKIN, 1999, p. 66). Segundo ele, “não podemos evitar a tentação de fazer do objeto artístico o melhor que, em nossa opinião, ele possa ser” (DWORKIN, 1999, p. 66).⁹⁸ Essa atribuição de valor ao objeto da interpretação não é arbitrária, pois o intérprete se encontra sob a coerção inarredável da história ou da forma de uma prática social, que direciona a escolha da melhor interpretação em consonância com essa realidade, da qual o intérprete não pode escusar-se (DWORKIN, 1999, p. 64).⁹⁹

O conceito de interpretação de Dworkin não intenta descobrir o sentido que algum autor quis dar a determinada palavra ou expressão, mas sim, dirige-se a um propósito mais amplo, visa encontrar o significado de uma obra como um todo. Esse entendimento é fundamental para a compreensão de seu conceito de interpretação, que se dirige ao Direito enquanto uma prática social que requer coerência, continuidade, ligação razoável entre as decisões do presente com os princípios que orientaram as decisões do passado e possam justificar, até onde a previsibilidade possa ser concebida, as decisões hipotéticas do futuro.

⁹⁷ “De fato, Chladenius chega a uma conclusão interessantíssima: “Constata que compreender plenamente um autor não é o mesmo que compreender plenamente um discurso ou um escrito (§ 86). A norma para a compreensão de um livro não seria, de modo algum, a intenção do autor. Pois, ‘assim como os homens não são capazes de abranger tudo com sua visão, também suas palavras, discursos e escritos podem significar algo que eles próprios não tiveram a intenção de dizer ou escrever’, e, portanto, ‘quando se busca compreender seus escritos pode-se chegar a pensar, e, com razão, em coisas que aos autores não ocorreria.’” (GADAMER, 2008, Vol. I, p. 253)

⁹⁸ “Diríamos, então, que toda interpretação tenta tornar um objeto o melhor possível, como exemplo de algum suposto empreendimento, e que a interpretação só assume formas diferentes em diferentes contextos porque empreendimentos diferentes envolvem diferentes critérios de valor ou de sucesso. A interpretação artística só difere da interpretação científica porque julgamos o sucesso das obras de arte segundo critérios diferentes daqueles que utilizamos para julgar as explicações de fenômenos físicos” (DWORKIN, 1999, p. 65).

⁹⁹ “Não nego o que é óbvio, isto é, que os intérpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa à qual não podem escapar totalmente” (DWORKIN, 1999, p. 75). “A hermenêutica precisa partir do fato de que aquele que quer compreender deve estar vinculado com a coisa que se expressa na transmissão e ter ou alcançar uma determinada conexão com a tradição a partir da qual a transmissão fala” (GADAMER, 2008, Vol. I, p. 390).

Essa visão ampla do Direito como atitude interpretativa de um empreendimento é bem representada na metáfora do *romance em cadeia*, de que trataremos logo mais. Como vimos anteriormente, Dworkin extrai o conceito de interpretação construtiva a partir da reflexão que faz sobre o sentido da interpretação criativa, aquela que ele identifica com a interpretação da arte. Com efeito, nesse contexto, os críticos interpretam poemas, peças e pinturas “a fim de justificar algum ponto de vista acerca de seu significado, tema ou propósito” (DWORKIN, 1999, p. 61), ou seja, intenta-se interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação de uma conversação (DWORKIN, 1999, p. 61). É nesse sentido que Dworkin concebe o direito, defendendo que a prática jurídica “é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral” (DWORKIN, 2000, p. 217).

Valendo-se da similitude entre a interpretação artística e a interpretação do Direito, enquanto prática social, porquanto nesses contextos a atitude interpretativa se manifesta de modo análogo, Dworkin se utiliza da interpretação literária como modelo central da análise do Direito. Segundo ele, “uma teoria da interpretação deve conter uma subteoria sobre a identidade de uma obra de arte para ser capaz de distinguir entre interpretar e modificar uma obra” (DWORKIN, 2000, p. 223). O autor de uma obra de arte é, a um só tempo, autor e intérprete. “Não pode criar nada sem interpretar enquanto cria” (DWORKIN, 2000, p. 235), haja vista que se o que pretende produzir é arte, exige-se dele que possua pelo menos uma teoria tácita de porque que aquilo que cria é arte. Além disso, com base nessa teoria, ou nessa visão acerca do que é arte, deve saber por que aquilo que cria é uma obra de arte melhor em razão de uma característica e não de outra (DWORKIN, 2000, p. 235). Ou seja: deve possuir uma concepção estética.

Naturalmente, a hipótese estética é subjetiva e diferentes pessoas terão diferentes opiniões sobre qual aspecto deve ser considerado para que uma obra seja considerada arte. Mas então se poderia dizer que não é possível chegar a nenhuma conclusão sobre se uma obra é arte, ou mesmo se uma obra é melhor ou mais valiosa que outra, porquanto o valor atribuído ao empreendimento vai ser sensível às diversas convicções sobre o que é arte e o que é que deve ser valorizado, para que uma obra seja considerada melhor que outra. “Alguém que aceite o ponto de vista religioso provavelmente terá uma teoria da arte diferente da de alguém que não aceita” (DWORKIN, 2000, p. 225).

Dworkin faz referência a essa crítica, que procura mostrar a hipótese estética como um critério trivial, incapaz de justificar uma interpretação objetiva, reconhecendo que a despeito de os juízos estéticos serem subjetivos, porque nenhum pode ser demonstrado, isso não implica o acerto de uma afirmação categórica de que, em face dessa subjetividade do juízo estético, nenhuma teoria normativa sobre a arte seja melhor que outra, ou que uma determinada teoria não possa ser considerada como a melhor que se produziu até o momento (DWORKIN, 2000, p. 228).

A saída que ele encontra para essa acusação de trivialidade da hipótese estética se embasa na seguinte constatação: “a interpretação é um empreendimento, uma instituição pública, e é errado supor, *a priori*, que as proposições centrais a qualquer empreendimento público devam ser passíveis de validação” (DWORKIN, 2000, p. 228). Do mesmo modo, segundo ele, se a validade requer demonstrabilidade, não faz sentido estabelecer muitos pressupostos a respeito de como ela deve ser. Assim, sendo certo que uma interpretação depende de uma convicção estética, e que esta é subjetiva, de sorte que poderão competir, sobre um mesmo objeto, tantas visões diferentes quanto sejam as teorias em disputa acerca do valor de uma obra, como se poderia sair dessa encruzilhada a que leva, inevitavelmente, o subjetivismo? Dworkin propõe uma alternativa empírica. Segundo ele:

Devíamos primeiramente estudar uma série de atividades em que as pessoas supõem ter boas razões para o que dizem, razões que elas consideram geralmente válidas e não apenas a partir de um ou outro ponto de vista individual. Podemos, então, julgar os padrões que as pessoas aceitam, na prática, para pensar que têm razões desse tipo. (DWORKIN, 2000, p. 228).

Valendo-se da interpretação literária como um modelo para o método central da análise do Direito, Dworkin compara a prática jurídica com um romance em cadeia, ou seja, uma história fictícia criada por um hipotético grupo de romancistas que têm de dividir entre si a tarefa de escrever uma única história, cada um dos quais responsáveis por uma parte dela. Cada um dos romancistas, ao “entrar” na história, deve interpretar o que foi escrito antes, de sorte a fazer a sua parte em consonância com os aspectos relevantes da trama, de modo que ao final se possa ter a garantia de que a obra, como um todo, é um empreendimento resultante de um único autor. Para manter a coerência de sentido que faça dessa obra o melhor exemplo possível de um romance, cada autor precisa fazer um duplo exercício de interpretação e criação. Interpreta o que foi feito até então, tentando identificar os princípios relevantes que conferem identidade e unidade de sentido ao romance, a fim de lhe dar continuidade, com a

segurança de que está participando do mesmo empreendimento, e não se aventurando na criação de uma nova história (DWORKIN, 1999, p. 276; 2000, p. 235-242).

A decisão de casos difíceis em direito é mais ou menos de acordo com essa metáfora literária, embora, segundo Dworkin, isso seja mais evidente na prática do *Common Law*, em que nenhuma lei ocupa a posição central na controvérsia. Ali o argumento gira acerca de quais regras ou princípios de Direito “subjazem” ao que foi decidido em casos análogos no passado (DWORKIN, 2000, p. 237). Nesse sentido, cada juiz é como um romancista na corrente. “A interpretação se torna necessária sempre que não se quer confiar no que um fenômeno representa imediatamente” (GADAMER, Vol. I, 2008, p. 440). Assim, ao deparar com um caso controverso,¹⁰⁰ o juiz deve considerar de modo interpretativo o que aconteceu antes, pois é responsável por levar a história adiante, vendo-se como parte de um único empreendimento, dotado de identidade, coerência e integridade. É sua incumbência, em face do desafio de dizer o que é o Direito, “determinar, segundo o seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então” (DWORKIN, 2000, p. 238).

Assim, em face dos vários princípios que pode identificar – de acordo com a variedade de decisões e ideologias que as justifiquem em cada época –, o intérprete “precisa decidir qual desses princípios representa a melhor ‘leitura’ da corrente de decisões a que deve dar continuidade” (DWORKIN, 2000, p. 239). Isso não significa “uma licença para que cada juiz descubra na história doutrinal [constituição, leis, precedentes, decisões administrativas etc.] seja o que for que pensa que deveria estar lá” porque “O dever do juiz é interpretar a história que encontra, não inventar uma história melhor” (DWORKIN, 2000, p. 240). Nesse sentido, do mesmo modo que a interpretação literária tenta mostrar que maneira de ler o texto revela-o como a melhor obra de arte, a partir do atendimento de características *formais* como identidade, coerência e integridade, bem como de características *substanciais* de valor artístico – desde que se adote a hipótese estética acerca do que é uma obra de arte –, a prática jurídica, igualmente, depende do atendimento dessas duas dimensões da interpretação, para que seja considerada plausível.

Contudo, não se pode olvidar que, do mesmo modo em que na arte a definição do que é valioso pressupõe que se tente enxergar a obra sob certa luz, como o valor estético, por exemplo, também no Direito, para que se possa chegar à conclusão de que se trata de uma prática dotada de valor e de sentido, deve-se tentar compreendê-lo sob certa luz. É onde entra,

¹⁰⁰ Segundo Dworkin, caso controverso é aquele “em que nenhuma regra explícita no livro de regras decide com firmeza a favor de qualquer uma das partes”. (DWORKIN, 2000, p. 10).

no Direito, a necessidade de que qualquer interpretação satisfaça as dimensões do ajuste ou adequação, de ordem formal, bem como a dimensão da moralidade política da comunidade, de ordem substancial. Em outras palavras, qualquer interpretação plausível da prática jurídica deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade e valor (DWORKIN, 2000, p. 239). E neste particular aspecto de ordem substancial, ou seja, no que tange à finalidade, ao valor, ao propósito da prática jurídica, o lugar da intenção em matéria de interpretação da Constituição, das leis, e demais decisões políticas do passado, não pode situar-se em ninguém, nem no legislador nem no intérprete, “devendo ser decidida, por quem quer que tome a decisão, como uma questão de teoria política” (DWORKIN, 2000, p. 240).

Com efeito, não existe nenhuma interpretação útil de algum aspecto do direito que seja independente de uma teoria política: “Isto é, afirmações interpretativas são interpretativas e, portanto, inteiramente dependentes de uma teoria estética ou política” (DWORKIN, 1999, p. 252). Sunstein defende com grande clareza esta proposição, discorrendo sobre a inevitabilidade de justificativas externas à Constituição para se interpretá-la: “O ponto mais geral é que nenhum texto possui significado à margem dos princípios defendidos por quem os interpreta, e eles não podem ser encontrados no próprio texto” (SUNSTEIN, 2009, p. 127). Segundo ele, “não podemos defender um sistema de interpretação no Direito sem prepararmos uma defesa substantiva” (SUNSTEIN, 2009, p. 127-128). Assim, identificar a teoria política subjacente a uma decisão ajuda-nos a compreendê-la e a criticá-la. Somente a partir disso é possível, em termos argumentativos, sustentar uma interpretação melhor. Para a teoria do Direito como integridade, uma interpretação melhor será aquela que, em sentido construtivo, seja fundada em convicções de moralidade que possam ser aceitas por todos. Sob essa perspectiva, talvez não seja amplamente aceita a convicção moral que concebe a democracia representativa como um sistema político em que os atos dos representantes do povo sejam dotados de imunidade absoluta ao controle popular por meio da manifestação direta.

Isto de considerar a dimensão substantiva, ou seja, o conteúdo de valor de uma decisão assentada em convicções de natureza política, longe de ser uma corrupção da interpretação, é, muito diversamente, parte do próprio conceito de interpretação (DWORKIN, 2000, p. 246-247). Juízes filiados a diferentes ideologias políticas terão visões diferentes sobre o valor, a finalidade ou o propósito do Direito. E suas opiniões interpretativas serão sensíveis a essas convicções, quer saiba ele ou não. Isso não significa que deva o intérprete considerar melhor a interpretação do direito que coincida com suas convicções de moralidade política, porquanto a moralidade que se exige como justificativa de uma opção interpretativa

deve ser aquela que representa a verdadeira história política da comunidade. Um juiz comprometido com o ideal de integridade no Direito, ao deparar com um caso difícil, deverá encontrar nas decisões políticas do passado algum conjunto coerente de princípios subjacentes a essas decisões que possam justificar a melhor interpretação da estrutura política dessa comunidade (DWORKIN, 1999, p. 305). Com efeito, “afirmações interpretativas são interpretativas e, portanto, inteiramente dependentes de uma teoria estética ou política” (DWORKIN, 2000, p. 252).

Os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política. Em sua forma mais geral, essa doutrina afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar (DWORKIN, 2007, p. 137).

A premissa da adequação ou ajuste e da justificação exercem o poder de limitar o intérprete no sentido de que, ao visualizar as decisões políticas do passado e extrair da história da doutrina os princípios que a justificam – identificando, desse modo, qual é a prática e em que consiste o seu valor –, possa tomar uma decisão que de fato represente a interpretação da história jurídica até então construída pela comunidade. Isso é diferente de se empreender uma cruzada independente, fundada numa concepção individual do valor dessa prática. Isso representaria, ao fim, mais o desejo do intérprete de ver na prática o que ele entende que deveria estar lá, do que aquilo que ela realmente representa. Contudo, de acordo com Dworkin (2000, p. 240), não há um conjunto de regras pré-definidas, uma fórmula, que assegure esse resultado, qual seja, o de que determinada interpretação dessa prática ajuste-se de modo satisfatório para não ser excluída como inadequada. O que há é apenas a possibilidade de que a dimensão do ajuste forneça alguns limites.

A justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática (DWORKIN, 1999, p. 81).

O compromisso do intérprete deve ser o de manter a coerência do direito que ele é chamado a dizer em cada caso com tudo o que já foi estabelecido pelas decisões políticas do passado em seus aspectos relevantes e ao mesmo tempo dar finalidade, sentido e valor para o que decide no momento, de modo que os mesmos fundamentos possam ser aplicados em

decisões hipotéticas.¹⁰¹ Ou seja, segundo Dworkin (1999, p. 305), “isso incluirá convicções sobre adequação e justificação”. Essas duas dimensões a que deve satisfazer qualquer decisão baseada em princípios significam que se deve levar em conta a necessidade de observância de um limiar de aceitabilidade da proposta interpretativa tendo em conta o senso geral de moralidade política aceito pela comunidade. “Ela deve se acomodar à vasta rede de decisões políticas e estruturas da prática institucional à qual pretende dar continuidade. Ela deve ser uma continuação das decisões passadas, um prosseguimento da história, não um recomeço” (GUILHERME, 2006, p. 206-207).

Assim, para Dworkin, não se poderá dizer que satisfaça o requisito de adequação, uma interpretação de nosso próprio direito que negasse a supremacia legislativa ou que proclamasse um princípio geral de direito privado que exigisse que os ricos compartilhassem sua riqueza com os pobres (DWORKIN, 1999, p. 305). Segundo ele, a finalidade desse limiar é limitar ou eliminar interpretações que alguns juízes, fundados em um senso independente de justiça, prefeririam. Certamente, diferentes juízes vão estabelecer esse limiar de maneira diversa, diz Dworkin, “mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral” (DWORKIN, 1999, p. 305).

Nessa mesma linha, seria por demais discrepante de nossa prática, e portanto inadequada, uma decisão que, por exemplo, desse por prejudicada a discussão dos vícios de inconstitucionalidade de uma Medida Provisória, se ao tempo do julgamento da ação a medida já houvesse se convertido em lei, porquanto isso não inviabiliza a discussão da matéria da inconstitucionalidade. Conforme está assentado no voto-vista da Ministra Ellen Gracie, no julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048-1 – DF, “... a atual jurisprudência desta Casa é no sentido de que a lei de conversão não dispõe de imunidade jurídica com relação aos vícios eventualmente presentes na medida provisória que a precede”. (ADI 4.048-MC/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, p 127).

¹⁰¹ Aqui Dworkin faz uma distinção entre argumentos de princípios e argumentos de política. Aceitar o direito como integridade pressupõe compreender as decisões sobre direitos como um argumento de princípio. “Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. Mas o que são os direitos e os objetivos, e qual é a diferença?” (DWORKIN, 2007, p. 142). “Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas”. (DWORKIN, 2007, p. 138).

Por fim, Dworkin (1999, p. 492) oferece um tipo de resposta diferente do que é o Direito, enfatizando que este é definido pela atitude, não pelo território o poder ou o processo. “É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido” (DWORKIN, 1999, p. 492). “É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância” (DWORKIN, 1999, p. 492). É uma atitude construtiva: “sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado” (DWORKIN, 1999, p. 492). “É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter” (DWORKIN, 1999, p. 492).

Aceito como viável o método de interpretação do Direito como integridade, e estabelecido que a prática do direito admite a interpretação construtiva em qualquer situação em que se deve lançar mão de conceitos interpretativos,¹⁰² cabe agora analisar a natureza da divergência que se estabeleceu no Congresso Nacional acerca dos efeitos do referendo do fuso horário. A partir da identificação dessa divergência, poderemos imaginar, com base na teoria do direito como integridade, uma alternativa de solução para a controvérsia que faça da Constituição Federal o melhor exemplo de empreendimento democrático que ela constitui.

¹⁰² Dworkin trabalha o conceito doutrinário de direito concebendo-o como exemplo de *conceito interpretativo*. Os conceitos interpretativos, segundo ele, são aqueles que nos estimulam a refletir sobre aquilo que é exigido por alguma prática que elaboramos, como a prática do direito por exemplo. Diz ele: “para elaborar o conceito, atribuímos valor e propósito à prática e formulamos concepções sobre as condições de veracidade das afirmações particulares que as pessoas fazem no contexto da prática, à luz dos propósitos e valores que especificamos” (DWORKIN, 2010, p. 18-19).

5. O PARLAMENTO E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Conforme vimos no capítulo anterior, pessoas sensatas divergem constantemente sobre o que é o Direito, mesmo quando todos estão de acordo sobre o que a lei diz explicitamente. Essa divergência, muito comum no âmbito do processo judicial, também se estende a outros foros de deliberação, como o Parlamento. Com efeito, o Congresso Nacional, notadamente por meio das diversas comissões que o compõem, é chamado a exercer, ordinariamente, juízo de legalidade e de constitucionalidade de iniciativas legislativas e outros atos que se submetem ao seu crivo, como condição do exercício legítimo do poder de legislar. Nesse contexto, divergências acerca do que é o direito são, não apenas previsíveis, mas igualmente prováveis, notadamente pelo caráter plural da composição parlamentar, que une em uma única instituição parcelas representativas de ideologias e concepções diversas acerca de muitos conceitos políticos como moralidade, justiça, liberdade, igualdade, democracia etc..

A teoria do direito como integridade, devidamente compreendida, pode auxiliar a tomada de deliberação do Parlamento quando tenha de decidir questões de política que demandem interpretação da Constituição e do ordenamento jurídico como um todo, tanto mais porque a própria ideia de Constituição está associada, dentre outros aspectos, à relevante questão da limitação de poder dos representantes do povo, cuja liberdade de deliberação sobre qualquer tema não pode extrapolar nem subverter os princípios que a Constituição institui, estejam eles declarados ou residam de modo subjacente nas normas positivadas.¹⁰³ Quem aceita o Direito como integridade deve almejar do exercício da atividade política, que se manifesta de modo mais evidente no poder de legislar, a observância de princípios de coerência de suas decisões no sentido de que as decisões políticas em cada caso mantenham um alinhamento com a história institucional e política da comunidade personificada no Estado.

A partir dessas considerações, cabe-nos analisar se a decisão do Congresso Nacional, em decorrência do resultado de um referendo popular que rejeita uma norma, dá ao Parlamento o direito de ignorar essa manifestação de vontade exercida diretamente pela

¹⁰³ “A constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos. No primeiro caso, geralmente apenas existe uma promessa de leis a fixar e não qualquer obrigação de estabelecer tais leis, pois, já mesmo por razões de técnica jurídica, não pode facilmente ligar-se uma sanção ao não estabelecimento de leis com o conteúdo prescrito. Com mais eficácia, porém, podem ser excluídas pela Constituição leis de determinado conteúdo. O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir” (KELSEN, 2009, p. 249).

população. É relevante identificar se a melhor interpretação das regras constitucionais e legais sobre o referendo autorizam que ele seja concebido como uma simples opinião ou se, do contrário, tem o poder de vincular a atividade parlamentar sobre aquela questão específica, ab-rogando de imediato a norma rejeitada, ou nenhuma coisa nem outra.

Conforme vimos no primeiro capítulo deste trabalho, depois de homologado pelo TSE o resultado do referendo em que o povo do Estado do Acre se manifestou contra a mudança do horário em decorrência da Lei nº 11.662, de 2008, o Presidente do Congresso Nacional formulou consulta à CCJ-SF, a fim de que indicasse a providência a ser tomada em face do pleito referendário. No âmbito daquela Comissão os parlamentares se dividiram acerca do melhor encaminhamento da matéria, divergindo sobre os efeitos do referendo, em face da ausência de normas explícitas que dispusessem sobre o tema. Sobre o que divergiam os parlamentares e qual das soluções apresentadas melhor se justifica a luz do direito como integridade é o objeto deste capítulo.

Vejamos, em apertada síntese, as soluções apresentadas pelo Relator da Consulta n.º 1/2011, vencido na CCJ-SF, Senador Sérgio Petecão,¹⁰⁴ bem como os fundamentos apresentados pelo voto divergente, do Senador Pedro Taques.¹⁰⁵ Depois, passaremos a aferir se a decisão pela qual optou a maioria dos Membros da Comissão é uma decisão justificável do ponto de vista da interpretação do direito como integridade.

5.1 Análise do voto do Senador Sérgio Petecão (PSD-AC)

De acordo com o Relator da Consulta, Senador Sérgio Petecão (PSD-AC), nos termos do art. 2º, § 2º, da lei 9.709/98, “o referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição”. Com base na interpretação que ele deu a esta norma, sem maiores considerações, concluiu que, como o referendo convocado pelo Decreto Legislativo n.º 900/2009 demonstrou a manifestação inequívoca da população acerca da não incidência da lei que mudou o fuso horário, a polução quis dizer “não” à vigência da Lei nº 11.662, de 2008. Daí porque o referido Senador votou no sentido de que o Presidente da Mesa Diretora do Congresso Nacional expedisse um Ato Declaratório informando que as disposições da Lei nº 11.662, de 2008, tiveram sua “eficácia encerrada”, no que se refere ao Estado do Acre, na data de publicação da decisão homologatória do resultado do referendo pelo TSE.

¹⁰⁴ Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/86986.pdf>> Acesso em: 30 ago. 2011.

¹⁰⁵ Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/87132.pdf>> Acesso em: 30 ago. 2011.

É evidente que a norma citada pelo referido parlamentar, por si mesma, não justifica a conclusão mecânica de que o referendo tem efeito abrogatório. Ela nada diz sobre os efeitos da consulta. A conclusão dele é uma opinião interpretativa de caráter semântico e psicológico. Semântico porque se apega ao aspecto textual do *livro de regras*, ou seja, tenta extrair o sentido das palavras que estão no texto. E psicológica porque, como a regra em que se apega o parlamentar neste caso não estipula claramente que o resultado do referendo implica a derrogação da norma rejeitada, apela ele para o suposto sentido que decorreria da intenção dos legisladores. Ou seja, para ele, quando o legislador disse que o referendo é convocado depois do ato legislativo para que o povo o ratifique ou rejeite, quis dizer, além disso, que na hipótese de rejeição isso implica a imediata derrogação da norma consultada.

Observa-se a dificuldade do Relator em demonstrar, efetivamente, os verdadeiros motivos das convicções com base nas quais entende que o referendo possui efeitos abrogatórios. Se o ordenamento jurídico é omissivo quanto a este aspecto, uma afirmação segura de que o instituto possui efeitos abrogatórios somente pode proceder de uma opção interpretativa que adote uma visão do Direito e da Constituição como um sistema fundado em algo mais que simples regras escritas. O fundamento do voto do Senador Sérgio Petecão demonstra que ele está preso à concepção do Direito como uma simples questão de fato, ou seja, direito é o que consta das regras escritas e de outras decisões do passado. O Parlamentar busca nas regras escritas e na doutrina justificativas para suas verdadeiras crenças, porque não consegue imaginar a possibilidade de uma resposta fundada em outros argumentos. Sua posição demonstra que ele concebe o Direito como aquilo que está escrito nas leis, na doutrina e a jurisprudência.

A propósito, veja-se que parte de sua fundamentação sustenta-se no argumento de autoridade doutrinária, conforme se vê na referência que fez a Gilmar Mendes, em seu Curso de Direito Constitucional, para quem: “o referendo é uma consulta posterior sobre determinado ato ou decisão governamental, seja para atribuir-lhe eficácia que ainda não foi reconhecida (condição suspensiva), seja para retirar a eficácia que lhe foi provisoriamente conferida (condição resolutive)”. Entende o Parlamentar que essas referências justificam a melhor interpretação do instituto do referendo, porquanto, segundo ele, a convocação de referendo por meio do Decreto nº 900, de 2009, significa o reconhecimento do Parlamento de que a Lei nº 11.662, de 2008, estava em vigor em relação ao Estado do Acre sob os efeitos de uma “condição resolutive”, que se satisfaz com o resultado do referendo rejeitando a norma.

A inferência lógica de seu raciocínio é a perda da eficácia normativa como consequência da homologação do resultado da consulta popular que rejeitou a norma.

Na verdade, nenhuma regra explícita, quer seja na Constituição, quer seja no corpo de leis, decide com firmeza os efeitos de um referendo acerca de uma lei já em vigor. A despeito disso, uma resposta jurídica deve haver para a controvérsia, pois este é o propósito da Comissão de Constituição e Justiça, quando chamada a emitir opinião sobre as questões constitucionais que lhe sejam submetidas. E a resposta há que ser encontrada dentro do sistema normativo, ou seja, deve decorrer do que foi decidido no passado pelo legislador ou pelos constituintes, pois a concepção de Estado de Direito indicada na argumentação do Relator Sérgio Petecão se identifica com o pensamento corrente de que Estado de Direito é este que se sustenta em um *livro de regras*. Para quem assim concebe o sistema normativo, o Direito é o que está previsto na lei ou na intenção dos legisladores. E se não é possível extrair do livro de regras escritas uma resposta exata, porque não se pode descobrir o sentido das expressões que usaram, deve-se fazer uma pergunta diferente da questão semântica (o sentido do texto legal) ou da questão psicológica (qual a intenção dos legisladores). Aqui entra um tipo de argumento que Dworkin (2000, p. 12) denomina de *contrafactual*. De acordo com essa forma de interpretar as normas, a pergunta a ser feita consiste em saber o que a legislação teria decidido se tivesse decidido alguma coisa sobre o assunto. Nas palavras dele:

Se, em alguma ocasião, essa instituição não decidiu de fato essa questão (porque não percebeu que uma decisão era necessária), mas teria decidido de um jeito e não de outro se o tivesse feito, então está mais em conformidade com a base racional do sistema legal que o poder seja usado dessa maneira, não da maneira contrária. Se nenhuma das duas decisões que um tribunal poderia tomar estiver efetivamente registrada no repertório legislativo, é mais justo, segundo esse argumento, tomar a decisão que, não fosse por um acidente histórico, estaria na legislação. (DWORKIN, 2000, p. 13).

Da análise dos argumentos do Senador Sérgio Petecão, deduz-se que ele quer fazer crer que a conclusão a que chegou – qual seja, a de que o referendo possui efeitos imediatos, devendo ser considerada revogada a norma rejeitada em consulta popular a partir da homologação do resultado do referendo pelo Tribunal Superior Eleitoral –, decorre da correta compreensão das normas em vigor. Ele se apega ao texto legal que acredita corresponder à norma instituída pelo legislador, no caso, o § 2º, art. 2º, da Lei nº 9.709/98. Contudo, o texto legal nada dispõe sobre os efeitos da votação. Apenas se limita a situar no tempo o momento em que se dá a consulta, ou seja, após a edição do ato legislativo, e atribui ao povo o poder de confirmar ou rejeitar o ato. Nada informa que o resultado que rejeita o ato surte efeitos

automáticos em relação à norma consultada, revogando-a. Em que pese isso parecer evidente, o Relator extraiu desse preceito normativo uma proposição jurídica¹⁰⁶ que diz que o resultado do referendo possui o efeito de ab-rogar a lei sob consulta, independente da edição de outro ato normativo.

O que justifica esse tipo de conclusão? O que faz com que ela seja verdadeira, ou aceitável, se não decorre da literalidade da lei? A única resposta que arriscaríamos dar seria a de que o conceito de interpretação do Senador Sérgio Petecão coincide com aquela concepção muito disseminada na literatura jurídica que entende que “a interpretação de um documento consiste em descobrir o que seus autores (os legisladores ou constituintes) queriam dizer ao usar as palavras que usaram” (DWORKIN, 2000, p. 218). Embora os juristas reconheçam que em muitos casos o autor não teve intenção nenhuma e que em outros é impossível se conhecer a sua intenção, o intérprete apegado à ideia de Estado de Direito como um Estado regido por regras escritas tenderá a encontrar uma resposta que pareça aos olhos do povo que isso é o que diz o Direito, ou seja, a conclusão a que ele chega é de fato o que ele entende que quis dizer o legislador, quando devidamente compreendidas as palavras que ele usou ao estatuir a norma.

Embora esta concepção do Estado de Direito “centrada no texto legal” (DWORKIN, 2000, p. 6) seja amplamente aceita, haja vista que a maioria das pessoas concorda que o Direito é o que está escrito no *livro de regras*, e o mínimo que o Estado pode garantir aos seus cidadãos é a satisfação dessa expectativa assegurada nos direitos escritos e reconhecidos pelo legislador,¹⁰⁷ há uma concepção de Estado de Direito mais ambiciosa, a qual “pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo” (DWORKIN, 2000, p. 7). De acordo com essa concepção, “uma decisão que leva em conta direitos de fundo será superior, do ponto de vista desse ideal, a uma decisão que, em vez disso, especula, por exemplo, sobre o que o legislador teria feito se houvesse feito alguma coisa” (DWORKIN, 2000, p. 15).

5.2 Análise do voto do Senador Pedro Taques (PDT-MT)

A concepção de Estado de Direito e de interpretação do Senador Pedro Taques não diverge muito da concepção do Senador Sérgio Petecão. Para ambos o Direito é o que foi

¹⁰⁶ Sobre o sentido de “proposição jurídica”, adotamos aqui a concepção de Dworkin: “Chamaremos de ‘proposições jurídicas’ todas as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza”. (DWORKIN, 1999, p. 6)

¹⁰⁷ “Numa democracia, as pessoas têm, pelo menos, um forte direito moral *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos que o legislador aprovou” (DWORKIN, 2000, p. 14)

decidido no passado por meio da legislação e da Constituição, e a mudança do Direito depende, igualmente, de normas que digam como ele deve ser mudado. É o que decorre da assertiva desse congressista ao consignar que o resultado do referendo não pode implicar a revogação da Lei nº 11.662, de 2008, porque o referendo foi convocado por meio de um Decreto Legislativo, e um Decreto Legislativo não pode alterar uma lei. Segundo ele, uma lei somente pode ser modificada por outra com as mesmas características. Por isso, o autor do voto em separado entende que seria necessária a edição de uma nova lei para revogar a de nº 11.662, de 2008, como condição para fazer valer o que foi decidido no referendo. Este é o aspecto mais relevante em sua argumentação, o que se deduz pela insistência em enfatizar que um decreto não pode modificar uma lei, conforme se verifica das seguintes passagens de seu voto:

Claro que uma norma superveniente pode modificar essa alteração [refere-se à alteração do horário legal] ou determinar que isso ocorrerá após um referendo. Entretanto, essa norma terá que ser da mesma espécie normativa; Admitir que esse procedimento pode ser feito por um decreto legislativo é admitir que um decreto legislativo pode modificar uma lei.¹⁰⁸

Parece claro que a concepção de Estado de Direito do Senador Pedro Taques se limita a considerar Direito apenas o que está escrito no *livro de regras*. Dizer, por exemplo, que uma lei somente pode ser modificada por outra da mesma natureza, para disso concluir que o resultado de um referendo popular não possui nenhuma influência sobre o destino da lei que foi objeto de consulta é dar para o caso uma interpretação meramente semântica e psicológica do Direito. É o mesmo que dizer, em outras palavras, que se o legislador tivesse a intenção de que o referendo revogasse a Lei nº 11.662, de 2008, teria consignado essa condição como cláusula resolutiva na própria lei, condicionando sua eficácia ao resultado do referendo. Alternativamente, teria consignado no próprio Decreto Legislativo que convocou o referendo uma cláusula expressa dizendo que o seu resultado negativo implicaria a revogação da Lei nº 11.662, de 2008.

Veja-se, a propósito, que o Senador Pedro Taques, acreditando que está interpretando o Direito acerca do referendo, faz afirmações peremptórias que não estão escritas, de modo algum, no texto legal. Mas acredita sinceramente no acerto das proposições que aduz. É o que ocorre quando diz que “É certo, indiscutivelmente, que um diploma legal pode estabelecer que a sua eficácia depende do referendo da população. É para isso que a Carta Magna prevê a

¹⁰⁸ Excertos do voto em separado do Senador Pedro Taques, cujo inteiro teor está disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/87132.pdf>> Acesso em: 07 nov. 2011.

existência do instituto”.¹⁰⁹ Ao lado dessa premissa ele faz outra afirmação peremptória. Diz que a previsão de realização do referendo “tem que constar do próprio diploma legal”. De onde o Senador Pedro Taques extraiu tais convicções, se não constam da lei? Onde está dito que somente quando a própria lei sob consulta subordina sua eficácia ao resultado de um referendo é que se pode aceitar que ele possua efeitos revocatórios? Mais adiante ele diz que não é este o caso da Lei nº 11.662, de 2008, que “não estabeleceu nenhuma condição para a alteração dos fusos horários a que ela faz referência”.¹¹⁰ Com isso pretende justificar a conclusão de que, a despeito do referendo que se realizou após o advento da Lei nº 11.662, de 2008, a revogação dessa norma somente pode se dar por meio de outra da mesma natureza, haja vista que ela não foi editada para vigorar de forma condicionada ao resultado de um referendo. Trata-se, claramente, de uma opinião interpretativa, que parte de uma determinada forma de conceber o Estado de Direito. No caso, a concepção implícita é esta de que o direito é o que está escrito na lei. E o que deve ser compreendido como o sentido da lei ou da Constituição quando as regras não são claras, identifica-se com a intenção do legislador. É este o raciocínio implícito na forma de argumentar do Senador Pedro Taques.

Seu apego a uma concepção semântica do direito é claramente identificado no seguinte trecho: “admitir que esse procedimento [alteração da lei do fuso horário] pode ser feito por um decreto legislativo é admitir que decreto legislativo pode modificar uma lei”.¹¹¹ O argumento se prende à interpretação da regra geral de solução de conflito normativo estatuída na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a qual diz que não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue (Art. 2º, § 1º, Decreto-Lei nº 4.657, de 1942). Embora o voto não faça referência expressa a esse preceito normativo, esta é uma das regras em que se embasa a doutrina para resolver conflitos de leis no tempo. Contudo, esse apego ao aspecto semântico da norma desnatura o verdadeiro debate que deveria se estabelecer no âmbito da CCJ-SF. É que não se está diante de um conflito de leis, mas sim, diante de um conflito de decisões proferidas por instâncias distintas, cuja solução consiste em saber, dentre as duas instâncias, qual delas deve prevalecer.

Nesse sentido, quando o Parlamento vota uma Lei e depois a submete a referendo, o resultado da votação manifesta a intenção direta do titular da soberania no Regime Democrático, ou seja, o povo. Resta saber se essa vontade, manifestada de acordo com o

¹⁰⁹ Excertos do voto em separado do Senador Pedro Taques, cujo inteiro teor está disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/87132.pdf>> Acesso em: 07 nov. 2011.

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ Excertos do voto em separado do Senador Pedro Taques, cujo inteiro teor está disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/87132.pdf>> Acesso em: 07 nov. 2011.

devido processo legislativo e eleitoral, sobrepõe-se à vontade dos representantes do povo. Talvez seja essa a questão que o Senador Pedro Taques devesse ter enfrentado. Por qual razão essa abordagem não foi feita? Certamente porque os parlamentares, assim como a maioria dos intérpretes autorizados da Constituição Federal, estão teoricamente vinculados a uma concepção política de Estado de Direito que compreende que o Direito é apenas e tão somente aquilo que foi objeto de decisão do legislador. Para quem assim concebe o sistema normativo não há espaço para argumentação principiológica. O intérprete preso à concepção do Direito como um conjunto de regras ignora outros padrões que possam ser úteis à solução de conflitos para os quais as regras não são claras ou não existem ou não são suficientes. Presos a esta limitada concepção do Direito, extraem conclusões decorrentes de suas próprias convicções morais, mas as justificam como se essas conclusões correspondessem ao sentido da lei devidamente interpretada, quando não, atribuem suas conclusões à intenção do legislador.

Há outros argumentos na justificação da opinião do Senador Pedro Taques que demonstram sua visão do direito como um simples sistema de regras, e que interpretar uma lei é um exercício de descoberta do sentido das palavras utilizadas pelo legislador para dizer o que disse, ou da intenção dele ao tempo da edição da norma, sem considerações contextuais e sem indagações acerca de propósitos, de finalidades, que podem ser aferidos em relação ao contexto e momento presentes. É o que se vê quando ele se refere aos termos do Decreto Legislativo nº 900, de 2009:¹¹²

Deve-se observar, entretanto, que sequer formalmente o próprio Decreto legislativo nº 900, de 2009, pretende que o seu resultado possa anular a decisão tomada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República constante da Lei nº 11.662, de 2008. Segundo a sua letra, o referendo tem o objetivo, exclusivo, de *consultar o eleitorado do Estado sobre a conveniência e a oportunidade da... alteração* feita no horário do Acre por aquele diploma legal. (grifos do original)

Está clara a alusão que faz à “intenção do legislador”. Veja-se a afirmação negativa de que o próprio Decreto Legislativo “sequer formalmente... pretende que o seu resultado possa anular a decisão tomada pelo Congresso Nacional...”. Ou seja, deduz-se dessa argumentação que não foi intenção do legislador extrair da consulta popular uma consequência que implicasse a “anulação” da lei do fuso horário. No que tange ao aspecto semântico, o Senador Pedro Taques é taxativo quando, referindo-se ao Decreto Legislativo nº 900, de 2009, afirma: “Segundo a sua letra, o referendo tem o objetivo, exclusivo, de

¹¹² Excertos do voto em separado do Senador Pedro Taques, cujo inteiro teor está disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/87132.pdf>> Acesso em: 07 nov. 2011.

consultar o eleitorado do Estado sobre a conveniência e a oportunidade da... alteração feita no horário do Acre por aquele diploma legal” (grifos do original).

Veremos no próximo capítulo que esse modo de interpretar a norma é muito restrito. Ele desconsidera o fato de que, salvo em ocasiões muito específicas e em face de registros contundentes, não é possível se chegar à intenção do legislador. Ao lado disso, o apego semântico tropeça na barreira da atribuição de significado às palavras, o que é menos proveitoso, do ponto de vista interpretativo, que atribuir propósitos à prática do direito como um todo. Veja-se, por exemplo, que o Senador Pedro Taques, com base apenas no art. 1º do Decreto Legislativo nº 900, de 2009, ressaltou o verbo “consultar”, extraíndo daí a conclusão – que ele considera inarredável – de que o aludido Decreto teve a intenção *exclusiva* de colher a opinião do eleitorado sobre a conveniência e oportunidade da lei do fuso horário. Tanto é que mais adiante consigna em seu voto:¹¹³

Assim, o resultado do referendo convocado pelo Decreto Legislativo nº 900, de 2009, deve ser entendido como o próprio instrumento o define. Uma consulta ao povo do Estado do Acre sobre a sua opinião acerca da alteração feita no horário legal daquele Estado... (grifamos).

Evidentemente, o Senador Pedro Taques afirma-se com convicção no sentido literal do verbo “consultar”, que em linguagem corrente é entendido como mero pedido de conselho, de opinião, simples sondagem, exame prévio que antecede uma decisão. É sem dúvida forma muito disseminada de se tentar compreender o sentido de uma norma. O problema é que leva à arbitrariedade e ao subjetivismo do intérprete. O argumento semântico lança uma cortina de fumaça que dificulta a percepção dos verdadeiros motivos da decisão. Esses, quase sempre, se amparam em convicções morais do intérprete. Ele direciona o seu raciocínio para justificar semanticamente uma conclusão que coincide com suas convicções prévias, mas essas convicções não vêm à tona na argumentação de forma aberta e assumida. Neste caso, o Senador Pedro Taques atribui à intenção do legislador, ao usar a palavra “consulta”, o sentido de mera coleta de opinião do eleitorado, sem maiores consequências. Ao desprezar, sem nenhuma justificativa, outras interpretações possíveis do Decreto que convocou o referendo do fuso horário, o Parlamentar atua a partir do paradigma positivista do Direito que o compreende como uma moldura dentro da qual qualquer decisão é aceitável.¹¹⁴

¹¹³ Excertos do voto em separado do Senador Pedro Taques, cujo inteiro teor está disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/87132.pdf>> Acesso em: 07 nov. 2011.

¹¹⁴ Está de acordo com a teoria pura do direito, de Hans Kelsen, a compreensão de que nas hipóteses em que a lei é indeterminada ou contraditória, possibilitando mais de uma resposta possível, qualquer resposta a que se

Mas se o método de interpretar a lei utilizado por ele é válido, deve sê-lo para a lei como um todo, e não apenas para as partes que lhe interessam ou que coincidem com suas concepções prévias. É questão de coerência. E nesse sentido a conclusão do Senador Pedro Taques esbarra na contradição lógica do próprio Decreto, em cuja ementa está claro que o seu objetivo é *decidir* a questão do fuso horário no Acre. Veja-se a ementa: “Dispõe sobre a realização de referendo *para decidir* sobre a alteração da hora no Estado do Acre.” (grifamos). Se o método de interpretação adotado é literal, e se a ementa da lei, ao estipular o seu objeto, tem a finalidade de orientar o processo interpretativo das disposições normativas que seguem na parte normativa, de que modo, neste caso, se poderia afirmar, como fez o Senador Pedro Taques, que a finalidade do Decreto nº 900, de 2009 foi apenas consultiva? A ementa indica que a finalidade, o objeto do Decreto, é *deliberativa*, ou seja, o povo foi consultado para *decidir* sobre o fuso horário, e não para expressar uma simples opinião sem maiores consequências. Esta análise coincide com o sentido da pergunta consignada no art. 2º, parágrafo único, do Decreto Legislativo 900, de 2009: “O eleitorado será chamado a responder ‘Sim’ ou ‘Não’ à seguinte questão: ‘Você é a favor da recente alteração do horário legal promovida no seu Estado?’.” Como se vê, há nos próprios termos literais do Decreto Legislativo nº 900, de 2009, contradições lógicas que desautorizam a conclusão peremptória de que o referido diploma tenha o sentido de convocar um referendo para simplesmente colher a opinião popular.

Se essas considerações são razoáveis elas devem nos levar a outra forma de abordar o assunto. Uma abordagem que vê o direito como algo mais que um conjunto de regras escritas. Um ponto de vista que capte o sentido do Direito a partir da premissa de que os direitos não são apenas os que decorrem da extensão explícita do texto, mas sim, que há direitos morais não escritos, justificados e assegurados nos princípios que embasam todo o sistema normativo positivado. O pano de fundo dessa concepção diz respeito à noção de moralidade política da comunidade. Nesse sentido, a partir da análise dos votos divergentes dos Senadores Sérgio Petecão e Pedro Taques e da identificação do tipo de divergência que os separa na solução do caso, proporemos uma alternativa de interpretação do Direito e de solução da controvérsia, nos termos da visão do Direito como Integridade. Nessa perspectiva, a solução dada pelo Poder Legislativo ao resultado do referendo deverá ser submetida à

chegue é juridicamente aceitável, ou correta, porque o legislador ou o constituinte, nesses casos, deixaram ao aplicador do direito a discricionariedade de escolher qualquer opção, criando o direito como uma espécie de legislador autônomo. Nesse sentido, “O direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível” (KELSEN, 2009, p. 390)

análise dos requisitos formais e materiais da interpretação construtiva. Se for aprovado nesses testes, nossa hipótese será rejeitada, se for reprovado, diremos que nossa hipótese será confirmada.

5.3. Identificando as divergências entre os parlamentares e apontando uma solução que se ajuste ao ideal de democracia representativa, a luz do Direito como integridade.

Para os fins deste trabalho importa identificar o tipo de divergência que se instaurou no âmbito do Parlamento acerca da melhor resposta do Congresso Nacional aos efeitos do referendo do fuso horário. Depois disso, a partir da ideia do direito como integridade, já desenvolvida no item 4.2, e das críticas à forma de argumentação dos parlamentares centrada em uma visão do Direito como um simples sistema de regras, do que cuidamos nos itens 5.1 e 5.2, pretende-se desenvolver uma resposta alternativa àquela vencedora no âmbito da CCJ-SF, que seja mais adequada e justificada nos princípios de moralidade política expressos na Constituição Federal e na prática democrática do País. Isso pressupõe que estejamos de acordo quanto ao fato de que o Parlamento, em que pese tomar deliberações de natureza política primordialmente com base no princípio majoritário, não está livre para, com base na simples ideia de maioria, apresentar uma justificativa qualquer para suas deliberações. Deve apresentar justificativas que estejam de acordo com o ideal de integridade na legislação. Isso exige do legislador mais que simples coerência com as decisões políticas do passado. Exige-se dele fidelidade aos princípios de integridade política vigentes e aceitos pela comunidade.

Nesse contexto, destaca-se a decisão fundamental estatuída na Constituição Federal, de que o Brasil é uma República Democrática fundada nos princípios representativo, eletivo e de soberania popular. E não estando a política acima do direito nem da Constituição, as decisões do Parlamento precisam estar justificadas nos princípios de moralidade política aceitos e reconhecidos pela comunidade. Qualquer decisão que negue a efetividade desses princípios estará indo contra o ideal de Estado Constitucional. Portanto, mesmo em decisões de natureza política, o processo de deliberação do Parlamento exige uma atitude interpretativa de nossos representantes, no sentido de buscar a resposta que melhor se ajuste a esses princípios originalmente reconhecidos implícita ou explicitamente na Constituição Federal.

De acordo com Dworkin (1999, p. 5-6), “os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de

direito e as questões interligadas de moralidade política e fidelidade”.¹¹⁵ As questões de fato, quando ensejam divergências, podem ser facilmente identificadas se as evidências materiais sobre as quais se assenta a divergência estiverem disponíveis. Seja qual for a controvérsia sobre os fatos que realmente se passaram e sobre os quais deverá incidir a norma, não haverá dúvida quanto à natureza da divergência. Saberemos acerca do que não estamos de acordo. No que diz respeito à controvérsia atinente aos efeitos do referendo, por exemplo, nada há que leve a crer haver divergência entre os parlamentares sobre os fatos que realmente se deram. Todos estão de acordo que o Congresso Nacional editou um decreto convocando um referendo para que o povo do Acre se manifestasse se concordava ou não com a mudança do horário. Todos concordam que o Tribunal Superior Eleitoral homologou o resultado do referendo. Todos concordam que o resultado do referendo foi negativo, ou seja, a população consultada, por maioria, respondeu “não” à pergunta: “você é a favor da recente alteração do horário legal promovida no seu Estado?” Todos concordam, por fim, que o Poder Legislativo precisava de uma posição jurídica e política a fim de dar efetividade ao resultado da votação, e esta é a razão pela qual o Presidente do Congresso Nacional formulou consulta à CCJ-SF.

As divergências quanto às questões interligadas de moralidade política e fidelidade também são comuns no Direito. Juízes e juristas em geral, diante de um caso em que tenham de proferir uma decisão fundada no Direito, podem divergir sobre se a lei ou a Constituição garantem aos homossexuais, por exemplo, os mesmos direitos civis de que usufruem os casais heterossexuais.¹¹⁶ Discute-se, igualmente, de modo acirrado, se a liberdade de expressão ampara o direito de publicar livros em cujo conteúdo se possa identificar ideias antissemitas e se isso caracterizaria crime de racismo.¹¹⁷ O Supremo Tribunal Federal teve de decidir se a utilização de células tronco embrionárias – obtidas em embriões humanos produzidos por

¹¹⁵ A referência diz respeito às divergências nos processos judiciais, mas elas podem ser identificadas do mesmo modo em diferentes tipos de processos, incluindo os administrativos e o processo legislativo. Para a compreensão da referência constante aos juízes e ao processo judicial na teoria do direito como integridade, sem prejuízo de sua extensão aos outros âmbitos das práticas sociais em que a atitude interpretativa do direito se manifesta, remeto o leitor ao item 4.2 dessa dissertação.

¹¹⁶ Sobre o “casamento gay” no Brasil, como uma questão de moralidade política e de proteção de minorias, veja-se: APPIO, 2008, p. 372-385. No Supremo Tribunal Federal discutiu-se em várias ocasiões o alcance do direito à liberdade e à igualdade no que tange aos direitos civis pleiteados em decorrência da união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. Veja-se, especialmente: RE nº 477.554/AgR, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 26/08/2011; ADI 4.277 e ADPF 132, Relator Ministro Ayres Britto. No mesmo sentido: RE 552.802, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 24.10.11; RE 643.229, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11; RE n. 607.182, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15.08.11; RE 590.989, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24.06.11; RE n. 437.100, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 26.05.11, entre outros.

¹¹⁷ STF, HC 82.424/RS, Relator para o Acórdão Ministro Maurício Correia, J. 17.09.2003, DJ 19.03.2004.

fertilização *in vitro* e não utilizadas no respectivo procedimento – para fins de pesquisa científica, violava o direito à vida e à dignidade humana.¹¹⁸

Em todos esses exemplos, e outros que facilmente poderiam ser identificados no mesmo sentido, se pode verificar a presença de divergências quanto a concepções de moralidade política, porquanto é natural que as pessoas e julgadores emitam juízos de valor de acordo com suas concepções de moralidade. Segundo Dworkin (1999, p. 6) “as pessoas muitas vezes divergem quanto ao que é certo e errado em termos morais, e esse tipo de divergência não suscita nenhum problema especial quando se manifesta no tribunal”. Quando os juízes e intérpretes em geral divergem sobre tais questões, ou sobre questões de fidelidade – quanto a saber se devem seguir a lei ou reformá-la – sabemos sobre o que estão divergindo.

Contudo, verificando-se a controvérsia que se instaurou no âmbito da CCJ-SF, não se vislumbra, em princípio, divergências quanto a questões de moralidade ou fidelidade em relação às disposições Constitucionais e legais que versam sobre o referendo. Não parece haver desacordo quanto a saber se o instituto do referendo é ou não um instrumento de participação popular no exercício do poder. Não havia divergência quanto ao fato de saber se é certo ou errado submeter uma decisão do Parlamento, manifestada em forma de lei, ao crivo da população para que a confirme ou rejeite. Também não se manifestou nenhuma divergência quanto à relevância que possui a vontade popular, embora o voto em separado atribua à votação um valor meramente opinativo, e não determinante.

Nos termos em que restaram consignadas as opiniões dos parlamentares, à primeira vista poder-se-ia dizer que a divergência entre eles não tem nada de substancial, nenhum fundamento em questões de moralidade política e de concepções do Estado de Direito e de Democracia, mas apenas compreensões diferentes acerca do que o Decreto Legislativo nº 900, de 2009, que convocou o referendo, determina em seus próprios termos, quando devidamente interpretado. Seria o tipo de divergência semântica que se resolveria de modo conceitual, indagando-se o que é um “decreto legislativo” e o que é uma “lei ordinária” e se investigando se um pode revogar o outro, conforme ficou claro na fundamentação do voto do Senador Pedro Taques. Sua ótica coincide com uma visão do ordenamento jurídico concebido como um sistema escalonado de regras, aos moldes do positivismo de Kelsen.¹¹⁹ Mas na verdade o

¹¹⁸ STF, ADI 3.510-DF, Relator Ministro Ayres Britto, J. 29.05.2008, DJe 28.05.2010.

¹¹⁹ A propósito, Kelsen leciona: “Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar com estando em harmonia com uma norma do escalão superior”. (KELSEN, 2009, p. 232)

que os divide são questões mais profundas relacionadas aos fundamentos do Direito, embora isso não seja percebido por eles próprios, dado que sua percepção do direito se limita a conceber esse empreendimento como limitado ao texto legal. Como se viu, tanto um quanto o outro procuram justificar seus pontos de vista a partir da análise literal dos termos da lei, em que pese a lei não dizer nada efetivamente sobre os efeitos da consulta popular.

O Senador Sérgio Petecão se apega à lei que regulamenta o referendo (Lei nº 9.709, de 1998) para extrair dela a conclusão de que o art. 2º, § 2º, diz que o referendo possui efeitos ab-rogatórios, embora isso não esteja escrito no preceito normativo. O Senador Pedro Taques, ignorando esse Diploma Legal, apega-se estritamente aos termos do Decreto Legislativo nº 900, de 2009, para extrair dele a conclusão de que o referido ato não teve o propósito de revogar a Lei nº 11.662, de 2008, nem poderia, de onde conclui que o referendo foi meramente consultivo. Para ele, o resultado representa uma simples opinião do povo sem maiores consequências no ordenamento jurídico.

Qual seria a melhor resposta, do ponto de vista do direito como integridade, para a controvérsia de saber, diante da omissão legislativa, o que determina o resultado de um referendo? A pergunta se justifica a partir do instante em que se pode constatar que a solução apresentada pelo voto vencedor no âmbito da CCJ-SF funda-se numa concepção de direito que nega efetividade ao princípio da soberania popular, uma vez que subordina a vontade do povo, manifestada diretamente sobre uma questão específica, à vontade incerta e difusa da legislatura, implicando consequências inaceitáveis. É o que se percebe pelo simples fato de que, a pesar de haver uma manifestação de vontade inequívoca da população devidamente consultada sobre a mudança de horário, tal vontade não se tornou efetiva, ficando ao fim, sujeita a uma série de iniciativas legislativas, que embora tenham sido desencadeadas no sentido de fazer valer o resultado do referendo, acabaram por retardar a implementação da deliberação popular.

Veja-se, a propósito, que mesmo a iniciativa legislativa de autoria do Senador Pedro Taques, a qual foi resultado de acordo na CCJ-SF após a apresentação do voto dele, resultou em veto por parte da Presidência da República, o qual se encontra aguardando deliberação do Congresso Nacional. Ao mesmo tempo em que vetou integralmente o Projeto de Lei do Congresso Nacional, a Presidência da República, igualmente fundada no argumento de que sua iniciativa visava dar efetividade ao referendo do fuso horário, apresentou seu próprio projeto de lei, que se encontra em trâmite no Congresso Nacional.

Essas são circunstâncias que se poderiam considerar inaceitáveis do ponto de vista do Direito como integridade, porque demonstram que a decisão do Parlamento, negando efetividade imediata ao resultado do referendo, implicou a frustração do princípio constitucional da soberania popular e a negação do próprio instituto do referendo. Se estas afirmações puderem ser demonstradas com argumentos razoáveis, pode-se concluir que a decisão do Parlamento não passaria no teste necessário às dimensões formais e materiais da interpretação construtiva. Isto significa que se estaria em face de uma decisão que não se ajusta à nossa prática, porquanto fundada em um princípio que não pode justificar a maior parte das decisões anteriores e, ao mesmo tempo, não serve para fundamentar decisões hipotéticas no futuro. Significa também que o conteúdo dessa decisão não é aceitável do ponto de vista da moralidade política da comunidade.

5.4 A decisão da CCJ-SF satisfaz à dimensão do ajuste e adequação?

Quando o Senador Pedro Taques consigna que o Decreto Legislativo pode convocar um referendo, mas não pode subordinar o destino da lei ao seu resultado, porquanto uma lei somente pode ser modificada por outra, está dizendo, em outras palavras, que a vontade popular não se sobrepõe a vontade parlamentar. Por trás desse raciocínio está implícita a atribuição de valor absoluto ao princípio representativo, ou seja, a palavra final, em matéria de ordem normativa, é sempre do Parlamento. O povo, por mais que seja formalmente consultado, não determina o destino de uma lei, ainda que esta lei lhe atinja diretamente. A partir da ideia de interpretação construtiva, no sentido desenvolvido por Dworkin, cabe a pergunta: essa forma de interpretar o resultado de uma consulta popular mostra o instituto do referendo em sua melhor luz? A previsão constitucional de que o titular do poder é o povo, que o exerce por meio de seus representantes, ou diretamente, por meio do referendo e outros institutos de participação direta, é atendida, quando o Parlamento nega efetividade ao resultado de uma consulta? Uma resposta definitiva a essas questões, do ponto de vista do direito como integridade, pressupõe que se analisem os fundamentos da decisão sob a ótica das dimensões do ajuste e adequação, primeiramente. Depois, há que se considerar se a decisão se ajusta ao ideal de moralidade política da comunidade: o resultado dessa interpretação coincide com o ideal de uma política bem fundada? Começemos então pela análise do requisito formal, de adequação e ajuste da decisão do Congresso Nacional.

Conforme vimos no item 4.3 acima, para a teoria do direito como integridade, qualquer decisão sobre direitos precisa ajustar-se aos princípios que justificam as decisões do passado e possam justificar, em termos hipotéticos, as decisões do futuro. Nesse sentido, figurativamente, o intérprete do direito se encontra, em relação ao ordenamento jurídico, na mesma condição dos escritores do romance em cadeia. Ou seja, precisa situar-se no interior de uma prática a que não deu início, mas tem a obrigação de dar seguimento interpretando-a de modo a atribuir-lhe valor que dê sentido ao empreendimento como um todo, e não inventar uma nova história que coincida com suas convicções pessoais, a partir de pontos de vista singulares. Nesse contexto, uma decisão fundada na interpretação do direito como integridade precisa considerar devidamente os princípios que justificaram as decisões do passado, a fim de equilibrá-los com os princípios que justificam as decisões atuais, de modo coerente, fazendo do empreendimento do direito uma história dotada de sentido e portadora de valor. Isso implica que uma decisão será considerada adequada se fundada em um princípio que possa justificar a história jurídica até então desenvolvida. A partir disso, para o objeto desse estudo, convém indagar: a decisão que nega efeito ao referendo justifica-se do ponto de vista da adequação com nossa história jurídica e legislativa? É uma decisão fundada em um princípio que faz de nossa prática democrática o melhor que ela possa ser? Contribui para o empreendimento democrático, concebido como um sistema político em que o ideal de autogoverno é um objetivo que será tanto mais realizado quanto mais efetivos forem os mecanismos de controle do exercício do poder?

Dworkin diz que do mesmo modo que em nossa vida cotidiana almejamos de nossos vizinhos, no trato conosco, que ajam e se comportem de modo coerente, “segundo as convicções que permeiam e configuram suas vidas como um todo” (DWORKIN, 1999, p. 202), esperamos que o Estado, como manifestação de uma *comunidade personificada*, haja “segundo um conjunto único e coerente de princípios”, mesmo quando os seus cidadãos estejam divididos quanto à exatidão dos princípios que consideram corretos. Infere-se dessas considerações que o Congresso Nacional afasta-se do ideal de integridade política quando toma uma decisão que destoa absolutamente daquilo que justificou decisões do passado em situações semelhantes nos aspectos relevantes.

A dimensão da adequação de uma decisão resta frustrada quando se verifica que o Poder Legislativo se distancia de um paradigma sem desincumbir-se da necessária carga de argumentação que justifique a adoção de uma decisão em sentido diverso. Isso é mais grave quando a nova decisão, em essência, afirma um princípio oposto aquele em que se baseou

uma decisão do passado. Nesse sentido, o referendo do fuso horário, ao não surtir nenhuma consequência sobre a matéria que foi objeto de consulta, qual seja, a incidência da alteração da hora legal em relação ao Estado do Acre, foi interpretado pelo Congresso Nacional a partir da ideia de que esse instituto de consulta popular não implica nenhuma vinculação à atividade do legislador. Para a concepção de democracia subjacente ao voto em separado, a vontade do povo sobre uma questão que lhe diz respeito não é suficiente para revogar uma decisão do Parlamento, mesmo que este tenha tido a iniciativa de submeter o tema à consulta popular.

O problema dessa opção interpretativa é que ela afirma um princípio contrário àquele consignado em consultas anteriores, sem justificativa razoável para tanto. Com efeito, vale aqui trazer à lembrança o referendo do desarmamento, realizado em outubro de 2005, ocasião em que a população foi consultada sobre a comercialização de armas de fogo e munição no território nacional. Conforme se extrai dos termos do Decreto Legislativo nº 780, de 2005,¹²⁰ o povo deveria ser consultado sobre a seguinte questão: “o comércio de armas de fogo e munições deve ser proibido no Brasil?” De acordo com os termos do referido Decreto, se a maioria simples dissesse “sim”, a vedação do comércio de armas de fogo e munições, já prevista na Lei do Desarmamento, entraria em vigor. Cabe informar que a Lei nº 10.826, de 2003, conhecida como o Estatuto do Desarmamento, previa a proibição do comércio de armas no art. 35, mas dispôs no mesmo artigo que sua entrada em vigor dependeria da aprovação popular, mediante referendo.

O que fez o legislador, no caso do referendo do desarmamento, foi abrir mão de sua prerrogativa institucional de decidir um tema polêmico, transferindo à população o direito de tomar a decisão diretamente. Com isso, concretizou-se o princípio da democracia participativa, já previsto em termos abstratos no art. 1º, parágrafo único, combinado com o art. 14, II, da Constituição Federal. Nesse contexto, o referendo do desarmamento constituiu-se em paradigma para referendos futuros, afirmando uma norma no sentido de que o resultado da votação popular possui caráter deliberativo.¹²¹ A importância de um paradigma consiste em

¹²⁰ Disponível em:

<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=252463&tipoDocumento=DLG&tipoTexto=PUB>> Acesso em: 23 nov. 2012.

¹²¹ Aliás, vale lembrar que a Lei nº 9.709, de 1998, conceitua referendo e plebiscitos como consultas de caráter deliberativo: “Art. 2º *Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.*” (g. n.). A importância desse aspecto se manifesta quando se compara o conceito doutrinário de “referendo consultivo” com “referendo deliberativo”. Vimos no Capítulo 2. O Regime Constitucional e Legal no Referendo do Brasil, item 2.2, que o referendo consultivo é comum nos sistemas jurídicos que não adotam a figura do plebiscito. Ali, quando o Parlamento, antes de tomar uma deliberação, consulta o povo por meio de referendo, está-se diante de uma simples consulta, que não vincula absolutamente a decisão política. Outra é a situação dos sistemas jurídicos que preveem os dois institutos, como o Brasil. Aliás, no nosso país, a Lei é expressa ao conceituar o plebiscito como

que ele deve ser tratado como um exemplo concreto ao qual qualquer interpretação razoável deve ajustar-se (DWORKIN, 1999, p. 88). E a decisão do fuso horário não se ajusta ao paradigma do referendo do desarmamento. Muito pelo contrário, ela o agride. Com efeito, o princípio subjacente à decisão do Senador Pedro Taques na questão do fuso horário consiste em negar qualquer efetividade à manifestação direta da população, enquanto o princípio subjacente ao referendo do desarmamento afirmou o contrário.

Poder-se-ia argumentar que os casos não são idênticos. O referendo do desarmamento foi decorrência de uma exigência prévia constante da Lei nº 10.826, de 2003, que submeteu a vigência do art. 35, proibindo o comércio de armas e munições, à deliberação popular. Assim, o caráter deliberativo do referendo que se realizou em 2005 foi antecipadamente previsto na lei objeto da consulta. Diversamente, na lei do fuso horário, não havia previsão nenhuma de submeter sua vigência, no todo ou em parte, à deliberação popular. Aliás, este foi um dos argumentos principais do Senador Pedro Taques, ao afirmar que uma lei somente pode ser modificada por outra da mesma natureza. A objeção não se sustenta. Nada impede que o Congresso Nacional, que tem a exclusividade do poder de autorizar referendo (art. 49, XV, CF), submeta qualquer lei ou parte dela, depois de estar em vigor, à consulta popular. Se o Parlamento assim age, o faz depois de discutir a conveniência e a oportunidade de direcionar a decisão sobre o destino de uma norma aos titulares do poder.

A objeção do Senador Pedro Taques não leva devidamente em conta que a autorização de referendo por meio de Decreto Legislativo pressupõe que se observe um rigoroso trâmite legislativo, nos mesmos parâmetros em que se discute um projeto de lei ordinária, com a ressalva de que o Decreto Legislativo não depende de sanção do Presidente da República.¹²² A propósito, veja-se que o Projeto de Lei nº 305, de 2006, antes de ser convertido na Lei nº 11.662, de 2008,¹²³ foi objeto de discussão e deliberação nas duas casas do Congresso Nacional. Junto ao Senado Federal, casa de origem, passou pelo crivo das Comissões de Assuntos Econômicos, e de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. Junto à

consulta popular antes do ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe foi submetido (Lei 9.709, de 1998, art. 2º, § 1º). Contudo, se a consulta é feita depois do ato, está-se diante de um referendo. Neste caso a vontade popular determina a sorte definitiva das normas (SGARBI, 1999, p. 148-149).

¹²² Manoel Gonçalves Ferreira Filho, comparando o processo de elaboração dos Decretos Legislativos com as Resoluções do Congresso Nacional, leciona que a distinção pelo critério formal é fácil, uma vez que “O decreto é elaborado pelo processo previsto para a elaboração de leis” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 199).

¹²³ A Lei nº 11.662, de 2008, resultou da aprovação do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado Federal nº 305, de 2006, de autoria do então Senador Tião Viana (PT-AC). Na Câmara dos Deputados o referido projeto sofreu substituição pelo Projeto de Lei nº 882, de 2007, que foi transformado na Lei nº 11.662, por meio de sanção do Poder Executivo em 24 de abril de 2008, e publicada no DOU em 25 de abril de 2008.

Câmara dos Deputados, casa revisora, foi objeto de análise pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI). Também passou pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJ), que deu a redação final antes de o projeto ser submetido à sanção da Presidência da República.¹²⁴ É relevante considerar que a aprovação do Projeto de Lei nº 882, de 2007, de que resultou a Lei nº 11.662, de 2008, dispensou sua votação em Plenário, porque se tratava de matéria sujeita à apreciação conclusiva pelas Comissões (Art. 58, § 2º, I, da CF c/c art. 24, II, do RICD).¹²⁵ Ao passo que a aprovação do referendo foi objeto de deliberação plenária.

Como o Decreto Legislativo nº 900, de 2009, teve o propósito de consultar a população sobre a conveniência e oportunidade da alteração do horário já concretizada por meio de uma lei em vigor, o tema foi rediscutido no seio do Congresso Nacional, passando pelos mesmos trâmites que foram observados para a aprovação da Lei nº 11.662, de 2008. A diferença é que, desta feita, o tema foi discutido não apenas no âmbito das Comissões Temáticas, mas também no Plenário das duas Casas. É relevante a informação de que a mudança de horário, para se efetivar, pudesse ter sido objeto de apreciação definitiva nas Comissões, mas o referendo, para reverter a decisão, teve de se submeter a trâmite mais rigoroso, exigindo deliberação do Plenário das duas Casas do Congresso Nacional.¹²⁶ Se o argumento de que um Decreto Legislativo não pode revogar uma lei fosse cabível, deveria ser importante considerar que a discussão e votação do projeto de decreto foi feita de forma mais ampla que a discussão da matéria da lei. É claro que isso não afeta o caráter de legitimidade democrática da norma que alterou o fuso horário, mas contradiz o argumento de que um Decreto Legislativo se encontra numa posição de inferioridade hierárquica em relação às leis ordinárias. Sabemos que não há hierarquia entre as espécies normativas. O que as diferencia é

¹²⁴ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=349522>> Acesso em: 23 nov. 2012.

¹²⁵ De acordo com o art. 58, § 2º, I, da Constituição Federal, às Comissões Permanentes, conforme as matérias de sua competência, cabe discutir e votar projetos de lei que dispensarem a competência do Plenário, na forma regimental. O Regimento da Câmara dos Deputados, por seu turno, dispõe em seu art. 24, *caput*, que cabe às Comissões Permanentes discutir e votar projetos de lei referentes a matérias de sua competência, ressalvada a competência do Plenário. Excetuam-se os casos que o próprio Regimento especifica como de atribuição exclusiva do Plenário, tais como projetos de lei complementar, de códigos, de iniciativa popular, de matérias que não possam se objeto de delegação etc.

¹²⁶ A propósito, consulte-se o inteiro teor da tramitação do Projeto de Decreto Legislativo nº 981, de 2008, de autoria do Deputado Federal Flaviano Melo, junto à Câmara dos Deputados, disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=412236>> Acesso em: 24 nov. 2012. Junto ao Senado Federal o referido projeto se identificou como PDS 867, de 2009, cuja tramitação integral pode ser consultada em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94066> Acesso em: 24 nov. 2012.

o tipo de matéria de que cada uma trata.¹²⁷ Se fosse correta a compreensão de que o Decreto Legislativo é inferior à Lei Ordinária, faria sentido questionar por qual razão a lei – e não o decreto – possui regime de tramitação mais simples, podendo ser discutida e votada pelas Comissões, enquanto o decreto está sujeito à deliberação do Plenário.

Atente-se que o Decreto Legislativo nº 900, de 2009, foi resultado do Projeto de Decreto nº 981, de 2008, de autoria do Deputado Federal Flaviano Melo (PMDB-AC). Junto à Câmara dos Deputados passou pelas mesmas comissões temáticas que deram parecer favorável quando o tema foi objeto de projeto que resultou na Lei nº 11.662, de 2008. Ou seja, o Congresso Nacional, para convocar o referendo, partiu da reflexão necessária que se manifestou a partir da convicção de que a mudança de horário implicou sérias consequências na vida da população diretamente atingida, e que isso ensejava a possibilidade de reversão da decisão. A iniciativa de rediscutir a matéria e de submetê-la à deliberação da população está fundada na concepção de democracia em que a participação popular tem um espaço de reconhecimento e de influência em questões escolhidas pelo próprio Parlamento. Assim, uma interpretação do referendo que nega efetividade à decisão popular, sob o argumento de que um decreto não revoga uma lei, não respeita a exigência de que a instituição parlamentar seja norteada por um princípio de integridade política em suas decisões. Esse princípio exige dos legisladores “que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente” (DWORKIN, 1999, p. 213). Negar efetividade ao resultado do referendo do fuso horário sob aqueles fundamentos frustra em todos os aspectos a exigência de coerência nas decisões do Parlamento. Com efeito, o referendo do desarmamento, realizado em 2005, igualmente autorizado por meio de decreto legislativo, negou vigência ao art. 35 da Lei do Desarmamento. É irrelevante que o referido artigo, sobre cuja norma incidiu a manifestação popular, tenha sido concebido com sua cláusula de vigência suspensa até que a população decidisse se concordava ou não com a proibição do comércio de armas e munições que ele veiculava.

Independentemente de uma lei trazer em suas disposições que as normas que veicula devem se sujeitar a referendo para que entrem em vigor, o Congresso Nacional tem competência para submeter ao crivo popular, a qualquer tempo, as questões que entender convenientes. Isso sempre se dará por meio de decreto legislativo, porquanto este foi o instrumento que o Constituinte destinou para matérias que veiculem deliberações do Congresso Nacional, quando pretenda autorizar referendos ou convocar plebiscitos (Art. 49,

¹²⁷ Nesse sentido, Geraldo Ataliba considerada que “um dos grandes problemas teóricos e práticos com que se depara o estudioso do sistema jurídico brasileiro está no discernimento entre os campos de competência das diversas leis que o integram (o sistema). Importa, inicialmente, deixar estabelecido que não há hierarquia de leis, no nosso sistema. O que há é repartição (constitucional) de áreas de competência.” (ATALIBA, 1980, p. 60).

XV, CF). Uma lei que depois de entrar em vigor apresenta resultados indesejáveis em decorrência de incidir sobre aspectos ou circunstâncias que não foram previstos no curso do processo legislativo, ou mesmo em decorrência de fatos ou circunstâncias supervenientes, tanto pode ser objeto de revogação pelo próprio legislativo, por meio de lei da mesma espécie, quanto pode ser objeto de deliberação popular, por meio de referendo. O que vai determinar o meio pelo qual uma norma em vigor se retira do sistema jurídico é o juízo de conveniência e oportunidade que o legislador está autorizado a exercer sobre as matérias de sua competência.

Esse juízo crítico sobre a sua própria atividade mostrou-se especialmente claro como fundamento para que o Congresso Nacional decidisse submeter a questão do fuso horário à deliberação popular. É o que se observa no parecer da Relatora do Projeto de Decreto Legislativo nº 981, de 2008, junto à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI) da Câmara dos Deputados, Deputada Federal Rebecca Garcia. Junto a esta Comissão, a referida Deputada foi relatora tanto do Projeto de Lei que ensejou a mudança de horário, quanto do projeto que ensejou a autorização de referendo para revertê-lo. Apesar de ter sido favorável à aprovação do primeiro, quando da análise do segundo projeto esta parlamentar reconheceu que “passados pouco mais de quatro meses da vigência da lei [Lei nº 11.662, de 2008], convém refletirmos sobre os impactos da mudança”.¹²⁸

Vê-se aí que o propósito do Congresso Nacional, no processo legislativo de que decorreu o referendo, foi analisar se a mudança do horário no Acre constitui uma decisão acertada. O Congresso Nacional poderia simplesmente chegar à conclusão de que o horário deveria permanecer alterado. Seria legítimo que negasse aprovação ao projeto de decreto para realização de consulta popular se estivesse convencido de que as razões apresentadas para isso não eram suficientes. Contudo, optou por caminho diverso. Isso está evidente em considerações da CCTCI, acatadas pelo Plenário do Congresso Nacional, no sentido de que “Devemos ponderar que, com a antecipação da hora no Acre, a rotina de toda uma população teve que ser restabelecida”. Segundo a Relatora, “a questão a ser analisada é a saúde, o conforto e a segurança do trabalhador e dos estudantes no estado, que agora tem que acorda uma hora mais cedo”. Depois de considerações diversas no sentido de demonstrar a relevância da rediscussão do assunto do fuso horário, a Relatora concluiu: “Assim, julgamos que essa proposição é oportuna, na medida em que permite a avaliação, de maneira democrática e

¹²⁸ Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=78C10E41FCE8E5C72E252E3D27820530.node2?codteor=620445&filename=Tramitacao-PDC+981/2008> Acesso em: 13 fev. 2013.

transparente, de uma decisão, tomada por esta Casa e transformada em Lei, que altera a vida de toda uma população”.¹²⁹

O risco da opção interpretativa do direito a partir de seu aspecto semântico, a exemplo do que fez o Senador Pedro Taques em seu voto em separado, consiste em considerar o texto jurídico como a fonte exclusiva dos direitos. Ela representa uma visão limitada do direito, porque se apega à face externa das decisões políticas do passado, à sua extensão explícita. Assim, deixa de lado o aspecto mais relevante das decisões, qual seja, o fundo principiológico que as justificam. Quem concebe o sistema normativo como um conjunto de regras como fonte exclusiva das decisões sobre o direito é inevitavelmente levado a conclusões difíceis de justificar, quando depara com situações em que o direito posto não é claro ou é simplesmente omissivo. É o que ocorre na linha de argumentação do Senador Pedro Taques. Conforme se viu nos aspectos principais de seu voto, ele supervaloriza o sentido do termo “consulta” constante do art. 1º, *caput*, do Decreto Legislativo nº 900, de 2009, com base no que sustenta a conclusão de que o objetivo do Decreto foi apenas de consultar a população do Estado do Acre sobre a conveniência da mudança do fuso horário. Percebe-se que ele chegou a registrar, em outras palavras, que ao ser editado com o propósito exclusivo de consultar a opinião do povo, o decreto não teria nenhuma consequência sobre a atividade legislativa, pois uma opinião popular não vincula o Parlamento.

É fácil aferir a fragilidade desse argumento a partir de sua própria lógica. A primeira falha do argumento consiste em que, se ele se baseia em uma premissa verdadeira, qual seja, a premissa de que devemos compreender o que é o direito a partir do valor que atribuímos às palavras do texto legal, isso deve valer para todos os aspectos da norma. Mas não é o que se viu no processo interpretativo adotado pelo voto em separado, onde foi por completo desconsiderado outro aspecto semântico determinante do sentido da norma. Nota-se que a ementa do Decreto Legislativo nº 900, de 2009, consigna que ele “dispõe sobre a realização de referendo *para decidir* sobre a alteração da hora no Estado do Acre” (grifamos). Uma interpretação integralmente comprometida com o sentido do texto não poderia olvidar essa aparente contradição entre a *Ementa* e o art. 1º do Decreto Legislativo nº 900, de 2009.

De acordo com os artigos 5º e 7º da Lei Complementar nº 95, de 1998, que dispõe sobre a elaboração das leis, a *Ementa* explicitará de modo conciso e sob a forma de título o *objeto da lei*. O primeiro artigo disporá, igualmente, sobre o *objeto da lei* e seu âmbito de

¹²⁹ Inteiro teor do voto da Deputada Rebecca Garcia disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FE29C7658D5C28517F8F48B6AD1BC51E.node1?codteor=620445&filename=Tramitacao-PDC+981/2008> Acesso em: 23 nov. 2012.

aplicação.¹³⁰ Cabe ao intérprete, a partir da concepção literal do sistema legal, chegar a conclusões interpretativas que possam se justificar de modo coerente com o sentido do texto normativo como um todo. Assim, se uma parte estrutural do decreto diz que o referendo é *para decidir* e outra parte estrutural diz que *é para consultar*, convêm que se busque o propósito da norma em sua integralidade. Não é possível aceitar-se uma afirmação peremptória do sentido da lei com base em uma de suas partes, quando isso vai de encontro ao sentido evidente e expresso de outra parte. Assim, o voto em separado, fundado no aspecto semântico do Decreto, não está devidamente justificado com base na própria opção interpretativa que adota, pois desconsidera outra interpretação possível e igualmente defensável em termos literais.

A interpretação do direito como integridade não corre esse risco. Ela supõe que o direito é mais do que o texto legal e prega que o Estado, na acepção de uma comunidade personificada, possui princípios próprios que não se confundem com os princípios da moralidade comum, os quais Dworkin denomina de princípios de moralidade política. Eles justificam as decisões políticas do Estado como resultado de um compromisso com um conjunto de princípios que tentam tornar o conjunto de leis moralmente coerentes (DWORKIN, 1999, p. 213). A interpretação do direito como integridade possibilita a compreensão de que as pessoas são governadas não apenas por regras explícitas fixadas nas decisões políticas do passado (a legislação, notadamente), mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem (DWORKIN, 1999, p. 229).

Em termos menos abstratos, pode-se afirmar que a opção interpretativa adotada pelo Senador Pedro Taques afirma um princípio incoerente com os princípios manifestados em decisões do passado. Quando ele se apega ao sentido literal do Decreto Legislativo nº 900, de 2009, para extrair de suas disposições a proposição de que uma consulta popular não possui consequências relevantes para o processo legislativo, senão mera coleta de opinião, contraria frontalmente o princípio oposto afirmado na realização do referendo do desarmamento, o qual, igualmente autorizado por decreto legislativo, teve consequência imediata sobre o sistema normativo. Além disso, essa opção interpretativa ignora todo o histórico legislativo que antecedeu a decisão de autorizar a consulta, cujos registros demonstram o consenso dos parlamentares de que as consequências da lei do fuso horário na vida da comunidade

¹³⁰ “Art. 5º A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei.”

“Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:” (LC 95, de 1998).

diretamente atingida justificavam a realização de uma consulta, para que ela mesma dissesse de sua concordância com a referida alteração.

Quem aceita o ideal do direito como integridade vincula-se ao compromisso de tomar decisões que sejam adequadas a dar continuidade à história institucional, fazendo do direito um empreendimento harmônico e dotado de sentido. Esse ideal repudia decisões isoladas, fundadas em convicções morais particulares, que não se ajustam ao conjunto de decisões institucionais fundadas em princípios já reconhecidos e aceitos por todos como corretos. Assim, sob o ponto de vista da adequação, pode-se concluir que a decisão do Congresso Nacional em tomar o resultado do referendo do fuso horário como mera opinião popular, frustra o ideal político fundado na concepção de que o Poder Legislativo está vinculado a um dever de coerência em suas decisões. Veremos a seguir se essa decisão atende à dimensão substantiva da interpretação do direito como integridade, ou seja, analisaremos se ela satisfaz à dimensão da moralidade política.

5.5 A decisão da CCJ-SF satisfaz à dimensão da moralidade política?

Uma decisão fundada no ideal do direito como integridade, uma vez aceita como minimamente adequada¹³¹ por se ajustar às decisões do passado e ser potencialmente capaz de justificar as decisões do futuro, deverá ainda se submeter ao teste de aceitabilidade moral. Aqui, trata-se de analisar a opção interpretativa em termos substanciais, a fim de aferir se ela se justifica do ponto de vista da moralidade política. Isto significa que uma decisão, além de ser formalmente ajustada ao conjunto dos princípios que justificam a prática do direito como um todo, deve ser portadora de um conteúdo moralmente aceitável. A importância dessa dimensão é fundamental em casos nos quais há mais de uma resposta possível igualmente aprovada no teste formal de ajuste e adequação. Assim, o que vai determinar, dentre as possibilidades de resposta disponíveis, aquela que será adotada como a melhor, deverá coincidir com a resposta que seja justificável com base nos princípios de moralidade política amplamente aceitos na comunidade (DWORKIN, 1999, p. 306).

¹³¹ Segundo Dworkin (1999, p. 305), “as convicções sobre adequação vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável”. Essa exigência afasta decisões que seriam de cara consideradas absurdas, por evidentemente não serem capazes de se justificar com base em princípios aceitos pela comunidade. Isso indica que o atendimento do requisito formal da interpretação construtiva exige apenas que determinada interpretação seja aceitável. Sua adoção como resposta a um caso difícil dependerá da análise de seu valor num teste posterior, de ordem substantiva, consistente em aferir sua compatibilidade com o senso geral de moralidade política da comunidade.

Rejeitamos por inadequada a interpretação do Senador Pedro Taques, que deu ao referendo o valor de mera consulta, sem poder nenhum de vinculação da vontade legislativa. Para isso foi determinante o fato de que a opção interpretativa adotada por ele não se ajustava à exigência de integridade e de coerência com as decisões do Poder Legislativo, tomadas no passado, notadamente a decisão do referendo do desarmamento, realizado em 2005. Contudo, a fim de submeter a decisão do Congresso Nacional acerca da eficácia do referendo do fuso horário ao teste da aceitabilidade moral, vamos supor que ela não tivesse sido rejeitada. Admitamos que o referendo, da forma como foi concebido em nosso sistema normativo, autoriza que se lhe dê valor de mero instrumento de consulta. Afinal, tanto a Constituição como a Lei são omissas em definir sua eficácia. Por essa ótica, poder-se-ia dizer que a decisão do Congresso Nacional em negar eficácia revocatória à consulta popular foi formalmente adequada.

Admitamos ainda por hipótese que a decisão rejeitada pela maioria da CCJ do Senado, que dizia que o referendo possui eficácia revocatória da lei consultada, seja uma decisão igualmente adequada, por ser compatível com a abertura interpretativa da Constituição e das normas de regência dos institutos de democracia direta. Tenha-se ainda em conta que a referida opinião minoritária confere ao referendo do fuso horário a mesma eficácia conferida no precedente do referendo do desarmamento, o que satisfaz o ideal de coerência das decisões do poder público como manifestação da obra de um único autor.

É importante que fique claro que aqui tomamos ambas as decisões como adequadas apenas em termos hipotéticos, com a finalidade metodológica de demonstrar a viabilidade prática do método interpretativo do direito como integridade. Com efeito, o grande mérito desse método está em apresentar uma opção atraente para a interpretação do Direito, notadamente em casos controversos, identificados como aqueles que admitem como igualmente aceitáveis duas ou mais respostas. É nesse contexto que a análise da dimensão substancial de uma interpretação assume relevo, porque vai permitir a escolha dentre duas ou mais interpretações adequadas a que melhor justifique a prática do direito visto em sua melhor luz. A partir dessas considerações de ordem estrutural de nosso argumento, vejamos se a decisão a que chegou o Congresso Nacional sobre a questão do fuso horário permite sua justificação do ponto de vista da aceitabilidade moral. Para tanto, importa que se exponham abertamente as convicções morais em que se ampara a decisão majoritária, ou seja, a pré-compreensão normativa do autor do voto em separado.

Pedro Taques afirmou em seu voto que o Decreto Legislativo nº 900, de 2009, foi editado com o objetivo de apenas consultar a população do Acre sobre a sua opinião acerca da mudança do fuso horário, levado a efeito por meio da Lei nº 11.662, de 2008. Decorre logicamente de seu raciocínio, apegado ao aspecto semântico da norma, que uma consulta não vincula ninguém, tanto mais os representantes do povo, que depois de eleitos possuem poder para tomar todas as deliberações de interesse da comunidade. Esta afirmação interpretativa expressa a vinculação a uma teoria política que concebe a democracia representativa em termos absolutos, ou seja, conquanto os constituintes tenham previsto formas de exercício da democracia direta, por meio de referendos e plebiscitos, a palavra final sobre qual decisão política deve prevalecer em determinada questão é sempre do Parlamento. Nesse contexto, releva aferir se essa forma de interpretação do instituto do referendo mostra-o em sua melhor luz. Isto pressupõe que a opinião interpretativa do Senador Pedro Taques possua um nível razoável de consonância com o espírito de moralidade política da comunidade. A aceitabilidade moral de seu ponto de vista deve implicar, pelo menos em tese, uma concepção melhor de democracia.

A Constituição Federal foi expressa quando previu em seu art. 1º, parágrafo único, que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Aí está assumida uma opção política fundamental que prescreve um modelo de democracia em que a vontade popular, embora seja como regra manifestada por meio dos representantes eleitos, pode ser exercida diretamente pelo povo. Lamentavelmente, a Carta Política não estabeleceu em que hipóteses e sobre quais questões o povo pode se manifestar diretamente. Todavia, previu os instrumentos de consulta pelos quais essa manifestação de vontade deveria ocorrer, indicando o *plebiscito*, o *referendo* e a *iniciativa popular das leis*, o que se vê no art. 14, *caput*. A mesma Norma Fundamental deu ao Congresso Nacional o monopólio de decidir quando e sobre o quê o povo poderia exercer diretamente sua soberania, prevendo o Decreto Legislativo como o instrumento normativo adequado para autorizar referendos e convocar plebiscitos (art. 49, XV). Vê-se que o Constituinte não se manifestou sobre a eficácia dessas consultas. Assim, resta a indagação: o resultado de um referendo sobre determinada lei em vigor implica revogação da norma? A resposta a essa questão poderia ter sido dada pelo legislador ordinário, quando regulamentou o exercício da soberania popular, por meio da Lei nº 9.709, de 1998. Infelizmente ali não consta nada nesse sentido. Portanto, qualquer afirmação sobre os efeitos de um referendo em nosso ordenamento jurídico será, necessariamente, uma afirmação interpretativa. E como tal,

sensível aos princípios defendidos por quem o interpreta. “A principal característica dos princípios substantivos é que a sua escolha deve justificar-se em termos morais e políticos, não podemos defender um sistema de interpretação no direito sem prepararmos uma defesa substantiva” (SUNSTEIN, 2009, p. 127-128).

Conforme nos referimos acima, a Constituição Federal adotou o sistema político de democracia representativa, mas dispôs de instrumentos de participação popular, como o *referendo*, o *plebiscito* e a *iniciativa popular*, indicando claramente a possibilidade do exercício da soberania popular no processo político decisório. O art. 1º e seu parágrafo único, assim como o art. 14, justificam que se possa falar, como o faz Paulo Bonavides, na existência de “um fragmento normativo de democracia participativa” (BONAVIDES, 2008, p. 40). Não nos deteremos aqui a investigar a intenção dos constituintes, quando inovaram a ordem constitucional, prevendo tais institutos, uma vez que a opção teórica deste trabalho rejeita o método interpretativo com base na psicologia de grupo.¹³² De igual sorte, pouco valor daremos à opção semântica, esta que faz coincidir o direito com o sentido literal das palavras por meio das quais o legislador se expressa. Nosso interesse é aferir se a decisão do Congresso Nacional, que rejeita eficácia revocatória do referendo, justifica-se do ponto de vista da moralidade política da comunidade, a partir da interpretação construtiva do direito. É nesse sentido que analisaremos, a partir de agora, se a opção interpretativa defendida no voto em separado, conduzido pelo Senador Pedro Taques, justifica-se, em termos substantivos, ou seja, tentaremos aferir se a resposta dada é moralmente justificável.¹³³

Embora já tenha sido objeto de suficiente exposição no item 4.3, vale lembrar que a interpretação construtiva, segundo Dworkin (1999, p. 64) “é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torna-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”. Nesse sentido, importa saber que valor é atribuído ao referendo quando a ele se dá o sentido de mero ato de coleta de opinião popular, sem consequências no processo decisório do parlamento, conforme ele foi concebido no voto

¹³² Sobre a intenção do autor no processo de interpretação: (DWORKIN, 1999, p. 378-382; 2000, p. 229-234).

¹³³ Aqui nos referimos a um conceito de moralidade diverso da moral comum. Referimo-nos à moralidade política. Aquela a que Dworkin se refere como moralidade da comunidade personificada. A visão do Direito como integridade pressupõe esta ideia de *comunidade personificada*, ou seja, faz-se necessário que o Estado constitua uma entidade moral, vinculada a princípios de coerência em seus atos, assim como as pessoas, em sua vida cotidiana, estão vinculadas aos valores morais em que acreditam e que guiam as suas vidas. Contudo, os princípios que devem reger essa *comunidade personificada* não representam necessariamente os princípios individuais de pessoas ou grupos que integram essa comunidade, tampouco derivam deles. São princípios próprios que a comunidade adota, diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos enquanto indivíduos (DWORKIN, 1999, p. 208). Nisso consiste a ideia de *integridade política*, que exige integridade na legislação e na jurisdição. Assim, espera-se que os legisladores, ao adotarem suas decisões, levem em conta a necessidade de tornar o conjunto das leis moralmente coerentes (DWORKIN, 1999, p. 291).

em separado do Senador Pedro Taques. Talvez seja importante considerar que se o propósito do Congresso Nacional, ao optar pelo referendo sobre um ato seu já em vigor, fosse a simples coleta da opinião da população interessada no assunto – no caso, a população mais atingida pela mudança do horário, o povo do Acre –, teria outros instrumentos à sua disposição. Se este fosse o caso, o Congresso Nacional poderia ter lançado mão de uma pesquisa de opinião pública. Ou quem sabe realizado audiências públicas em que fossem ouvidos setores representativos da sociedade. É claro que isso poderia ocorrer se o parlamento, por meio de qualquer de seus membros, propusesse a rediscussão do tema do fuso horário, no sentido de editar uma lei que viesse a revogar a Lei nº 11.662, de 2008.

Nenhuma dessas opções alternativas criaria no povo a expectativa geral de que estaria participando do processo democrático com poder de decisão, como ocorre quando se faz consulta por meio de referendo. Veja-se, a propósito, que no caso específico do referendo do fuso horário, o Congresso Nacional previu a realização de campanha institucional da Justiça Eleitoral para esclarecer a população sobre a questão que deveria responder. Em decorrência disso, o tema tomou as ruas e foi amplamente explorado nos meios de comunicação de massa, além das inserções obrigatórias da Justiça Eleitoral, que distribuiu o tempo da propaganda de forma igual entre as duas frentes: a do “sim” (55) e a do “não” (77).

Foi repetidamente divulgado à população que votando no “sim” estaria decidindo por manter o novo horário, votando no “não” estaria optando pelo retorno ao horário antigo. O tema dividiu a opinião popular, como é comum em questões que envolvem convicções morais. A reportagem de Adailson Oliveira, no jornal televisivo “A GAZETA”, de ampla audiência no Acre, dias antes da eleição, demonstrou bem isso.¹³⁴ Um cidadão, dando sua opinião a favor do novo horário, dizia: “O povo já acostumou.”¹³⁵ A gente fica mais próximo de Brasília. Duas horas de diferença é muita coisa. No horário de verão dá três. Aí a gente já não vale mais nada né?” Outro cidadão, entendendo de forma diversa, apresentou seus motivos: “Prefiro o horário antigo. Esse horário novo é horário de louco: professor andar tomando banho de madrugada, alunos tomando banho de madrugada pra ir pra escola. Deus

¹³⁴ Nesse sentido, veja-se reportagem do Jornal “Gazeta em Manchete”, no Canal de Rede Record, reproduzido *on line* em “agazeta.net”, disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=mkr-EX_w0QA> Acesso em: 1º dez 2012. No mesmo sentido a reportagem da transmissora do SBT no Acre, disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?NR=1&v=JY61Z6fohFE&feature=endscreen>> Acesso em: 1º dez. 2012.

¹³⁵ A alusão ao fato de que “o povo já acostumou”, na opinião do entrevistado, diz respeito à circunstância de que o referendo para decidir sobre a mudança do horário foi realizado somente depois de dois anos da alteração. Com efeito, a Lei nº 11.662, de 2008, que alterou o fuso horário, entrou em vigor dois meses após sua publicação, ou seja, efetivamente o horário foi alterado em junho de 2008. O referendo, por sua vez, foi realizado em 31 de outubro de 2010, ou seja, depois de mais de dois anos. Assim, um dos principais argumentos para os adeptos do voto “sim”, a favor do novo horário, justificava-se na opinião de que parte da população já haveria se adaptado à mudança, conforme demonstra o entrevistado (vide nota 109).

deixou o horário normal para se trabalhar. Então nós tem que manter o horário de Deus.”¹³⁶ Não serão discutidos aqui os diversos argumentos que cada uma das “frentes” apresentou para justificar sua opção. O que importa é que foi dito ao povo, por meio de instituições democráticas legítimas, como a Justiça Eleitoral e a imprensa de modo geral, que o referendo era para que ele decidisse a questão do fuso horário. Não é por acaso que as opiniões da população acima referidas indicam um nível de envolvimento que somente pode ocorrer quando os participantes do discurso acreditam que suas opiniões são dotadas de algum valor no processo democrático.

Reforça esse entendimento a entrevista do Juiz de Direito Laudivon Nogueira, à época membro do Tribunal Regional Eleitoral do Acre (TRE-AC), destacado para coordenar a eleição do referendo. Ele afirmou, a título de esclarecimento à população, que “O eleitor pode votar para o ‘sim’, manter o atual horário, que é 55. ‘Não’, que é 77, ou seja, para voltar ao horário anterior. Ou votar ‘em branco’ ou ‘anular o voto’, conforme as opções da urna eletrônica.”¹³⁷ As instituições democráticas concebidas constitucionalmente, como é o caso da Justiça Eleitoral, foram claras na mensagem dada à população, no sentido de lhe informar sobre a necessidade do voto consciente e esclarecido acerca da questão que estava sendo decidida. Nesse sentido, o Tribunal Regional Eleitoral fez publicar inserções na imprensa onde deixou claro que o referendo era para que o povo decidisse sobre a mudança do horário.

Com efeito, consta em uma dessas inserções na televisão a seguinte chamada oral, com imagens:

“Referendo 2010. Ato de democracia. Você decide a sua hora. No dia 31 de outubro a votação será feita em duas urnas diferentes. Na primeira, você escolhe o seu candidato à presidência da República. Na segunda, você escolhe o melhor horário para você e para o Acre. Para permanecer com o horário atual digite 55, aperte ‘confirma’ e vote ‘sim’. Mas se você quer que volte o horário antigo, digite 77, aperte ‘confirma’ e vote ‘não’. E lembre-se: o voto é obrigatório”.¹³⁸

O Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney (PMDB-AP), quando conduziu a Sessão Plenária sobre o Projeto de Decreto Legislativo para o referendo, anunciou que se tratava de projeto que dispunha sobre autorização de referendo “para decidir sobre a alteração da hora no Estado do Acre”.¹³⁹ O discurso dos representantes do povo, tanto mais

¹³⁶ Vide nota 109.

¹³⁷ Reportagem disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=mkr-EX_w0QA> Acesso em: 1º dez. 2012.

¹³⁸ Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=K3d9cpQauJ0>> Acesso em: 1º dez. 2012. Inserção com teor similar disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=un1oLV-S4_E> Acesso em: 1º dez. 2012.

¹³⁹ Veja-se a transmissão desta parte da Sessão pela TV Senado, com fala do Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney (PMD-AP), bem como do Senador Tião Viana (PT-AC). Oportuno registrar que o Senador

quando proferidos nas instâncias institucionais e com amplo alcance popular, veiculados ao vivo pelos meios de comunicação, outro propósito não têm senão justificar a atividade parlamentar perante os destinatários das decisões políticas. Por isso, é de se esperar que o sentido das palavras que eles adotam em tais discursos, assim como o sentido das palavras que escolhem para manifestar os comandos normativos, devem coincidir com o uso ordinário das palavras. Se foi dito por diversas formas (parlamento, imprensa etc.) e por meio de diferentes agentes políticos (parlamentares, magistrados etc.) que o referendo era para “decidir sobre a alteração da hora no Estado do Acre”, não se pode esperar que depois do resultado o povo aceite sem maiores questionamentos que seu voto foi apenas uma opinião, sem consequência efetiva no processo político.

O propósito deliberativo do referendo foi tão evidente que a Justiça Eleitoral permitiu a organização de comitês representativos dos diversos seguimentos da sociedade sobre as duas opções, a que rejeitava e a que concordava com a mudança do fuso horário.¹⁴⁰ Em uma das inserções pela campanha do “não”, que defendia o retorno do horário, a chamada na televisão dizia: “Para voltar ao horário antigo, vote 77. Vote ‘não’”.¹⁴¹ Em outra inserção, que defendia a manutenção do novo horário, dizia-se: “Para não atrasar o Acre, deixe a hora

Tião Viana (PT-AC), autor do projeto que ensejou a lei de mudança do horário, ao votar pela aprovação do projeto de Decreto Legislativo para autorizar o referendo, disse que somente votava a favor porque teria sido ele o primeiro a apresentar essa matéria no Senado Federal. Em seus próprios termos, disse: “Senhor Presidente, apenas para esclarecer: esse projeto de decreto legislativo, eu, quando apresentei um projeto de lei alterando o horário do Acre para ser igual ao horário de Rondônia, do Amazonas e de outros Estados, fiz com absoluta razão técnica, segurança do que estava fazendo, e apresentei ao mesmo tempo um projeto de decreto legislativo propondo um plebiscito. Ninguém se interessou pelo andamento da matéria. Posteriormente, ninguém se posicionou contrariamente ao meu projeto de lei. E agora há um entendimento de alguns parlamentares do Estado do Acre, por uma divergência dentro do Estado, que deve haver um plebiscito. Pra mim é absolutamente natural o entendimento que tenham sobre a matéria, e que seja feito o que for a decisão do Parlamento. O meu voto será a favor do entendimento de que deva haver o plebiscito, apenas por considerar que eu fui o primeiro a apresentar essa matéria no Senado Federal”. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=yZOG5dFOxRo>> Acesso em: 1º dez. 2012. De fato, observa-se que quando o Senador Tião Viana apresentou o Projeto de Lei nº 305, de 2006, no Senado Federal, consignou que aquela proposição foi feita junto com uma proposta de Decreto Legislativo, que visava convocar plebiscito “para, democraticamente ouvir as populações interessadas sobre a alteração permanente do fuso horário”. Ele propôs que “Caso aprovada a proposta de convocação do plebiscito, esse Projeto de Lei terá sua tramitação sustada, até que a população decida sobre a questão. A concordância da população interessada ensejará a retomada da tramitação. A discordância ensejará o arquivamento”. De fato, o projeto de Decreto Legislativo convocando plebiscito foi apresentado pelo Senador Tião Viana. Contudo, por iniciativa dele próprio, foi retirado em 27 de março de 2007 e arquivado, quando ainda estava em trâmite no Senado Federal o Projeto de Lei 305, de 2006. Não é possível aferir, com base nos registros legislativos disponíveis no site do Senado Federal, a motivação do pedido de arquivamento da proposta de plebiscito. Informação disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=45451&tp=1>> Acesso em: 1º dez. 2012.

¹⁴⁰ Matéria nesse sentido disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?NR=1&v=JY61Z6fohFE&feature=endscreen>> Acesso em 1º dez. 2012.

¹⁴¹ Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=o4XzpRCsJJc>> Acesso em: 1º dez. 2012.

como está. Vote ‘sim’, 55!’¹⁴² Tudo isso demonstra que o espaço público foi ocupado pelas diversas manifestações populares em que as opiniões divididas foram expostas e discutidas amplamente.

O povo foi às urnas para decidir o fuso horário com a mesma convicção de que, na mesma data, também estava decidindo o nome de quem governaria o país, como de fato decidiu.¹⁴³ Em decorrência de tudo isso, foi levado a crer que depois de todo o processo estava finalmente decidindo o destino do horário que havia sido alterado pela Lei nº 11.662, de 2008.¹⁴⁴ Acreditou a população que sua decisão teria valor imediato. Imaginou que havia de fato participado de um processo democrático, no qual sua vontade seria levada em conta de modo perceptível em sua vida prática. Se depois o Estado diz, por meio dos representantes, que o referendo não tem efeitos sobre a norma, é de se indagar se o Estado, como uma comunidade personificada, não está infringindo um princípio elementar de moralidade política que exige que ele fale como se tivesse uma única voz, ou seja, de modo coerente.

A violação aos princípios de moralidade política da *comunidade personificada* fica ainda mais evidente quando se sabe que o processo eleitoral para a realização do referendo custou aos cofres públicos a importância de R\$ 1.078.000,00 (um milhão e setenta e oito mil reais).¹⁴⁵ Pode o Estado se dar ao luxo de gastar tão expressiva soma para simples exercício de retórica, sem nenhum propósito substancial? Democracia custa caro. Todos concordam com isso. Realizar uma eleição a preços milionários com toda a estrutura necessária a assegurar a legitimidade do processo eletivo é coisa com que todos estão acostumados. Com o quê não se está acostumado é com o dispêndio de recursos milionários para um processo decisório que ao fim não é levado a sério pelo Parlamento. É nesse sentido que se pode afirmar que a opção

¹⁴² Inserção disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?feature=endscreen&v=G6LlwTyhZF8&NR=1>> Acesso em 1º dez. 2012.

¹⁴³ O referendo do fuso horário foi decidido concomitantemente ao segundo turno das eleições gerais de 2010, ocasião em que o povo brasileiro escolheu o nome do Presidente da República.

¹⁴⁴ Segundo o TRE do ACRE: “Com 100% das urnas apuradas, os eleitores do Acre decidiram pelo retorno do fuso horário antigo, de duas horas de diferença em relação a Brasília. A Frente 77, contrária ao horário atual, recebeu 184.478 votos (56,87%), enquanto a Frente 55, favorável a manutenção do fuso horário, recebeu 139.891 (43,13%) dos votos válidos. A abstenção foi de 28,61% dos votos.” Disponível em: <<http://www.tre-ac.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos>> Acesso em: 1º dez. 2012.

¹⁴⁵ De acordo com as declarações do Juiz de Direito Laudivon Nogueira, membro do TRE-AC, em entrevista ao telejornal do SBT no ACRE. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=JY61Z6fohFE>> Acesso em: 1º dez. 2012. O mesmo teor foi reproduzido em outros meios de comunicação, como o “Blog da Amazônia”: “No ano passado, a Justiça Eleitoral gastou mais de R\$ 1 milhão com a realização de um referendo no Acre, quando os eleitores decidiram pela mudança do fuso horário. Porém, a Rede Globo e a Rede Amazônica de Televisão até agora não se conformaram com o resultado.” Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/blogdaamazonia/blog/2011/02/18/globo-tenta-impedir-fuso-horario-escolhido-em-referendo-no-acre/>> Acesso em: 1º dez. 2012.

interpretativa adotada pelo Senador Pedro Taques agride, em termos substanciais, o senso de moralidade política da *comunidade personificada*.

A ideia de moralidade política, como manifestação de princípios a que está vinculada a *comunidade política personificada*, exige que as decisões do Estado sejam representativas desse compromisso com justificação e coerência das opções interpretativas que adota. Nesse sentido, conceber o referendo como mero instrumento de consulta popular, sem nenhuma consequência para o processo político decisório, frustra o propósito desse instrumento em seu sentido mais elementar, o de deliberação direta. Um pensamento que dá ao referendo o sentido de simples pedido de opinião esvazia de conteúdo o instituto. A função do intérprete da Constituição é atribuir sentido a suas cláusulas, contribuindo para o aperfeiçoamento da democracia e para a afirmação do caráter normativo da Lei Maior. Esta afirmação é sem dúvida uma opinião interpretativa, fundada numa concepção de democracia que dá à manifestação popular o *status* de instância de controle do poder político.

Certamente colide com a concepção de democracia externada no voto em separado do Senador Pedro Taques. Para os congressistas o exercício de seu poder não se submete ao controle direto do povo. Mas se isso é verdade, pergunta-se: qual é o valor que se atribui aos instrumentos de participação direta, que o Constituinte consagrou como direitos políticos fundamentais? Ora, “referendo” é apenas uma palavra, ou é um conceito realmente útil? Quando em 2005 o povo brasileiro, em referendo sobre o art. 35 da Lei nº 10.826, de 2003, disse “não” à proibição do comércio de armas de fogo e munição, essa decisão popular teve o efeito imediato de obstar que a referida norma – que proibia tal comércio –, entrasse em vigor. O referendo, aí, foi mais que uma simples palavra. Foi um conceito realmente útil, dotado de efetividade e conteúdo. Criou-se um precedente que fixou um paradigma de controle popular sobre uma específica decisão do Parlamento. Por qual razão, um referendo sobre outra matéria não teria o mesmo desfecho? Pior: por qual razão um referendo teria o seu propósito frustrado?

A ideia de integridade assume a ambição de contribuir para a constituição de uma comunidade de princípios (DWORKIN, 1999, p. 291) e é um princípio relevante para quem aceita esse ideal que uma interpretação se ajuste aos paradigmas firmados no passado, por ser isso uma exigência de coerência, ao lado da exigência da justiça e da equidade. Qualquer interpretação plausível da prática jurídica deve ajustar-se aos paradigmas, pois são eles que fixam princípios para as decisões futuras (DWORKIN, 1999, p. 88). Isso não quer dizer que um paradigma não possa ser quebrado. Contudo, exige-se que uma nova interpretação seja

capaz de demonstrar que é melhor que a anterior, ou que a anterior é resultado de um equívoco (DWORKIN, 1999, p. 89). O contrário disso implica iniquidade, pois outra coisa não há quando se dá tratamento diverso a questões essencialmente idênticas sem justificativas moralmente defensáveis.

Não tendo havido nenhuma alteração circunstancial relevante que justificasse nova interpretação do instituto do referendo em nosso ordenamento constitucional, é fora de propósito o entendimento de que sua eficácia não é mais que uma simples opinião. Nesse sentido, o menosprezo do Congresso Nacional à vontade popular é a negação da possibilidade de participação do povo no processo político decisório. A repercussão jurídica e política dessa opção interpretativa fixa para futuras decisões consequências inaceitáveis do ponto de vista democrático. Retira do povo o direito político de efetivamente influir em questões que lhe digam respeito e de eventualmente contribuir para a correção de distorções do sistema representativo. É uma interpretação que esvazia de conteúdo a norma constitucional e, ao mesmo tempo, frustra o princípio de integridade na legislação, o qual exige que o Estado, em suas decisões, aja como se tivesse uma única voz (DWORKIN, 1999, p. 263).

O Senador Pedro Taques, em seu voto em separado, indica ser adepto da compreensão que acredita que a opinião do povo é importante, mas não para tomar decisões por si mesmo. Estas cabem somente aos representantes. Para além de contrariar expressamente os comandos constitucionais que preveem formas de exercício da democracia participativa, por meio de decisões diretas da população, o argumento se mostra incoerente no seguinte sentido: se o povo não é apto a decidir por si mesmo uma questão específica que lhe diz respeito diretamente, é possível deduzir que também não é apto para escolher aqueles que, em lhe substituindo, tomarão as decisões em seu lugar, presumivelmente com maior margem de acerto.

CONSTANT (2007, p. 63) discorrendo sobre os princípios de política aplicáveis a todos os governos, indaga se os governos são, necessariamente, menos propensos a erros que os governados. No sistema representativo, a reflexão sobre esse aspecto é de suma relevância, uma vez que nem sempre, ou pelo menos não necessariamente, a sansão do povo na escolha de seus governantes significa um preparo exclusivo destes para o exercício do poder. Do contrário, tomar-se-ia o povo como sábio apenas no momento culminante da prática democrática – as eleições – ignorando-se a sua capacidade de autonomia para decisões posteriores em questões que lhe afeta diretamente.

Calha bem, a propósito, o que este autor pensa a respeito:

“Assim, por um tipo ou outro de prodígio [7I], esse populacho ignóbil, ridículo, degradado e estúpido, que não sabe se comportar e necessita de infundável orientação, subitamente se torna iluminado por um único e irreproduzível momento no qual pode nomear ou aceitar seus líderes, retornando de imediato ao estado de cegueira e ignorância.” (CONSTANT, 2007, p. 113).

É nesse sentido que se pode dizer que o raciocínio expresso no voto em separado na CCJ do Senado incorre em petição de princípio, porque pressupõe que o povo, no momento das eleições, é dotado de sabedoria e capacidade para escolher seus representantes, mas depois se torna uma massa irracional. Habermas chama atenção para esse equívoco da concepção *liberal-conservadora* do princípio representativo que vê racionalidade na política organizada do Parlamento, mas não na opinião do povo. Para ele, “é contraditório, do ponto de vista normativo, defender a racionalidade, contrapondo-a à soberania popular, pois, se a opinião dos eleitores é irracional, também o será a escolha dos representantes!” (HABERMAS, 2001, Vol. II, p. 272).

É nessa perspectiva que se pode conceber o referendo como um instrumento de correção das distorções do governo representativo. Dar ao referendo uma interpretação que tenha alguma consequência é uma exigência da integridade e um apelo à moralidade política implícita nas regras constitucionais. Com efeito, não se justifica, em termos morais, que o Estado gaste importâncias milionárias de recursos públicos em um empreendimento de consulta, despendendo esforço humano, envolvendo intensamente as instâncias democráticas, como a Justiça Eleitoral, a imprensa e a comunidade, para ao final, diante do resultado da votação, dizer simplesmente “isso não nos interessa”. Posturas interpretativas como essas que predominaram no Congresso Nacional sobre o referendo do fuso horário no Estado do Acre vão de encontro ao ideal de normatividade da Constituição Federal. Ora, se a Constituição é uma lei, e é,¹⁴⁶ suas normas devem ser dotadas de consequência, são portadoras de conteúdo. Não pode o intérprete ignorar esse fato e justificar suas opções interpretativas furtando-se ao dever de dar sentido ao que foi concebido pelo Constituinte, porque desse modo fará da Constituição Federal lei nenhuma. Ou se interpretam os institutos de participação popular de modo a dar-lhes consequência útil, que contribua para o aperfeiçoamento da democracia, ou se assume que nossa Constituição, nesse sentido, é muito menos que nominal, é meramente

¹⁴⁶ “Muito embora o problema da interpretação constitucional tenha produzido uma avalanche de teorias complexas e, algumas vezes, escassamente ‘digeríveis’, a questão é, por um lado, muito simples. Todos concordam que a Constituição é lei. Sendo assim, encontra-se acima da política. Os funcionários públicos, todos eles – quer democratas, republicanos ou de outra filiação – devem acatá-la. A Constituição não significa o que determinadas pessoas querem que ela signifique; caso contrário, não seria lei alguma” (SUNSTEIN, 2009, p. 117).

semântica.¹⁴⁷ E se assim é, não se pode dizer que o Brasil se constitui em uma democracia em que o poder emana do povo, com possibilidade de participação direta. Tal promessa é um engodo.

Quem aceita o ideal da integridade repudia interpretações que levam a conclusões absurdas, como essas que esvaziam de conteúdo o referendo, retirando qualquer sentido que pudesse ser atribuído à norma constitucional. Enquanto nossos congressistas se perdem no jogo de interesses pouco esclarecidos, que embalam decisões casuístas e destituídas de princípios, o povo nas ruas se pergunta por qual razão foi consultado. Aqui está um dos aspectos mais importantes em questões substanciais de moralidade política: o que se decide, em matéria de interpretação do direito, precisa ser capaz de se justificar publicamente em princípios morais que possam ser aceitos pela comunidade a quem se destinam as decisões. Nesses termos, qual é a explicação que se pode dar ao povo que o convença de que não foi vítima de um engodo? Que justificativas morais nossos congressistas podem nos oferecer que sejam capazes de nos convencer de que por trás da decisão do Congresso Nacional – tanto da que mudou o horário no Acre quanto da que negou eficácia ao referendo – não se encontra em atuação um *poder invisível*? Sabemos, com Loewenstein, que “o manipulador dos fios que nos bastidores move as marionetes no cenário segundo a sua vontade é um fenômeno onipresente no processo do poder” (LOEWENSTEIN, 1970, p. 37, tradução livre). Ou se dá à interpretação do referendo uma consequência democraticamente útil, ou se corre o risco da desconfiança popular sobre a sinceridade de propósitos de nossos representantes.

A opção interpretativa adotada pelo Congresso Nacional esvaziou por completo qualquer pretensão de eficácia que se pudesse extrair do referendo. Observadas as respectivas diferenças, é similar ao que fez o Supremo Tribunal Federal em relação ao Mandado de Injunção. A Constituição Federal foi omissa quanto ao alcance da decisão nessa ação constitucional. Este fato deu ensejo a diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto.

¹⁴⁷ A ideia de constituição semântica é trabalhada por Loewenstein, o qual, em face do crescente papel que têm desempenhado as constituições escritas na realidade sócio política moderna, afirma que as constituições se classificam, ontologicamente, em “constituições normativas”, “nominais” e “semânticas”. As constituições normativas fazem coincidir a realidade constitucional com a realidade sócio política. Aí as promessas constitucionais se cumprem porque encontram respaldo cultural, social, econômico e político para a sua efetividade. As constituições nominais são as que preveem normas que não se ajustam inteiramente aos pressupostos sociais e econômicos para o seu cumprimento. A maior parte das disposições são promessas bem intencionadas, mas as metas são ainda inatingíveis. Já as constituições semânticas são as que, em vez de servir à limitação do poder, servem apenas de instrumento de justificação de discursos democráticos para perpetuar o sistema de dominação de quem detém o poder de fato. O autor reconhece a evolução do constitucionalismo em alguns países da América do Sul, onde inclui o Brasil, que têm passado de constituições semânticas para constituições nominais. Para uma visão detalhada desses conceitos: (LOEWENSTEIN, 1970, p. 216-222).

Sergio Fernando Moro faz uma síntese dessas correntes, valendo destacar a decisão do Supremo Tribunal no Mandado de Injunção 107-3,¹⁴⁸ em que a Corte definiu sua eficácia em termos bastante restritos, atribuindo a mesma eficácia que o constituinte conferiu à Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Isso consiste em simplesmente cientificar o Congresso Nacional acerca da omissão, para que adote as providências necessárias. A maior crítica que se fez a essa opção interpretativa do Supremo em relação ao Mandado de Injunção – e que se aplica perfeitamente à opção interpretativa que o Congresso Nacional deu ao referendo do fuso horário –, consiste em que, “com julgados dessa espécie, o Supremo esvaziou a utilidade do mandado de injunção” (MORO, 2004, p. 98). Ora, se o mandado de injunção visa dar efetividade a um direito que não pode ser exercido porque o legislador está em mora, uma decisão que se limita a cientificá-lo disso e nada é a mesma coisa, porque não o obriga a legislar.

A estabilidade dessa interpretação inicial dada pelo Supremo ao mandado de injunção foi sutilmente enfraquecida em decisões posteriores, com a inserção de novos fundamentos que se julgavam mais acertados, embora ainda longe de mostrar o instituto em sua melhor luz. É o que se vê no julgamento dos Mandados de Injunções nº 283¹⁴⁹ e 232¹⁵⁰. Em ambos os casos o Supremo avançou, porque reconheceu a mora legislativa, deu prazo para o Congresso ultimar a edição da lei e conferiu o direito pleiteado, caso esgotado o prazo sem que o Legislativo editasse a lei pertinente. Certamente um avanço, mas ainda assim, a prestação não foi conferida como decorrência automática da declaração da mora legislativa. O Supremo não deu à ação natureza mandamental e efeitos concretos, suprindo a omissão legislativa para o caso, como parecia ser o propósito do mandado de injunção. Nesse sentido, apesar do avanço, o instituto continuou destituído do conteúdo, e não passava de um simples *apelo ao legislador*.¹⁵¹

¹⁴⁸ MIQO 107-3/DF, rel. Min. Moreira Alves, un., DJU 21.09.1990.

¹⁴⁹ MI 283-5/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, maioria, DJU 14.11.1991. Nesta ação o impetrante visava que lhe fosse assegurada a reparação econômica prevista no art. 8º, § 3º do ADCT, que dependia de regulamentação em lei, ainda não sancionada pelo Poder Executivo.

¹⁵⁰ MI 232-1/RJ, rel. Min. Moreira Alves, maioria, DJU 27.03.1992. Nesta outra ação, uma entidade beneficente de imunidade tributária prevista no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, pretendia se beneficiar da referida imunidade, mas não podia porque até então o Congresso Nacional não teria aprovado a lei que deveria regulamentar o exercício de tal direito.

¹⁵¹ A expressão *apelo ao legislador* provém da doutrina e jurisprudência alemã. Segundo Gilmar Mendes: “A própria designação *“Appellentscheidung”* (*decisão de apelo; apelo ao legislador*) não expressa conceito unívoco da doutrina. Designa-se *“Appellentscheidung”* a decisão na qual o Tribunal reconhece a situação como *“ainda constitucional”*, anunciando a eventual conversão desse estado de *constitucionalidade imperfeita* numa situação de *completa inconstitucionalidade*. Alguns autores utilizam a denominação *“Appellentscheidung”* também para designar as decisões da Corte Suprema que declaram a inconstitucionalidade da norma sem, no entanto, pronunciar a sua nulidade” (MENDES, 2007, p. 404). Em todo o caso, trata-se de decisões exortativas, que não vinculam a atuação do Parlamento, embora, na prática, tenham um grande poder de constrangimento moral.

A “virada jurisprudencial” ocorreu a partir de agosto de 2007, quando do julgamento do Mandado de Injunção 721-7/DF,¹⁵² em que se pretendia aposentadoria especial de servidor, cujo exercício dependia de lei regulamentando o disposto no art. 40, § 4º, da Constituição Federal. A partir daí, o Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento até então conferido ao mandado de injunção, que se limitava a declarar o legislador em mora. Foi quando fez a pergunta fundamental, que bem poderia ter sido feita desde os primeiros julgamentos, revelada neste excerto do voto-vista do Ministro Eros Grau: “... a questão que se coloca é a seguinte: presta-se, esta Corte, quando se trate de apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia?”¹⁵³ Foi nessa ocasião que a Corte percebeu haver chegado a hora de rever suas opções interpretativas sobre o tema.

A evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal em relação ao mandado de injunção mostrou que os princípios que justificaram suas decisões no passado eram equivocados. Levavam a resultados inaceitáveis, porque esvaziava de conteúdo a norma constitucional concebida para assegurar o gozo de direitos e liberdades constitucionais, muitos deles fundamentais.¹⁵⁴ O erro da Corte situava-se na dimensão substancial da moralidade política. Pode-se dizer que sua opção interpretativa era ruim, porque fundada em princípios que não serviam para mostrar em sua melhor luz a concepção democrática que orientou a Constituição Federal de 1988 em sua integralidade. O propósito maior da Carta Política de 1988, depois de um regime de exceção palmilhado de mazelas e agressões a direitos humanos,¹⁵⁵ foi colocar o

Assim, segundo Gilmar Mendes, “O peculiar significado que os órgãos estatais – e a opinião pública – atribuem aos pronunciamentos da Corte Constitucional asseguram às *Appellentscheidungen* eficácia comparável a qualquer outra decisão de índole *mandamental* ou *cassatória*” (MENDES, 2007, p. 424). Por esse prisma, talvez a expressão utilizada no voto do Ministro Marco Aurélio deva ser compreendida em seu sentido comum, e não como uma referência à técnica de decisão da Corte Constitucional alemã.

¹⁵² MI 721-7/DF, rel. Min. Marco Aurélio, unânime, DJe 29.11.2007.

¹⁵³ Cabe registrar que de há muito, como voto vencido, o Ministro Marco Aurélio já defendia a efetividade do mandado de injunção, como fez no MI 232-1/RJ, quando já dizia que mais cedo ou mais tarde o Supremo teria de caminhar para o empréstimo do verdadeiro alcance do inciso LXXI do artigo 5º da Lei Básica: “Teremos de atentar para o objetivo, a *mens legis* da norma constitucional, que outro não é senão tornar eficaz um direito previsto na Carta”. Nesta outra passagem ele foi ainda mais enfático ao dizer que “o mandado de injunção tem um desfecho concreto, não implica simplesmente em uma vitória de Pirro para o Impetrante” (MI 232-1/RJ, p. 49-51).

¹⁵⁴ Um bom exemplo de um direito fundamental cujo exercício dependia de lei regulamentadora foi a reparação econômica concedida aos cidadãos que foram impedidos de exercer atividade profissional em decorrência de portarias reservadas do Ministério da Aeronáutica (ADCT, art. 8º, § 3º). Isto foi objeto do MI 283-5/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence. O direito de greve dos servidores públicos, igualmente considerado um direito fundamental, cujo exercício dependia de regulamentação específica (art. 37, VII, CF), embora buscado desde 1994 (MI 20-4/DF, rel. Min. Celso de Mello), somente em 2007 foi concedido pelo STF, que em face da reiterada omissão do legislador resolveu aplicar aos servidores públicos as regras de greve vigentes para os trabalhadores em geral (Lei 7.783, de 1989), conforme se vê no julgamento do MI 712-8/PA, rel. Min. Eros Grau.

¹⁵⁵ A propósito de violações a direitos humanos, ocorridas desde 1946, mas notadamente no período de 1964 a 1985, veja-se que foi editada a Lei nº 12.528, de 2011, criando a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas naquele período.

cidadão como centro, razão e fundamento do sistema político. Para isso reconheceu-lhe, com eficácia imediata, uma série de direitos civis e políticos.¹⁵⁶ Muitos deles dependentes de regulação do legislador ordinário. É nesse contexto que se concebe o mandado de injunção, como garantia de efetividade desses direitos, quando o legislador deixar de produzir as leis necessárias ao seu exercício.

A dimensão substancial da interpretação do direito exige que se atente para os princípios políticos usados para justificar a legislação (DWORKIN, 2010, p. 26-27). Uma boa interpretação há que considerar o aspecto moral da prática do direito, há de indagar sobre o que a justifica, investigar quais valores e propósitos fazem dela uma opção atraente. É nesse sentido que o intérprete deve atribuir valor e propósito à prática, de modo a poder justificá-la no âmbito de uma comunidade que se rege por princípios. Por isso, uma interpretação do mandado de injunção que em vez de efetivar os direitos constitucionais concretamente, prejudicados por omissão do legislador, limita-se a declarar esta omissão sem nenhum efeito prático, é uma interpretação que não se justifica moralmente com base nos princípios subjacentes às normas constitucionais, focadas sob o seu melhor ângulo.

Parece ser uma exigência da moralidade democrática, no marco da sociedade estatal contemporânea, que o Poder Judiciário, notadamente a Corte Constitucional, é concebida como instituição de controle do exercício do poder político. Dizer, como disse o Supremo reiteradas vezes, que não poderia conferir concretamente um direito prejudicado por omissão legislativa porque isso implicaria assumir o papel de legislador, ferindo a independência e harmonia dos poderes, é uma postura moral inaceitável porque contraria o propósito e a ideologia democrática, na qual o Poder Judiciário é concebido como instância garantidora de direitos, sem os quais não pode prosperar o empreendimento da democracia. Assim, ao mudar seu entendimento sobre o mandado de injunção, conferindo-lhe o status de autêntica ação mandamental, aceitou princípios condizentes com a moralidade político-democrática que justificou a sua previsão constitucional.

Quando o Congresso Nacional deu ao referendo do desarmamento, em 2005, eficácia revocatória de norma editada pelo Parlamento, e agora em 2010, diversamente, afirma que o

¹⁵⁶ A Constituição Federal foi expressa em imprimir aos direitos e garantias fundamentais eficácia imediata, conforme decorre do art. 5º, § 1º, que diz: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ao lado disso, previu diversos instrumentos para tornar efetivos direitos de proteção do cidadão contra abusos e omissões do Estado: direito a mandado de segurança, habeas corpus, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, direito de petição etc. Tudo parece evidenciar que o Constituinte foi inspirado por busca de normatividade da Carta Política. É nesse contexto que se insere o mandado de injunção, atribuindo ao Poder Judiciário a função de suprir a omissão legislativa, concretamente, quando um direito ou uma liberdade assegurados dependerem de leis que o legislador, por má-fé ou negligência, deixe de editar.

referendo não pode revogar uma lei, mesmo tendo sido esta a razão evidente de sua autorização, adota na atualidade uma interpretação ruim. Não porque isso represente apenas um retrocesso em face de suas decisões do passado, mas sobretudo porque representa fidelidade a uma concepção de moralidade democrática incompatível com os princípios que justificaram a adoção do referido instrumento pelo constituinte. Com efeito, conforme leciona Loewenstein (1970, p. 27, tradução livre),¹⁵⁷ “O núcleo de todo ‘sistema político’ reside nas ideologias, instituições e técnicas que entram em jogo no marco da sociedade estatal, com o fim de obter, exercer e controlar o poder político”. Nas democracias representativas o poder político é exercido pelos representantes, em regra. Apesar disso, alguns sistemas adotam alternativas de exercício de controle do poder, por meio da instituição de mecanismos específicos. Nesse contexto, o referendo é concebido como instrumento democrático com dupla finalidade: de possibilitar maior índice de democracia em questões específicas, bem como de controle de distorções dos representantes. Portanto, uma interpretação que lhe retira a eficácia frustra o seu propósito ideológico democrático.

É claro que não se pode alimentar a ilusão de que o ideal democrático, identificado com o aumento do índice de participação popular nas decisões do Estado, vá ser alcançado pela simples previsão de instrumentos de participação na Constituição Federal. A ausência de uma regulamentação clara acerca da efetividade dos instrumentos de participação popular é o típico caso de omissão legislativa propositada, voluntária. Conforme anotou Bruno Batista da Costa Oliveira, em trabalho de dissertação de mestrado apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, “preveem-se os institutos de participação popular direta na ordem constitucional, mas de forma a adequá-los aos interesses do estamento político, propositadamente impõem-se disciplinas rigorosas, ou que esvaziam os métodos de qualquer utilidade ou viabilidade” (OLIVEIRA, 2010, p. 15). Esse tipo de constatação impõe exatamente que se dê ao instituto do referendo uma interpretação consequente, atribuindo-lhe sentido, valor e conteúdo que possam justificar a prática democrática em sua melhor luz, onde a participação popular deve ter papel relevante.

Além de todas as razões já indicadas visando demonstrar que a opção interpretativa do Congresso Nacional é de má qualidade – porque se funda em princípios incompatíveis com a melhor visão de democracia representativa –, a decisão que nega eficácia ao referendo é moralmente inaceitável porque institui um paradoxo frustrante para a democracia. E o

¹⁵⁷ “El núcleo de todo ‘sistema político’ – (...) – yace en las ideologías, instituciones y técnicas que entran en juego en el marco de la sociedad estatal, con el fin de obtener, ejercer y controlar el poder político.” (LOEWENSTEIN, 1970, p. 27)

paradoxo consiste em que, se o referendo é uma forma de exercício direto da soberania popular, de que modo essa soberania poderia ser efetivada se o que foi decidido pelo povo ficará sujeito à deliberação posterior de seus representantes? Certamente o resultado da interpretação vencedora no Congresso Nacional gera mais perplexidades que soluções. Perplexidades que são visíveis empiricamente neste caso. Conforme vimos no primeiro capítulo, a decisão da Comissão de Constituição e Justiça ensejou a proposição de diversos projetos que tramitam paralelamente, todos se dizendo comprometidos em dar efetividade à decisão do referendo. Contudo, para nada têm servido essas soluções senão para retardar em mais de dois anos o retorno ao horário antigo, pelo qual optou a população consultada.

A perplexidade chegou ao ponto de um Senador da República, a pretexto de resolver o que ele mesmo chamou de polêmica, propor um projeto de decreto legislativo convocando plebiscito para decidir novamente a questão, desta feita, nas eleições de 2014, incluindo os Estados do Amazonas e Pará.¹⁵⁸ É inacreditável. Já vimos no item 2.1 que a Lei nº 9.709, de 1998, conceituou plebiscito como tipo de consulta que se dá antes da decisão legislativa. No caso, o fuso horário já foi objeto de decisão do legislador, quando editou a Lei nº 11.662, de 2008. E sobre a aceitação ou não das alterações do fuso horário decorrentes dessa lei, o povo do Acre já se manifestou em referendo. Com que propósitos, a essa altura dos acontecimentos, se submeteria ao povo novamente a pergunta sobre seu entendimento acerca da mudança de horário? A proposta de realização de plebiscito é juridicamente monstruosa e democraticamente inaceitável – e por isso não pode ser defendida com seriedade por muito tempo –, porque ignora que o processo de consulta já foi feito e não resolveu o problema da efetividade do que ali foi decidido.

Uma simples leitura dos termos do projeto do Senador Aníbal Diniz¹⁵⁹ demonstra que ele é omissos quanto aos efeitos da votação, de modo que pra nada vai servir senão para ampliar o âmbito das controvérsias, como se as que foram criadas pelo Congresso em torno dessa questão já não fossem suficientes – além de mais gastos públicos, evidentemente. O despropósito da medida é manifesto na própria justificativa do projeto, quando o Senador afirma que o plebiscito vai “permitir que o Congresso Nacional tome a melhor decisão sobre a alteração dos fusos horários adotados na Região Norte do país, de acordo com a vontade da população.” Isso é um contrassenso, não só porque ignora que a questão, a quem interessava –

¹⁵⁸ Trata-se do Projeto de Plebiscito do Senador Aníbal Diniz (PT-AC), já referido no item 1.3.

¹⁵⁹ O inteiro teor do Projeto de Decreto Legislativo nº 77, de 2012, está disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=104659> Acesso em: 29 ago. 2012.

o povo do Acre – já foi objeto de decisão popular, mas porque sinaliza a falsa promessa de que o Congresso Nacional vai tomar sua decisão com base no que decidir a população. Por que o faria depois de um plebiscito, se não o fez depois de um referendo? Como? Quando? De que modo? Curioso é que a proposta se estende simultaneamente a três Estados da Federação, ignorando que no caso do Amazonas e Pará seu fuso foi alterado apenas em alguns pequenos municípios localizados na parte mais ocidental da Amazônia, onde não se localiza o maior contingente populacional. Como se justifica um plebiscito em todo o Estado, com poder de voto decisivo de populações que não foram em nada afetadas pela Lei nº 11.662, de 2008, como as capitais Belém e Manaus? Não é o caso do Acre, único Estado inteiramente afetado pela mudança de horário. Isso reforça o caráter inconsequente da proposta de plebiscito, notadamente porque a proposta é omissa quanto ao peso relativo da votação em cada Estado. Tendo o Acre um contingente populacional diversas vezes menor que as populações do Amazonas e Pará juntas, mesmo que 100% de seus eleitores sejam contra ou a favor da Lei nº 11.662, de 2008, a decisão será o que se apurar nos Estados majoritários, evidentemente.

Enfim, já foi dito reiteradamente que a ideia de interpretação construtiva consiste em atribuir propósito ao objeto da interpretação de modo a lhe dar sentido, fazendo dele o melhor exemplo possível da prática que ele representa. Nessa perspectiva, impõe-se a avaliação de uma opção interpretativa sob duas dimensões, a do ajuste ou adequação, bem como a dimensão da aceitabilidade moral. A primeira dimensão afasta decisões manifestamente inconcebíveis, tidas como tais as que se fundam em princípios incompatíveis com a prática do direito e que não servem para respaldar decisões futuras. A segunda situa-se no âmbito da moralidade política. Possui natureza substancial, ou seja, pressupõe juízos valorativos fundados em concepções de moralidade. Para ser mais específico, uma decisão será moralmente aceita se decorrer de princípios de moralidade pessoal ou política capazes de oferecer a melhor justificação de outras decisões tidas como justificadas na prática jurídica contemporânea (DWORKIN, 2010, p. 22). Sob essa perspectiva, convém analisar se a opção interpretativa adotada no voto minoritário do Senador Sérgio Petecão se justifica do ponto de vista da interpretação do direito como integridade.

O Senador Sérgio Petecão disse em seu voto que o cerne da questão consiste em saber se o resultado do referendo impõe a necessidade ou não de outro ato normativo para regulamentar o resultado da consulta popular, que rejeitou a vigência das normas que mudaram o horário do Estado do Acre. Ele considera que se o eleitor acreano se manifestou de forma inequívoca pela não incidência normativa, quis dizer não à vigência do dispositivo

legal que afetava aquela sociedade. Disso ele conclui que o referido dispositivo perdeu o seu requisito de validade em relação ao Estado consultado, devendo esta situação ser declarada pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional por meio de simples ato declaratório. Esta é uma opção interpretativa que dá ao referendo um sentido democrática e constitucionalmente compatível? Vejamos.

Do ponto de vista formal, ou seja, no que tange ao ajuste e adequação, a interpretação do resultado de um referendo que lhe atribui eficácia revocatória do ato sob consulta condiz com o melhor sentido desse instrumento de participação popular. Primeiramente porque é compatível com as decisões do passado. Conforme vimos, no referendo do desarmamento a decisão popular surtiu efeitos imediatos com a simples homologação do resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral, sem que o Congresso Nacional tivesse que editar qualquer ato legislativo. A opção firma um princípio que se compatibiliza inteiramente com a concepção de democracia prevista na Constituição Federal. Com efeito, ela foi expressa em dizer que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes, ou diretamente. Na forma da Constituição, o referendo se coloca como um dos instrumentos de manifestação direta. Ademais, a decisão proposta sugere que o resultado do referendo deve circunscrever-se ao âmbito da consulta, ou seja, ao Estado do Acre. Isso põe por terra argumentos retóricos que dizem que um Estado da Federação não pode decidir sozinho o destino de uma lei nacional que afeta todo o país. O argumento, constante no voto do Senador Pedro Taques, é descabido, porque fundado em premissas que não se confirmam pelas evidências. Ora, o referendo não teve o propósito de invalidar a Lei nº 11.662, de 2008, mas sim, de apurar se o povo do Acre, como população integralmente afetada – o que não ocorreu com nenhum outro Estado da Federação – concordava com a mudança, entenda-se: no que lhe dizia respeito, obviamente.

Em termos substanciais, a opção interpretativa que dá eficácia revocatória ao referendo justifica-se do ponto de vista da aceitabilidade moral. Ela parte de uma concepção de democracia em que a soberania popular deve ter algum valor. Essa percepção, embora esteja externada de modo bastante simples e direto, é o núcleo moral que justifica o voto vencido do Senador Sérgio Petecão. Em outras palavras, ele formula o seguinte raciocínio: se o povo foi consultado e se manifestou de modo inequívoco pela rejeição de uma norma que lhe afeta, exerceu o seu poder de veto sobre aquela norma, embora a mesma já estivesse em vigor, o que implica sua revogação. Disse ele que o dispositivo legal consultado, ao ser rejeitado pelo povo, perdeu seu requisito de validade. É uma conclusão intuitiva, a que pode

chegar qualquer pessoa dotada de senso crítico mediano. Contudo, existe aí uma forte carga de moralidade política fundada em concepções de respeito, de dignidade, de boa fé e de fidelidade aos valores que fazem com que uma sociedade seja democrática.

Não se vai entrar na questão conceitual de democracia, assunto dos mais controvertidos na filosofia política. Partimos já de uma determinada concepção de democracia – a representativa –, em que o exercício da soberania popular é mediado pelo legislador. Ninguém duvida que uma vez no mandato, os representantes não têm nenhuma obrigação jurídica ou moral de formular consultas populares para tomar suas decisões, embora em muitos casos fosse recomendável fazê-lo. Contudo, se editam um ato e depois percebem que os resultados deixaram a comunidade extremamente dividida, por envolver questões que afetam a vida e a cultura de um povo, é legítimo que condicionem a permanência desse ato ao crivo da população que sofreu as consequências da norma. Formulada a consulta nesse contexto, é uma exigência da moralidade política que a decisão popular tenha alguma eficácia sobre o que lhe foi perguntado. Afinal, por qual razão se faria uma consulta? Se fosse para simplesmente colher a opinião do povo, isso somente faria sentido se a decisão do Congresso Nacional ainda não tivesse sido tomada. Mas para isso ele teria a consulta plebiscitária. Ou quem sabe o Congresso Nacional, por questões de economia, pudesse ter lançado mão de uma pesquisa de opinião, ou até se valido das audiências públicas. Aliás, neste particular, anote-se que as audiências públicas estão previstas constitucional¹⁶⁰ e regimentalmente.¹⁶¹ E sua finalidade não é outra senão possibilitar ao Congresso, no âmbito de suas diversas Comissões, a oitiva de especialistas e de setores da comunidade interessada, com garantia de espaço igualitário para debate das opiniões divergentes.

Quando o Constituinte previu, ao lado do princípio representativo, a possibilidade de exceção ao exercício do poder, conferindo ao povo o direito político de tomar decisões

¹⁶⁰ O art. 58, § 2º, da Constituição Federal prevê que às Comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil.

¹⁶¹ Sobre a audiência pública, vejam-se especificamente os arts. 255 e 256 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Resolução 17, de 1989): “Art. 255. Cada Comissão poderá realizar reunião de audiência pública com entidade da sociedade civil para instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assuntos de interesse público relevante, atinentes à sua área de atuação, mediante proposta de qualquer membro ou a pedido de entidade interessada.”

“Art. 256. Aprovada a reunião de audiência pública, a Comissão selecionará, para serem ouvidas, as autoridades, as pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades participantes, cabendo ao Presidente da Comissão expedir os convites.”

“§ 1º Na hipótese de haver defensores e opositores relativamente à matéria objeto de exame, a Comissão procederá de forma que possibilite a audiência das diversas correntes de opinião.” O Regimento Interno do Senado Federal também dispõe de normas no mesmo sentido. Vejam-se, especificamente, os arts. 93 a 95 (Resolução nº 93 de 1970, com texto consolidado e atualizado pela Resolução nº 18, de 1989)

diretamente por meio de referendo, plebiscito e iniciativa popular das leis, afirmou um princípio moral evidente: ele supôs que a democracia pode ser aperfeiçoada se os destinatários do poder tiverem possibilidade, ainda que de forma excepcional, de exercer alguma influência direta no âmbito das decisões do Estado, quer seja para controlar desvios do poder, quer seja para contribuir na solução de questões que, dada a repercussão moral que encerram, o bom senso recomende que o próprio povo decida.

Dworkin (2010, p. 253) diz que “a parte mais decisiva de um argumento jurídico é seu elemento moral”. De fato, está em questão, entre as duas opções interpretativas, qual delas apresenta a melhor justificativa moral para atribuir ou não eficácia revocatória ao referendo. Em questões de moralidade, sejam elas atinentes à moralidade comum ou política, não é possível se chegar a um consenso, porque sempre se estará diante de divergências fundadas em juízos e opiniões subjetivas das pessoas, e cada uma delas acredita que o seu ponto de vista é o correto. Exatamente por conta disso, no âmbito das decisões fundadas no direito, será justificada moralmente a que se fundar em princípios mais compatíveis com a prática do direito como um todo, capazes de justificar outras proposições do direito igualmente tratadas como verdadeiras (DWORKIN, 2010, p. 22).

É nesse sentido que se pode dizer que a decisão do Congresso Nacional que confere eficácia revocatória ao referendo se funda em princípios morais que melhor justificam o ideal democrático concebido na Constituição Federal de 1988. Primeiro, ela se compatibiliza com a ideia de normatividade da Constituição. Isso significa que está de acordo com um raciocínio, amplamente disseminado na doutrina jurídica, de que a Constituição é Lei e que suas normas são dotadas de efetividade, tanto mais as que se referem a direitos e garantias fundamentais, nas quais se inclui o exercício dos direitos políticos dos cidadãos. Sunstein (2009, p. 117) é taxativo quando diz que “todos concordam que a Constituição é lei”. Sendo assim, segundo ele, ela se encontra acima da política. Uma decisão política não pode ir de encontro ao sentido da Constituição, pois o legislador não possui nenhum poder fora dos limites constitucionais. Quando o Congresso Nacional interpreta a Constituição optando por um sentido que esvazia de conteúdo uma norma que prevê um direito político, vai de encontro ao ideal de democracia que a Constituição tenta consolidar.

A interpretação do voto vencido se identifica também com uma concepção do Estado de Direito que não se limita aos textos legais. Enxerga-o como algo muito mais amplo que o livro de regras. Funda-se em princípios. E estes princípios fornecem razões para orientar decisões sobre as quais a lei é omissa ou obscura (DWORKIN, 2007, p. 41). Desse modo, o

intérprete da Constituição não está livre para colocar suas próprias concepções de moralidade onde o Constituinte foi omissivo ou incerto. Deverá justificar sua opção interpretativa em princípios de moralidade que se identifiquem com a prática de moralidade política aceita pela comunidade e que possam justificar a continuidade do Direito, da Constituição e da prática democrática como algo dotado de sentido, de propósito.

A opção minoritária, que confere eficácia ao referendo, se justifica moralmente na concepção de democracia em que o poder admite a possibilidade de controle. Essa interpretação se compatibiliza com o ideal de democracia disseminado em diversas partes da Constituição, e as justifica. Veja-se que a ideia de democracia pressupõe, além de diversos outros aspectos, algum nível de controle do exercício do poder político. A própria ideia de constituição não se justifica senão nesse sentido, como um meio de distribuição e de controle do exercício do poder. Assim, em termos morais, afirmações que dizem que a vontade popular não tem nenhum valor na deliberação do Congresso Nacional, nega o ideal democrático subjacente a todas as formas de controle do poder. E a Constituição Federal, seguindo o padrão de todas as constituições modernas, prevê diversos mecanismos de controle do poder político, a fim de evitar que as maiorias temporárias prejudiquem conquistas históricas e extremamente caras ao ideal de uma sociedade bem ordenada, onde as pessoas devem ser tratadas com a mesma consideração e respeito.

Portanto, os princípios morais subjacentes à interpretação que dá ao referendo eficácia revocatória valoriza esse mecanismo em termos compatíveis com outros mecanismos de controle do poder previstos na Constituição Federal, como o controle de constitucionalidade, a previsão de garantias e direitos fundamentais “vacinados” contra iniciativas legais que tendam a prejudicá-los, o dever de prestar contas, a garantia de ações constitucionais especiais contra atos abusivos do Estado praticados por ação ou omissão, como o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas corpus*, o *habeas data* e outros mecanismos de controle e de participação no exercício do poder político, como a previsão de conselhos sociais em diversas atividades do Estado. É nesse contexto que uma decisão que respeita a vontade popular se compatibiliza moralmente com o espírito geral de controle e de exercício do poder estabelecido pelos demais mecanismos institucionais. Desse modo, ela atribui ao referendo e à ideia de democracia um propósito compatível com a história de conquistas sociais que foi escrita até o momento e fixa condições para que se possa imaginar a evolução do ideal democrático nas decisões do futuro.

CONCLUSÃO

Iniciamos nossa pesquisa com a colocação do seguinte problema: uma decisão popular colhida em forma de referendo que rejeita uma lei já em vigor possui eficácia revocatória sobre o ato normativo, independentemente de outras medidas legislativas? A questão surge no contexto do referendo popular realizado no ano de 2010, no Estado do Acre, em que os eleitores desta unidade federativa foram instados a responder em referendo, se concordavam ou não com a mudança do horário legal, decorrente da Lei nº 11.662, de 2008. Sobrevindo a resposta negativa, o que implicou rejeição da norma, deparou o Congresso Nacional com a dúvida sobre como tornar eficaz a manifestação popular, porquanto nem o Decreto que convocou o referendo, nem a Lei que regulamenta os mecanismos de participação popular, tampouco a Constituição Federal, dispõem sobre a eficácia revocatória desse instrumento de consulta.

Duas respostas disputaram a primazia da verdade na CCJ do Senado. De um lado, o relator da consulta, Senador Sérgio Petecão, defendeu a resposta de que o referendo por si mesmo revoga a lei. Em decorrência, o horário do Acre deveria ser revertido ao estado anterior com a homologação do resultado da votação pelo Tribunal Superior Eleitoral. De outro lado, o Senador Pedro Taques defendeu que um referendo não revoga uma lei. Cada um apresentou os motivos para justificar a sua resposta crente de que seus fundamentos eram os corretos. Venceu, por maioria, a opinião do Senador Pedro Taques, que ao final entendeu que havia a necessidade de o Congresso Nacional editar uma nova lei para revogar a norma objeto do referendo, porque, segundo ele, uma lei somente pode ser revogada por outra da mesma natureza.

A importância de uma abordagem teórica desse assunto se justifica a partir do instante em que a resposta dada pelo Congresso Nacional sobre os efeitos do referendo soa inaceitável. Na opinião geral, soa inaceitável que um referendo destinado a saber se os eleitores acatam ou rejeitam o conteúdo de uma norma que lhes afeta profundamente não seja capaz de surtir nenhum efeito sobre o que foi decidido. Afinal, a consulta foi autorizada sob o fundamento de se encontrar uma saída democrática para a divisão de opiniões na comunidade acreana sobre os efeitos da norma em sua vida. Foi gasto mais de um milhão de reais para a realização do referendo. A população foi convocada a votar. Formaram-se comissões de pró e contra a mudança do horário. Inserções de propaganda pela frente do “sim” e do “não” foram veiculadas na imprensa. Enfim, todo o aparato institucional foi utilizado para criar no

sentimento popular a convicção de que o voto no referendo era um exercício de democracia no sentido corrente do termo, ou seja, o povo deliberando sobre norma que se destina a ele mesmo.

Nesse contexto, homologado o resultado da consulta popular, rejeitando a mudança de horário no Acre, ganhou relevância a divergência surgida no Congresso Nacional sobre os efeitos da consulta. A pesquisa fez um recorte do aspecto controvertido da questão no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Dali partiu a decisão de que “um referendo não revoga uma lei” em oposição ao entendimento contrário, embora minoritário, de que o referendo, por si mesmo, é bastante para revogá-la. Deparamos assim com duas proposições do direito sobre o mesmo fato: uma que confere eficácia revogatória ao referendo e outra que lhe nega. Qual a melhor dessas duas opções e que tipo de raciocínio é capaz de demonstrar a veracidade delas são questões cuja resposta somente pôde ser obtida a partir de uma teoria da interpretação do Direito, particularmente do Direito Constitucional.

Foi nesse contexto que ganhou relevo a teoria do direito como integridade. Ela se apresentou como alternativa de interpretação do Direito em oposição à teoria tradicional do positivismo jurídico, que identifica o direito com o conjunto de regras expressas nas decisões do passado. Para o positivismo jurídico, as afirmações que as pessoas fazem sobre o que o direito permite, proíbe ou autoriza é verdadeira se decorrer do que em algum momento na história foi decidido por um Parlamento, por meio da legislação, ou por um tribunal, por meio do precedente. Esta concepção do direito argumenta que um caso controverso deve ser decidido tentando-se descobrir o que o texto legal realmente significa ou o que os autores dessas decisões intencionavam ao dizer o que disseram no passado. E se não há uma resposta correspondente, o juiz ou o intérprete está autorizado a usar sua discricionariedade para fixar a regra para o caso concreto.

Para Dworkin esta é uma concepção bastante limitada do Direito, porque não considera a possibilidade da existência de direitos que não estejam escritos no *livro de regras* e não se preocupa com o conteúdo do Direito. Direito é o que diz a lei, e os juízes devem cumpri-la mesmo que não gostem, pouco importando se isso signifique despejar uma viúva na véspera de Natal sob uma tempestade de neve (DWORKIN, 1999, p. 11).

Dworkin propõe uma teoria que concebe o Estado de Direito como aquele que identifica o Direito com um conjunto diferente de padrões, os quais pressupõem que as pessoas possuem direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado. Para esta concepção, o texto legal é apenas o ponto de partida. Além de sua extensão explícita, as

regras do Direito devem retratar direitos morais que não estão escritos, mas pressupostos como fundamento do próprio direito posto. Nesse contexto, fala-se de princípios, que somente podem ser identificados a partir de um critério interpretativo que atribua valor ao empreendimento do Direito, dotando-o de sentido e de conteúdo. Dworkin denomina isso de interpretação construtiva em comparação à interpretação criativa do direito. Esta se vincula ao significado de algo a partir da intenção de seu criador, de modo que a melhor interpretação de um texto será a que retrate a exata dimensão do que quis dizer o autor. A interpretação construtiva se volta para atribuição de propósito, de modo a fazer do objeto da interpretação o melhor exemplo possível do valor ou do bem a que ele se refere.

Cada uma dessas concepções apresenta um método de decisão para os casos difíceis. Um caso difícil se apresenta para o direito quando as normas pertinentes não constam do *livro de regras* ou, se constam, não se mostram claras o suficiente, de modo que admitem mais de um tipo de resposta. Se não existe regra que diga com precisão qual é a eficácia de um referendo, de que modo se poderia justificar como correta a interpretação que diz que ele não possui eficácia revocatória? E de que modo se justificaria uma decisão em sentido contrário? O que seria capaz de tornar qualquer dessas proposições verdadeiras? Essa é a grande questão em matéria de interpretação do direito. As divergências são comuns no direito porque o direito é um conceito interpretativo. Aquilo que se diz sobre o que o direito é será sempre o resultado da interpretação de uma premissa básica que justifica a proposição.

Para a concepção do direito como um simples sistema de regras, o fundamento do Direito, ou seja, o fundamento de qualquer proposição jurídica é o que foi dito no passado, seja isso uma lei ou uma decisão. Assim, é verdade que o domicílio é inviolável porque o Constituinte o disse expressamente. É verdade que a velocidade máxima nas rodovias é 100 km por hora porque o legislador assim especificou no *livro de regras*. Para essa concepção de sistema normativo as proposições do direito são parasitárias de proposições mais básicas tidas como fundamentos do direito. Assim, quando os juízes (e intérpretes em geral) divergem sobre o direito na hipótese de lacunas ou de obscuridades no sistema normativo, sua divergência não se refere ao que o direito é se devidamente compreendido, mas sim, sobre aquilo que, na sua opinião, o direito deveria ser. É sem dúvida uma explicação insatisfatória e que não fornece segurança sobre o acerto do direito, porque o direito passa a ser o resultado das convicções pessoais do juiz ou do intérprete, que podem mudar de um dia para o outro ou até no mesmo dia, dependendo do que eles comeram no café da manhã (A ironia é de Dworkin).

Dworkin propõe uma teoria para resolver os casos difíceis que identifica as divergências do Direito como divergências teóricas, ou seja, quando os juízes e intérpretes em geral divergem sobre a verdade de uma proposição do Direito, a divergência diz respeito à veracidade das proposições mais básicas, diz respeito aos fundamentos apropriados do direito. Sabe-se, contudo, que o direito é uma prática argumentativa e que a interpretação depende de princípios exegéticos externos ao texto. De que modo assegurar que uma premissa seja verdadeira, de modo a justificar uma proposição do direito, se o juízo que se faz acerca do acerto dessa premissa é um juízo interpretativo? Como aferir se um juízo interpretativo é melhor que outro, em face da subjetividade de ambos? Pra resolver essa questão, e a partir da concepção de que o Direito se constitui de um conjunto de padrões composto por regras e princípios, Dworkin propõe que a interpretação construtiva – a que procura atribuir sentido e propósito ao Direito – deva satisfazer a um duplo teste: ajuste ou adequação e aceitabilidade moral. A melhor resposta entre duas ou mais proposições disponíveis será aquela que apresente a melhor justificativa moral. Não a moral convencional das pessoas, mas a moralidade política. A exigência de que o Estado, ao preferir uma decisão, fale como se fosse uma comunidade personificada em um ente portador de uma única voz.

Uma proposição do direito será ajustada se for adequada. Isso quer dizer que ela deve se fundar em princípios compatíveis com os princípios subjacentes às decisões do passado e ser potencialmente capaz de justificar decisões do futuro. Uma decisão adequada deverá ser vista como uma continuidade da prática do Direito, mostrando tratar-se de uma interpretação dessa prática vista em sua melhor luz e não a invenção de uma nova história. Uma proposição do direito será verdadeira se for possível mostrar argumentativamente que os princípios morais presentes nas premissas básicas são capazes de oferecer melhor justificativa moral que outro conjunto de princípios presentes na resposta concorrente. É claro que sempre haverá a possibilidade de uma proposição tida como verdadeira hoje não ser aceita como tal amanhã, mas isso deverá ser resultado de uma mudança de paradigma. E um paradigma pode cair se surgir uma interpretação futura em face das mudanças circunstanciais que justifiquem a afirmação de novos princípios de moralidade que possam ser aceitos por todos.

Conforme foi demonstrado, a proposição do direito afirmada pelo Congresso Nacional, com base no voto do Senador Pedro Taques, que diz que o referendo não revoga uma lei, não se justifica na dimensão substancial da moralidade política. Não se pode dar uma interpretação para o Direito que prive a norma de sentido, que a esvazie de conteúdo. Conforme vimos, dizer que o referendo não possui nenhum efeito no processo legislativo é

negar qualquer propósito à disposição constitucional que prevê esse instituto como instrumento de exercício da soberania popular. É negar o postulado básico da democracia representativa, que diz que todo o poder emana do povo. É dizer, ao contrário, que o povo não tem nenhum poder sobre uma norma que lhe diz respeito, mesmo quando seja instado a sobre ela se manifestar por iniciativa do próprio parlamento, como ocorreu no caso do fuso horário.

A proposição do Congresso Nacional não se justifica, porque se fundamenta em princípios incoerentes com os demais princípios da democracia representativa, presentes na Constituição. Se diz, por exemplo, que o resultado do referendo decorre do que foi decidido por conta de um Decreto Legislativo, e que um Decreto Legislativo não pode modificar uma lei, como afirmou o Senador Pedro Taques, está-se diante de uma inconsistência principiológica incompatível com outras normas constitucionais que dizem o contrário. Com efeito, se a proposição é verdadeira, como se justificaria o fato de que o Senado Federal pode, por meio de simples resolução, propor a suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (Art. 52, X, CF)? O contra exemplo mostra que não é absoluto o postulado de que uma lei somente pode ser revogada por outra. Assim, embora o contra exemplo não trate de revogação, propriamente, mas sim, de suspensão em decorrência de inconstitucionalidade, a questão que importa é que o fundamento da proposição diz respeito a um aspecto formal que não encontra respaldo em outras partes da própria Constituição. E a proposição resta ainda mais incoerente quando se verifica que o referendo do desarmamento teve eficácia sobre a lei independentemente da edição de outro ato legislativo.

A proposição que afirma que o referendo não revoga a lei do fuso horário é inaceitável, em termos de moralidade política, porque faz tábula rasa da boa fé democrática. Vilipendia a relação de confiança que deve haver entre os representantes e representados. Deixa sem fundamento de interesse público o gasto de mais de um milhão de reais com a consulta. Esvazia de qualquer conteúdo o instituto do referendo. Destoa da prática de utilização desse instituto em outros países que dele fazem uso regularmente, com consequências efetivas no processo legislativo, quando se trata de “referendo deliberativo”. Enfim, se funda em premissas que não encontram nenhum apoio no ideal de moralidade política de uma comunidade de pessoas razoáveis.

A proposição em sentido contrário, que foi minoritária na Comissão de Constituição e Justiça, justifica-se melhor do ponto de vista da moralidade política, porque dá sentido e propósito ao ideal de democracia representativa expresso nas normas constitucionais. Confere efeito normativo ao instrumento de consulta. Justifica adequadamente os recursos públicos

gastos na operacionalização do referendo. Respalda a atuação parlamentar desencadeada na aprovação da consulta popular, ocasião em que foi discutida e votada a necessidade de se submeter a Lei nº 11.662, de 2008, ao crivo da população mais afetada com a mudança do horário. A decisão justifica-se do ponto de vista moral porque mantém coerência com a decisão do passado acerca do referendo do desarmamento, confirmando o acerto do paradigma então firmado. Por fim, a decisão que confere eficácia revocatória ao referendo satisfaz o ideal da integridade do Direito, e especialmente a integridade do Direito Constitucional, mostrando-o em sua melhor luz, porque dá sentido à previsão constitucional dos instrumentos de participação direta da população no processo democrático.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- _____; *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.
- _____; *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ATALIBA, Geraldo. *Regime constitucional e leis nacionais e federais*. *Revista de Direito Público*, n. 53/54. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun., 1980, (p. 58-76).
- APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2000.
- BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 3 ed., 5 reimp. São Paulo: Ática, 2003.
- BERLIN, ISAIAH. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- _____; *A teoria das formas de governo*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- _____; *Estado governo e sociedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- _____; *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1997.
- _____; *Qual democracia?* Tradução Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2009.
- _____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11ª ed., 1998. 2 vol.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____; *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CASSEB, Paulo Adib. *Processo legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Tradução Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2007.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2009 (reimpressão).

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____; *O direito da liberdade*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____; *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____; *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4ª ed. Navarra, Espanha: Civitas, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRERO, Guglielmo. *O poder: Os gênios invisíveis da cidade*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1945.

FURASTÉ, Pedro Augusto. *Normas Técnicas para o Trabalho Científico: Elaboração e Formatação*. 15. ed. Porto Alegre: Brasul, 2009.

GEMMA, Gladio. *Referendo*. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11ª ed., 1998. 2 vol.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. 2 v.

_____; *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. 1ª ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. 2 v.

HABERMAS, Jurgen; RAWLS, Jonh. *Debate sobre El liberalismo político*. Tradução Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 1996.

HAMILTON, Alexander. *O Federalista*. Alexander Hamilton; John Jay, James Madison. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. 3ª ed. - 2ª tiragem. Campinas: Russel Editores, 2010.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____; *O processo legislativo nas constituições federais brasileiras*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 26, n.º 109, jan./mar. 1989, pag. 109.

IGNÁCIO, Magna; NOVAIS, Raquel; ANASTASIA, Fátima (organizadoras). *Democracia e referendo no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____; *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____; *A democracia*. Martins Fontes, São Paulo: 2000.

_____; *Teoría de la constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª Edición. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIN, Nelson Shih Yien. *Participação popular no legislativo federal - um estudo de seus mecanismos institucionais: emendas populares no processo constituinte, iniciativa popular de lei e Comissão de Legislação Participativa (CLP)*. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-20062011-101339/>>. Acesso em: 2012-08-23.

LOPES CARDOSO, Fernanda Lima. *Referendo: uma questão actual*. Lisboa: Dom Quixote, 1992.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del contitucionalismo moderno, Madrid: Trotta, 1998.

MAUS, Ingeborg. *O direito e a política*. Teoria da democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MELO. Mônica. *Plebiscito, referendo e iniciativa popular: mecanismos constitucionais de participação popular*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

MELO, Rúrion. *O uso público da razão: pluralismo e democracia em Jürgen Habermas*. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MILL, John Stuart. *O governo representativo*. Tradução E. Jacy Monteiro. 2ª ed. São Paulo: IBRASA, 1983.

_____; *Sobre a liberdade*. Tradução Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1988.

_____; *Formas e sistemas de governo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa de. *A participação popular no processo legislativo: o exercício da cidadania ativa e o discurso do Estado democrático de direito no Brasil*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16022011-154849/>>. Acesso em: 2012-09-01.

PIRES URBANO, Maria Benedita Malaquias. *O referendo: Perfil histórico-evolutivo do instituto. Configuração jurídica do referendo em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

POPPER, Karl. *O racionalismo crítico na política*. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

_____; *Conjecturas e refutações*. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

_____; *Em busca de um mundo melhor*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____; *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Critical exchanges. London, England: University of California Press, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

SANTANA, Jair Eduardo. *Democracia e cidadania*. O referendo como instrumento de participação política. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

_____; *Legalidade e legitimidade*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____; *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial S.A., 2011.

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

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Qu'est que le Tiers-État? Tradução Norma Azeredo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____; *Processo constitucional de formação das leis*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, GUILHERME. *Os direitos, os juízes, o povo: A cláusula pétrea dos direitos e das garantias Individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à constituição de 1988*. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006. Disponível em:
<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/88301/225557.pdf?sequence=1>.
Acesso em: 15 set. 2013

SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o Referendo e o exercício do poder*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

SOUZA, Jessé (organizador). *Democracia hoje: novos desafios para teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UnB, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. *República.com: Internet, democracia y libertad*. Barcelona: Paidós, 2003.

SUORDEN, Fernando Paulo da Silva. *Legislação do referendo anotada*. Coimbra: Almedida, 1997.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 4ª edição. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

VALDÉS, Roberto L. Branco. *O valor da constituição: Separação dos poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade nas origens do Estado liberal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VERGOTTINI, Giuseppe di. *Diritto costituzionale*. 3a edição. Padova: CEDAM, 2001.

VIANA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIEIRA, Luiz Vicente. *A democracia em Rousseau – A recusa dos pressupostos liberais*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

VILLA, Marco Antonio. *A história das constituições brasileiras – 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____; *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.