

O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DAS MINORIAS PARLAMENTARES

Cintia Garabini Lages

Mestre e Doutora em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais.

Professora do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna.

Professora da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais.

Resumo: o presente artigo pretende discutir o direito de participação das minorias políticas no processo legislativo estruturado pela Constituição Federal de 1988, no contexto de um paradigma procedimental de estado, como requisito necessário para a aferição da legitimidade do próprio processo e do direito por ele produzido. A partir da reconstrução do processo legislativo à luz do modelo constitucional do processo adotado pela Constituição brasileira, caracterizado pelos princípios do devido processo, do contraditório e da ampla defesa, entre outros, busca-se compreender o processo legislativo como instrumento de realização de direitos processuais dos participantes do processo legislativo, minorias e maioria, no contexto de uma democracia deliberativa e de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Palavras-chave: Democracia deliberativa; minorias políticas; processo legislativo; revisão constitucional.

EL DEBIDO PROCESO LEGISLATIVO COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA DE LAS MINORÍAS PARLAMENTARIAS

RESUMEN: El presente artículo pretende discutir el derecho de participación de las minorías políticas en el proceso legislativo fijado por la Constitución Federal de 1988, en el contexto de un paradigma procedimental de Estado, como requisito necesario para la mensuración de la legitimidad del propio proceso y del derecho por él producido. A partir de la reconstrucción del proceso legislativo a la raíz del modelo constitucional de proceso adoptado por la Constitución brasileña, caracterizado por los principios del debido proceso, del contradictorio y de la amplia defensa, entre otros, se buscó comprender el proceso legislativo como instrumento de realización de los derechos procesales de los participantes del proceso legislativo, minoría y mayoría, en el contexto de una democracia deliberativa y de una sociedad abierta de intérpretes de la Constitución.

Palabras claves: Democracia deliberativa; minorías políticas; proceso legislativo; revisión constitucional.

Introdução

A história constitucional brasileira, marcada pela alternância entre regimes políticos autoritários e democráticos, ganhou novo capítulo a partir de meados da década de 80, quando o desgaste do regime autoritário militar já se fazia sensível e uma nova ordem constitucional de caráter democrático se impunha de modo premente.

Ao processo eleitoral iniciado em 1984 e que resultou na eleição do primeiro presidente civil desde 1961, seguiu-se o processo constituinte que teve início com a promulgação da Emenda Constitucional no. 26, de 27 de novembro de 1985. Essa emenda, subvertendo os limites impostos ao Poder Constituinte Derivado, rompeu com a ordem constitucional então vigente ao convocar expressamente uma assembleia constituinte para, a partir de 01 de fevereiro de 1987, discutir e aprovar de modo livre e soberano, uma nova constituição para o país¹. O processo constituinte teve fim com a inauguração de um novo constitucionalismo de caráter democrático e participativo o que se deu com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988.

O fato de a Emenda Constitucional 26/85 não ter respeitado os limites inerentes ao exercício do Poder Constituinte Derivado, ocasionando a revogação da própria Constituição que lhe servia de fundamento, autoriza deduzir a sua inconstitucionalidade, pois, como afirma Baracho Júnior, trata-se de um Poder Constituinte constituído, cuja atuação ocorre nos termos definidos pela Constituição, da qual retira sua legitimidade (BARACHO JÚNIOR, 2004, p. 95).

A referida emenda constitucional foi o instrumento necessário para a configuração de um novo constitucionalismo que surgia de um processo de desintegração do regime constitucional em vigor. A questão não era se tínhamos uma nova constituição, mas quando e como (BONAVIDES; ANDRADE, 1992, p. 452). A Emenda 26/85 resultou de uma ruptura constitucional que já se encontrava em curso e apenas formalmente vinculou uma ordem constitucional à outra, conferindo ares de aparente continuidade, quando de fato importou em uma verdadeira ruptura com a ordem constitucional material então vigente.

O Poder Constituinte Derivado foi exercido não com o intuito de reformar a constituição então em vigor, aperfeiçoando-a, mas com a finalidade de elaborar um novo texto

¹ Como afirmam Bonavides e Andrade, a constituinte de 1987 foi a primeira constituinte brasileira que não se originou de uma ruptura com as instituições então em vigor. No entanto, a ausência de uma ruptura formal não impediu o exercício livre e independente da atividade constituinte. "A ruptura", afirmam os autores, "não deixou de ser a nota precedente do quadro constituinte instalado em 1987, visto que ela se operou no quadro da Nação, profundamente rebelada contra o mais longo eclipse das liberdades públicas (...)." (BONAVIDES, ANDRADE, 1991, p. 451).

constitucional substitutivo do anterior, contrariando todo o sistema de limites imposto ao poder constituinte derivado pelo poder originário, um caso clássico de revolta da criatura contra o seu criador.

Nesse sentido, a Assembleia Nacional Constituinte convocada exerceu de modo pleno e sem limitações de ordem formal ou material, o poder constituinte originário com a finalidade de elaborar uma nova ordem constitucional para o Estado brasileiro, o que se concretizou com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 05 de outubro de 1988. Sua atuação independente permite afirmar o caráter originário e extraordinário do poder exercido, o poder constituinte originário do Estado de se organizar através de uma ordem constitucional soberana (BARACHO, 2004, p. 91).

De maneira diversa, essa história corre o risco de se repetir. Tramita na Câmara dos Deputados, desde 2003, a Proposta de Emenda Constitucional 157, apresentada pelo Deputado Luiz Carlos Santos, cujo objetivo é o de convocar uma Assembleia Constituinte para a realização de uma revisão constitucional, sem a observância das normas constitucionais atinentes ao processo constituinte derivado estabelecidas pela Constituição Federal de 1988.

A Revisão constitucional, forma de atuação do Poder Constituinte Derivado, deverá ocorrer, caso aprovada a referida proposta de emenda constitucional, de forma distinta da prevista na Constituição Federal brasileira: consubstanciada em um único ato, será promulgada após a aprovação do seu texto em dois turnos de discussão e votação pelo voto da maioria absoluta dos membros da Assembleia Revisora Constitucional. Dos limites originários impostos pela Constituição Federal², deverão ser respeitados apenas os materiais descritos no §4o. do art. 60, as chamadas cláusulas pétreas.

A justificativa da proposta reside no argumento de que o texto constitucional brasileiro é excessivamente analítico, o que torna inviável o exercício de qualquer governo eleito³. Assim, subvertendo a lógica democrática, afirma o Deputado Luiz Carlos Santos, autor da

² A Constituição Federal de 1988 estrutura, em seu artigo 60, um devido processo constituinte para a alteração formal do seu texto. Esse processo prevê limites formais relativos à iniciativa (restrita ao Presidente da República, um terço dos membros de cada Casa do Congresso Nacional e mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, cada uma delas manifestando-se pelo voto da maioria relativa de seus membros), quorum para aprovação (três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional) e número de turnos (dois); limites circunstanciais (vedação de aprova de emendas durante período de intervenção, estado de defesa e estado de sítio) e limites materiais, proibindo a deliberação de proposta de emendas tendentes a abolir a forma federativa de estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de poderes e os direitos e garantias individuais. Esses são limites expressos ao Poder Constituinte Derivado impostos pelo Poder Constituinte Originário.

³ Desde a sua promulgação, a Constituição brasileira de 1988 vem sofrendo ataques referentes ao seu conteúdo e sua viabilidade no âmbito da economia, das relações de trabalho e da própria governabilidade. Tais afirmações referem-se, em grande medida, ao extenso catálogo de direitos sociais que, segundo os liberais, inviabilizam um governo em função da ausência de liberdade para governar. Nesse sentido ver SAMPAIO, José Adércio Leite. Quinze anos de Constituição. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2004.

proposta, que "o alto nível de detalhamento assumido pelo texto constitucional torna, na prática, imprescindível que seja modificada a constituição a cada governo que se elege". E continua: "Não raro, o projeto político do governante eleito guarda incompatibilidades insuperáveis com a orientação programática da Constituição" (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011).⁴

A saída é, segundo o autor da proposta, desconstitucionalizar, tornar a constituição mais flexível de modo a atender os interesses daqueles que governam e a revisão constitucional apresenta-se como o procedimento capaz de promover as alterações textuais pretendidas sem romper com a ordem constitucional vigente.

Mas, será possível desconsiderar os limites impostos ao Poder Constituinte Derivado sem romper com a ordem constitucional vigente? Ainda que a PEC 157/2003 não venha a ser aprovada, fato que pode ocorrer por razões diversas, como devemos compreender o processo de produção normativa e a legitimidade do direito produzido no contexto da Constituição Federal de 1988 e do paradigma procedimental de estado? Não se estará aqui repetindo a experiência anterior, quando a Emenda Constitucional 26/85 possibilitou a substituição da ordem constitucional então vigente por uma nova, mas, de modo inverso, possibilitando a passagem de uma ordem constitucional democrática para uma autoritária? Essa a questão posta pela Proposta de Emenda Constitucional 157/2003 e que pretende-se discutir ao longo desse trabalho.

1. Devido processo constituinte

A análise da Emenda 157/2003 requer, em primeiro lugar, a compreensão da natureza da atividade proposta, a revisão constitucional, enquanto atividade que se realiza através de um devido processo constituinte. A atuação do Poder Constituinte Derivado, enquanto poder de natureza jurídica, subordina-se ao Poder Constituinte Originário, sendo por condicionado segundo limites implícitos e expressos estabelecidos no texto constitucional (MAGALHÃES, 2004).

Nesse sentido, estrutura a Constituição Federal um devido processo para a alteração do texto constitucional, cuja observância é obrigatória, sob pena de nulidade das normas

⁴ Desvirtua-se assim o papel de uma constituição de uma sociedade de sujeitos livres e iguais através do reconhecimento recíproco de direitos fundamentais, que se organiza através de um complexo sistema de repartição de competências cujo exercício legítimo depende das formas de comunicação estruturadas juridicamente, de modo que sejam garantidos os direitos fundamentais de participação. A constituição aqui é tomada como um programa político do partido que assume o governo a cada eleição, e que, nesse sentido, não se vê constituído, mas constituidor da ordem constitucional vigente.

constitucionais produzidas. A natureza legislativa e o caráter devido do processo que regulamenta o exercício da atividade constituinte derivada decorrem da natureza da atividade desenvolvida, produção de normas gerais, abstratas, obrigatórias e inovadoras do texto constitucional, enquanto o caráter constituinte dessa atividade decorre da natureza da função estatal desempenhada, a função constituinte. É nesse sentido que a Constituição Federal afirma, em seu artigo 59, inciso I, que o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à constituição. Apesar das funções legislativa e constituinte não se confundirem, ambas são atribuídas ao mesmo órgão, o Congresso Nacional, e seu exercício requer a observância de um devido processo normativo, instituído pela Constituição Federal segundo um modelo processual único (ANDOLINA;VIGNERA, 1987) de observância obrigatória não apenas no exercício da atividade jurisdicional, mas extensivo de modo cogente aos demais âmbitos de atuação estatal⁵. A atividade constituinte é, na sua essência, no seu modo de proceder, uma atividade normativa, nos moldes da atividade legislativa.

Os princípios processuais de aplicabilidade genérica formam e conformam o modelo constitucional do processo, cuja compreensão demanda a estruturação de uma teoria do processo, sob pena de convivência de teorias processuais variadas e discrepantes entre si: uma aplicável ao processo legislativo, outra ao jurisdicional, uma terceira ao administrativo e assim por diante. Nesse sentido, é necessário repensar a própria Teoria Geral do Processo não como uma teoria do processo jurisdicional, mas como uma Teoria do Processo em geral.

Assim, o processo constituinte, enquanto processo de natureza legislativa, não deve ser reduzido à noção de um único ato jurídico (a emenda constitucional), desvinculado da cadeia procedimental na qual se encontra, nem deve ser tomado como mera formalidade, mero procedimento. Segundo a teoria do processo desenvolvida por Serio Galeotti, o processo legislativo deve ser considerado como uma espécie de procedimento jurídico, caracterizado como uma combinação jurídica pré-ordenada de atos sucessivos que se coordenam em relação a um fim específico, a produção do ato final e no qual participam os destinatários finais dos efeitos do ato total, no caso a emenda constitucional (GALEOTTI, 1985, p. 86; LAGES, 2010, p. 77).

A legitimidade da atividade constituinte decorre, sobretudo do seu modo de proceder: enquanto processo caracterizado pela participação na atividade de preparação do ato final (a emenda constitucional), juntamente com o autor do próprio provimento que, como afirma

⁵ Nesse sentido a teoria do processo formulada por Elio Fazzalari.

Oliveira, na hipótese do processo legislativo, são os representantes eleitos (OLIVEIRA, 2006, p. 146).

2. O contraditório como garantia de participação das minorias políticas no processo legislativo

No contexto de um regime democrático, o processo legislativo apresenta-se como uma das respostas possíveis à questão de como se dá a participação do povo no processo de tomada de decisões políticas. O princípio do contraditório importa necessariamente no reconhecimento da existência de sujeitos titulares do direito de participação do procedimento que tem por finalidade a produção do ato final. Dessa forma, faz-se mister reconhecer o processo legislativo como um processo do qual participam sujeitos titulares de direitos próprios, sobretudo processuais.

Tomando como fio condutor a proposta habermasiana de democracia deliberativa (HABERMAS, 2002)⁶, a condição de parte no processo não se exaure na figura do parlamentar, contemplando também a participação dos afetados pela lei a ser produzida em diferentes momentos da atividade legislativa. Para tanto, impõe-se a adoção de um processo que garanta a participação tanto dos representantes legitimamente eleitos, quanto dos próprios representados, o que vislumbramos no direito à iniciativa popular de projetos de leis e na realização de audiências públicas com os setores da sociedade civil organizada.

Observando esse modelo de democracia, a Constituição brasileira de 1988, ao estruturar o processo legislativo, o fez com base na adoção irrestrita do princípio do contraditório, o que se verifica nas disposições atinentes à participação dos parlamentares nas comissões parlamentares de modo proporcional à representação do plenário (§1º. do art. 58), no direito dos parlamentares de apresentarem emendas a todo e qualquer projeto de lei em tramitação, no direito à deliberação e voto, entre outras hipóteses. Mas o contraditório tem

⁶ O modelo de democracia deliberativa assenta-se em dois elementos básicos, como afirma Pedro Salazar Ugarte: a garantia da participação de todos os possíveis destinatários das decisões políticas no processo decisório e a consideração das decisões como resultado de um intercâmbio argumentativo realizado entre os participantes, segundo os critérios de imparcialidade e racionalidade. (UGARTE, 2004, p. 98). Nesse mesmo sentido, Habermas propõe um modelo de democracia deliberativa que toma como referência a sociedade pós-tradicional e sua complexidade, sua conformação plural e culturalmente diversificada, para a qual a elaboração de decisões legislativas legítimas não mais pode depender de uma visão única de mundo ou apenas de arranjos baseados em direitos fundamentais, mas constitui-se a partir das condições de comunicação e da adoção de procedimentos que viabilizem a prática discursiva. (HABERMAS, 2002).

lugar no processo legislativo, sobretudo, no respeito aos quoruns de deliberação adotados pela Constituição Federal de 1988, cuja finalidade, talvez menos evidente, mas extremamente importante, seja a determinação de um nível mínimo de consenso para a aprovação de qualquer proposição legislativa.

Consenso mínimo deve ser entendido como aquele capaz de levar em consideração o papel das minorias parlamentares, não naturalizadas, mas apenas identificadas caso a caso, ou seja, a cada procedimento legislativo e em razão do seu objeto específico. Assim, a garantia do contraditório no processo legislativo se faz pela manutenção das regras do jogo democrático (BOBBIO, 1988), densificadas principalmente na observância dos diversos quoruns de deliberação previstos constitucionalmente e também na proporcionalidade da composição das comissões parlamentares.

A redução do quorum para a aprovação de qualquer proposição legislativa viola o princípio do contraditório na medida em que minimiza o peso da participação da minoria legislativa no processo legislativo. Uma vez que o princípio da maioria, adotado como critério definidor das decisões legislativas, encontra expressão numérica no número de votos necessários para a aprovação de uma proposição legislativa, o peso, a importância das minorias parlamentares no processo decisório diminui à medida que se reduz o número de votos necessários à aprovação de uma determinada proposição legislativa. A importância da minoria no processo decisório é maior ou menor a depender do quorum adotado, se de maioria qualificada de dois terços, três quintos, maioria absoluta ou maioria relativa.

Modificado o quorum de três quintos para o de maioria absoluta (como proposto pelos signatários da PEC 157/2003), diminui-se numericamente a quantidade de votos necessários para a aprovação da proposta de emenda. Podemos assim falar em exclusão de parte dos interessados na aprovação/rejeição da proposta de emenda em razão da dispensa de construção de um entendimento amplo, restringindo-se o espaço público no qual tem lugar o contraditório.

[...], a participação em simétrica paridade, dos possíveis afetados pelo provimento legislativo, no procedimento que o prepara, garantida pelo princípio constitucional do contraditório, é possibilidade de participação da discussão política, mediada processualmente e não necessariamente *atual* e *concreta* (OLIVEIRA, 2000, p. 110).

À luz dos argumentos acima expostos, passamos à análise da Proposta de Emenda Constitucional 157/2003 que adota um quorum distinto, menos rígido, do estabelecido

originariamente pela Constituição Federal de 1988. Nos termos da referida PEC, seria convocada uma Assembléia de Revisão Constitucional, a se instalar em 1º de fevereiro de 2007, formada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, que realizariam a revisão em um único ato e cujo teor deveria ser aprovado pelas casas em sessão unicameral por maioria absoluta, observando-se o disposto no §4º do art. 60 da Constituição. A Assembléia Revisora extinguir-se-ia no prazo máximo de doze meses contados da data de sua instalação.

Encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, a respectiva proposição recebeu parecer favorável, nos termos do substitutivo apresentado pelo Relator, Deputado Michel Temer.

Segundo o parecer do Relator, o Deputado proponente justifica a convocação de uma assembléia constituinte em razão do caráter prolixo da Constituição brasileira e do seu detalhismo exacerbado, em face da qual foram aprovadas dezenas de emendas constitucionais. Ainda segundo a proposta de emenda, as constituições devem ser breves e possuir caráter principiológico. A proposta de revisão constitucional, se aprovada, possibilitaria "corrigir rumos, adequar instituições, eliminar artificialidades e pormenores, revitalizando o primado de Estado de Direito e a governabilidade do país" (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011B).

Sob esses argumentos, o Relator Deputado Michel Temer passou a analisar a constitucionalidade da proposta de emenda constitucional, concluindo ao final pela aprovação da mesma, nos termos do substitutivo proposto. Dentre as modificações apresentadas, propôs o Relator que, ao invés de deliberação e decisão unicameral que a discussão seja realizada conjuntamente e a votação em separado, mantendo a aprovação por maioria absoluta em detrimento do quorum específico estabelecido pela Constituição, qual seja, o de três quintos. Deveriam ainda ser respeitadas as cláusulas pétreas previstas no Texto Constitucional em seu art. 60, §4º, bem como o disposto em seu Título II, Capítulo II, ou seja, os direitos sociais.

Mas a questão central do parecer do Relator Deputado Michel Temer refere-se à possibilidade de alteração do próprio processo de emenda constitucional, considerado um limite implícito ao Poder Constituinte Derivado. Como leciona o Prof. José Luis Quadros de Magalhães, as regras de funcionamento do poder constituinte derivado não podem ser objeto de emenda ou mesmo revisão constitucional, sob o risco de sermos condenados "à mais absoluta insegurança jurídica" (MAGALHÃES, 2004, p. 122).

No entanto, o Relator discorda, afirmando que a alteração segundo um processo diverso do instituído constitucionalmente é possível pela adoção da "tese do conteúdo

conceitual das cláusulas pétreas explícitas ou implícitas”. Segundo esse entendimento, não há violação das cláusulas explícitas e implícitas ao Poder Constituinte Derivado, se for mantido o conceito ou princípio adotado pelo constituinte originário, neste caso, identificado pelo Relator com a rigidez constitucional referente ao processo legislativo das leis ordinárias e complementares. O que deve ser evitado, segundo o entendimento do Deputado, é que a Constituição se torne flexível em razão da abolição de um processo de reforma mais solene ou mais difícil do texto constitucional. Desde que se mantenha uma diferença processual capaz de distinguir o processo legislativo ordinário e das leis complementares do processo de emendas constitucionais, ainda que haja diminuição do quorum originariamente previsto pelo Constituinte Originário, o princípio está mantido:

Tudo isto para salientar que continuará inalterado o processo de modificação constitucional, “petrificado” implicitamente, se a rigidez, ou seja, o processo especial, qualificado, dificultoso, diferenciado em relação às leis ordinárias e complementares for mantido. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011B).

Tal entendimento é embasado na constatação do Relator de que os limites implícitos e explícitos ao Poder Constituinte Derivado não se aplicam ao seu titular, o povo, que exerce o poder por seus representantes e diretamente através do referendo, do plebiscito e da iniciativa popular. Qualquer alteração do texto constitucional ratificada pelo povo não pode sofrer limites nem ser tomada por inconstitucional. Para tanto, cita o Relator o constitucionalista Celso Bastos:

É certo, pois, que o Poder Constituinte originário afastou do Congresso Nacional (poder constituído) a competência para alterar certas disposições constitucionais. Mas isso não significa que também o fez perante o povo. Até por uma falta de perspectiva eficaz, **a Carta não retira do povo a possibilidade de alterá-la ou substituí-la. A soberania popular não é um poder constituído e, conseqüentemente, limitado juridicamente, mas é força anterior a este. Quando a Constituição faz referencia a este não está criando-o, mas tão somente reconhecendo-o.**

[...]

É, então, tanto por uma interpretação sistemática da Carta, invocando o princípio da **soberania popular**, quanto por uma realidade lógica e histórica que não se pode acusar de inconstitucional ou ilegítima a propositura de um novo período revisional fundamentado em consulta popular.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011B) Grifos acrescidos.

A Constituição poderia, nesse sentido, ser supostamente “reinventada” pelo povo através da adoção de um novo processo constituinte derivado que rompe com os limites implícitos e explícitos estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário. A saída para a

legitimação de tal procedimento reside, segundo o Relator da PEC na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, na figura do referendo: o povo tem a última palavra na medida em que, através do referendo expressa sua vontade soberana.

Temos, assim, através da positivação do princípio da soberania popular, a possibilidade de alteração quase total da Constituição, posto que seriam respeitadas as cláusulas pétreas e os direitos sociais, sem que isso represente uma ruptura com a ordem constituinte atual, uma vez que possibilita uma legitimação ótima, concernente na participação direta do titular do poder constituinte.

Entretanto, uma alteração formal da constituição legitimada pelo referendo popular é capaz de garantir a simétrica participação dos interessados na decisão produzida? É preciso repensar a soberania popular à luz do processo legislativo democrático e do caráter procedimental da constituição. Uma proposta que restringe a legitimidade do direito ao exercício da soberania popular (aqui considerada como decisão da maioria) não encontra respaldo no paradigma procedimental de estado.

É nesse sentido que, ao criticar o conceito de soberania popular de Carl Schmitt, Habermas afirma a íntima conexão entre soberania popular e direitos humanos, entre democracia e Estado de direito, pois só podemos decidir em favor de uma constituição democrática através da realização dos direitos fundamentais que os participantes devem reconhecer reciprocamente, se quiserem regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo (HABERMAS, 2002, p. 156).

A autodeterminação democrática tem o sentido de inserção de uma autolegislação que inclui uniformemente todos os cidadãos, ou seja, minorias e maioria, devendo a ordem política manter-se aberta para equiparar os discriminados e para incluir os marginalizados, “sem confiná-los na uniformidade da comunidade homogênea de um povo” (HABERMAS, 2002, p. 159). Ou seja, não podemos naturalizar minorias e maioria no processo de adoção de uma revisão constitucional sob o pretexto de que o povo tem a palavra final, se as condições do discurso democrático não foram garantidas durante o processo de tomada de decisão.

Quando o Relator Deputado Michel Temer apresenta uma proposta de revisão constitucional que rompe com os limites processuais estabelecidos pela própria Constituição, afirmando que o Poder Constituinte não limita o povo, mas é por ele exercido, quer o mesmo afirmar que a decisão tomada pelo povo é a melhor, e nesse sentido, legítima, pouco importando o seu conteúdo ou o processo através do qual a mesma se deu.

Assume o Relator uma perspectiva apontada por Habermas como sendo compatível com uma leitura liberal da soberania popular, segundo a qual a formação da vontade política é concebida como auto-afirmação coletiva de um povo: “o que o povo quer é bom, exatamente porque o povo (o) quer” (HABERMAS, 2002, p. 154). Aqui, o conceito central da democracia é o povo. Entretanto, como afirma Habermas:

A decisão inicial em favor de uma legislação democrática só pode ser executada pela via da realização daqueles direitos que os participantes devem reconhecer reciprocamente, se quiserem regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo. Isso exige, por sua vez, um processo de legiferação que garanta legitimidade e que estabeleça a longo prazo a configuração do sistema das leis. (HABERMAS, 2002, p. 156).

A legitimidade do direito produzido não repousa na identificação do que justo e bom para o povo (para todos), mas decorre do seu processo de criação, que deve ser justo na medida em que garante a participação de todos aqueles que serão afetados pela legislação adotada, ou seja, na medida em que o contraditório é garantido.

Uma proposta de revisão constitucional, enquanto um processo que, em razão do alto nível de consenso exigido deve garantir, aqui sim, da melhor maneira possível, o maior espaço público possível de discussão, que se faz inclusive e, sobretudo, em razão de quorum especial de três quintos dos votos dos membros de cada Casa, apurados em dois turnos de discussão e votação não pode ter a sua legitimidade reduzida a um processo de referendo.

Tal proposta encontra-se totalmente alienada do papel desempenhado pela Constituição no contexto do paradigma procedimental de estado que, antes de se preocupar com o conteúdo das decisões tomadas, preocupa-se com o procedimento através do qual as mesmas são tomadas. O caráter procedimental da Constituição não pode ser reduzido a qualquer forma de procedimento, ainda que a um referendo, sob a justificativa de que, no final, é o povo quem decide. Reduzir a um mero formalismo o caráter procedimental e democrático através do qual se dá a produção do direito é reduzir a legitimidade à legalidade.

O Direito deve fundar-se tão-somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa “vontade geral” republicana, mas como a institucionalização de processos estruturados por normas que garanta a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões. (OLIVEIRA, 2000, p. 93).

Nesse sentido, a adoção do referendo como justificativa para a modificação do processo de alteração da constituição que desconsidera a importância do processo legislativo no contexto do paradigma procedimental de estado, acaba por solapar o princípio do discurso ao negar às minorias a possibilidade de, no futuro, tornarem-se maioria, já que afastadas do processo de tomada de decisão política.

3. CONCLUSÃO

O processo através do qual o Poder Constituinte derivado atua não se encontra à disposição do próprio Poder Constituinte Derivado, mas, ao contrário, legitima a sua ação na medida em que garante a participação dos afetados pela norma produzida no seu processo de produção.

Compreender a atividade legislativa enquanto atividade que se realiza validade e legitimamente através do processo importa em reconhecer o caráter fundamental dos direitos processuais, enquanto garantidores e ao mesmo tempo realizadores da autonomia pública e privada dos cidadãos (HABERMAS). Assim, ainda que se afirme que o poder permanece com o povo, seu exercício por este não pode dar-se de forma a excluir minorias da sua realização. O plebiscito, ainda que concebido como forma direta de participação, não possibilita por si só o debate na construção do direito, que se realiza em momento anterior, no processo, mas tão somente busca uma chancela popular para uma prática inconstitucional. O processo legislativo busca garantir, no contexto de uma democracia deliberativa, as condições para a gênese legítima do direito, o que importa na garantia de participação das minorias políticas.

4. BIBLIOGRAFIA

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de. **Teoria Geral do Poder Constituinte o projeto constituinte de uma república**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Quinze anos de constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 34a. edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (A). **Proposta de Emenda Constitucional 157/2003**. Inteiro teor. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=131896>. Acesso em 15.06.2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (B). **Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Redação sobre a constitucionalidade da PEC 157/2003**. Disponível no site: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=131896>. Acesso em 15/06/2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni de diritto processuale**. 8. ed., Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994.

GALEOTTI, Serio. **Contributo alla teoria del procedimento legislativo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1985.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GÜNTHER, Klaus. **Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica**. Cadernos de Filosofia Alemã. São Paulo: Humanitas, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, n. 6, ag./2000.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Porto Alegre: Editora Safe, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

LAGES, Cintia Garabini. **Devido processo legislativo: por uma reconstrução da teoria do processo legislativo à luz da Constituição Federal de 1988 e do paradigma procedimental de estado**. 2010. Tese. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Democracia e Poder Constituinte**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Quinze anos de constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

UGARTE, Pedro Salazar. **Que participação para qual democracia?** In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos. **Participação e democracia. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Editora 34, 2004.